

ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

# ALIMENTATIE

Steven BROUWERS  
Advocaat  
Docent Vrije Universiteit Brussel

2009



**Kluwer**

a Wolters Kluwer business

*In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 maart 2009.*



*WOL 454805*

ISBN 978 90 4651 980 6  
D 2009 2664 001  
BP/APR-BI9070

Verantwoordelijke uitgever: Hans Suijkerbuijk  
Raghen Business Park  
Motstraat 30  
B-2800 Mechelen  
Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)  
[www.kluwer.be](http://www.kluwer.be)

© 2009, Wolters Kluwer Belgium NV

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

# Inhoud

	<b>Blz.</b>
<b>INHOUD</b>	V
<b>AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN</b>	XIX
<b>LITERATUURLIJST</b>	XXI
	<b>Nrs.</b>
<b>TITEL I ALGEMENE BEGINSELEN VAN HET ALIMENTA- TIERECHT</b>	1-298
<b>Hfdst. I INLEIDING</b>	1-10
<b>Hfdst. II ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “RANGORDE”</b>	11-30
<b>Hfdst. III ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “FOUT”</b>	31-57
<b>Afd. I DE GEMEENRECHTELIJKE ONDERHOUDSVORDERINGEN</b>	32-35
<b>Afd. II DE ONDERHOUDSBIJDRAGE VOOR KINDEREN (ART. 203, § 1 BW)</b>	36
<b>Afd. III DE HULPPLICHT TUSSEN ECHTGENOTEN</b>	37-48
<b>Afd. IV UITKERING NA ECHTSCHEIDING</b>	49-57
<b>Hfdst. IV ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “OVEREENKOMST”</b>	58-77
<b>Afd. I DE REGELS</b>	58-65
<b>Afd. II TOEPASSING VAN DE REGELS OP ENKELE BIJZONDERE SI- TUATIES</b>	66-77
§ 1. Het bedrag	66-67
§ 2. Kapitalisatie	68-69
§ 3. Opheffing	70-71
§ 4. Rechterlijke controle	72-76
§ 5. Wijziging van rechterlijke beslissing	77
<b>Hfdst. V ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “TIJD”</b>	78-113
<b>Afd. I “ALIMENTS NE S'ARRERAGENT POINT”</b>	78-85

Afd. II	DE VERJARING	86-93
Afd. III	AFSTAND EN RECHTSVERWERKING	94-102
	§ 1. Afstand van recht	95
	§ 2. Rechtsverwerking	96
	§ 3. Toepassing van de twee rechtsfiguren op de onderhoudsverplichting	97-102
Afd. IV	<i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	103-113
<b>Hfdst. VI</b>	<b>ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “UITVOERING”</b>	114-241
Afd. I	UITVOERING IN NATURA (ART. 210 EN 211 BW)	114-116
Afd. II	HET VERHAAL	117-132
	§ 1. Het gemeenrechtelijke verhaalsrecht	117-123
	§ 2. Het verhaalsrecht van het OCMW	124-132
	A. In het kader van de maatschappelijke dienstverlening	124-128
	B. In het kader van het leefloon	129-132
Afd. III	BEPERKTE BESLAGBAARHEID VAN ONDERHOUDSGELDEN	133-138
Afd. IV	DE SCHULDVERGELIJKING	139-150
Afd. V	BEWAREND EN UITVOEREND BESLAG OP GROND VAN EEN ONDERHOUDSVORDERING	151-160
Afd. VI	PROCEDURE VAN ANTICIPATIEVE VERDELING (ART. 1390BIS GER.W.)	161
Afd. VII	DE ZEKERHEDEN	162-163
Afd. VIII	DE COLLECTIEVE SCHULDENREGELING	164-177
	§ 1. Inleiding	164-165
	§ 2. Beschikking van toelaatbaarheid	166-173
	§ 3. Minnelijke aanzuiveringsregeling	174
	§ 4. Gerechtelijke aanzuiveringsregeling	175
	§ 5. Gerechtelijke kwijtschelding	176
	§ 6. Onderhoudsbijdragen voor kinderen	177
Afd. IX	DE NIET-VERSCHULDIGDE BETALING	178-195
	§ 1. Grondslagen	178-186
	A. Inleiding	178-181
	B. Foutieve gegevens	182-183
	C. Gedwongen uitvoering	184
	D. Geen nieuwe titel	185-186
	§ 2. Modaliteiten	187-193
	A. Termijnen van respijt	187
	B. Intresten	188-189
	C. Compensatie	190
	D. Beperkte beslagbaarheid	191
	E. Verjaring	192-193
	§ 3. Procedure	194-195

Afd. X	<b>DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN (DAVO)</b>	196-219
	§ 1. Algemeen	196-201
	A. Grondslagen	198
	B. Modaliteiten	199-200
	C. Procedure	201
	§ 2. Toepassingsgebied (art.2)	202-203
	§ 3. Opdracht van de Dienst (art.3)	204-207
	§ 4. Toepassingsvoorwaarden (art. 2, 4 en 6)	208
	§ 5. Procedure (artt.5,7 tot 11, 12 tot 27)	209-218
	A. Algemeen	209-212
	B. Inning en invordering	213-215
	C. Bijzonderheden	216-218
	§ 6. Einde (art.11)	219
Afd. XI	<b>ONDERHOUDSVORDERING EN STRAFRECHT</b>	220-241
	§ 1. Familieverlating	220-229
	A. Grondslagen	220-222
	B. Moreel element	223
	C. Materieel element	224-228
	D. Procedure	229
	§ 2. Het in behoeftige toestand achterlaten van een kind	230-234
	A. Grondslagen	230-231
	B. Moreel element	232
	C. Materieel element	233
	D. Procedure	234
	§ 3. Bedrieglijk onvermogen	235-241
	A. Grondslagen	235-236
	B. Moreel element	237
	C. Materieel element	238
	D. Collectieve schuldenregeling	239
	E. Derde medeplichtige	240
	F. Procedure	241
<b>Hfdst. VII</b>	<b>ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN EEN INTERNA- TIONALE FACTOR</b>	242-298
Afd. I	<b>BEVOEGDHEID</b>	242-246
	§ 1. Europees recht	243
	§ 2. Intern recht	244-245
	§ 3. Overgangsbepalingen	246
Afd. II	<b>TOEPASSELIJK RECHT</b>	247-253
	§ 1. Verdragsrecht	248
	§ 2. Intern recht	249-252
	§ 3. Overgangsbepalingen	253
Afd. III	<b>OVEREENKOMST TOT VERSTREKKING VAN ONDERHOUD</b>	254-260
	§ 1. Verdragsrecht	255
	§ 2. Intern recht	256-258
	§ 3. Overgangsbepalingen	259-260
Afd. IV	<b>TOEPASSINGSGEBIED VAN HET RECHT TOEPASSELIJK OP DE ONDERHOUDSVERPLICHTING</b>	261-270
	§ 1. Verdragsrecht	261
	§ 2. Intern recht	262-268
	§ 3. Overgangsbepalingen	269-270

Afd. V	UITWERKING VAN BUITENLANDSE RECHTERLIJKE BESLISSINGEN EN AUTHENTIEKE AKTEN	271-298
§ 1.	Algemeen	271
§ 2.	Erkenning	272-279
	A. Erkenning van vonnissen	272-277
	1. Voorwaarden tot erkenning	272-276
	2. Gevolgen van erkenning	277
	B. Erkenning van authentieke akten	278-279
§ 3.	Uitvoerbaarverklaring	280-295
	A. Uitvoerbaarverklaring van een vonnis	280-291
	1. Europees recht	280-288
	a. Onderhoudsgelden	280-281
	- De Brussel I Verordening	
	- Het Verdrag van Den Haag van 15 april 1958 nopens de erkenning en uitvoering van de beslissingen inzake de onderhoudsplicht tegenover de kinderen	
	- Andere verdragen	
	b. Echtscheiding	282-285
	c. Ouderlijk gezag	286-288
	2. Intern recht (WIPR)	289-291
	a. De bevoegdheid	289
	b. De voorwaarden	290
	c. De procedure	291
	B. Uitvoerbare kracht van authentieke akten	292-295
	1. Algemeen	292-293
	2. Voorwaarden	294
	3. Procedure	295
§ 4.	Legalisatie	296-297
	A. Verdragsrecht	296
	B. Intern recht (WIPR)	297
§ 5.	De burgerlijke stand en buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten	298
<b>TITEL II DE WETTELIJK GEORGANISEERDE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN</b>		299-1181
<b>Hfdst. I</b>	<b>DE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN DIE ALS GRONDSLAG DE "LEVENSSANDAARD" HEBBEN</b>	299-995
Afd. I	VERPLICHTING VAN DE OUDERS HUN KINDEREN LEVENSONDERHOUD, OPVOEDING EN OPLEIDING TE VERSCHAFFEN (ART. 203, § 1 BW)	299-530
§ 1.	Algemeen	299-390
	A. Grondslagen	299-346
	1. Aard	299-316
	a. Onderscheid	300-301
	b. Afstamming	302-303
	c. Hoofdelijkheid	304-305
	d. <i>In solidum</i>	306-308
	e. Openbare orde	309-311
	f. <i>In natura</i>	312
	g. Persoonlijk karakter	313
	h. Materiële en morele componenten	314
	i. Eigen inkomsten kind	315-316
	2. Geldingsduur	317-322
	3. Begroting van de onderhoudsbijdrage en methodiek	323-346

a.	Methode Renard	326-331
b.	De gemeenrechtelijke criteria	332-342
-	Behoeften van het kind	333
-	Inkomsten van de ouders	334-342
c.	Buitengewone uitgaven	343-346
B.	Modaliteiten	347-372
1.	Bijdrage <i>in natura</i> of bij equivalent	347-349
2.	Indexatie	350-351
3.	Kapitalisatie	352
4.	Ontvangstmachtiging	353-357
5.	Wijzigbaarheid	358-362
6.	Alimentatie – Overeenkomsten	363-368
7.	Verjaring	369-372
C.	Procedure	373-390
1.	Samenhang	373-380
2.	Bevoegdheid van de kort gedingrechter	381
3.	Het bijzondere geval van de retroactieve bevoegdheid van de kort gedingrechter	382-383
4.	De vrederechter	384-385
5.	De rechtspleging	386-388
6.	Procesonbekwaamheid van de minderjarige	389-390
§ 2.	Echtscheiding door onderlinge toestemming	391-442
A.	De familierechtelijke overeenkomst	391-419
1.	Grondslagen	392-394
2.	Modaliteiten	395-408
a.	Het <i>nihil</i> -beding	395-397
b.	Wederkerige verzaking	398-400
c.	Bedrag en betaling	401-403
d.	Duur	404-408
3.	Procedure	409-419
a.	Het advies van de procureur des Konings	409-411
b.	De controle van de rechter	412-413
c.	De voorlopige binding	414-415
d.	Homologatie van de overeenkomsten m.b.t. de kinderen	416-419
B.	Wijzigingen	420-442
1.	Tijdens de procedure	420-428
a.	Wijzigingen omwille van nieuwe en onvoorziene omstandigheden – artikel 1293, eerste lid Ger.W.	420-427
b.	Andere wijzigingen	428
2.	Na de procedure	429-442
a.	Op eenzijdig verzoek	429-437
b.	In gemeen akkoord	438-441
c.	Procedure	442
§ 3.	Alimentatievordering tegen de waarschijnlijke vader	443-484
A.	Grondslagen	443-451
B.	Modaliteiten	452-471
1.	De uitkering	452-458
2.	Termijn	459-462
3.	Verjaring	463-464
4.	Overlijden van de verwekker	465-467
5.	Overlijden van het kind	468
6.	Erkenning door een andere man	469-470
7.	Gevolgen	471
C.	Procedure	472-484
1.	Inleiding	472-474
2.	De drie mogelijkheden	475-479

	3. De contentieuze fase	480-483
	4. Rechtsmiddelen	484
§ 4.	Stiefkinderen	485-506
	A. Grondslagen	485-502
	B. Modaliteiten	503-504
	C. Procedure	505-506
§ 5.	Kleinkinderen	507-515
	A. Grondslagen	507-512
	B. Modaliteiten	513-514
	C. Procedure	515
§ 6.	Geadopteerde kinderen	516-519
	A. Grondslagen	516-517
	B. Modaliteiten	518
	C. Procedure	519
§ 7.	Pleegkinderen	520-529
	A. Grondslagen	520-523
	B. Modaliteiten	524-528
	C. Procedure	529
§ 8.	Kinderen van de vooroverleden wettelijke samenwonende	530
Afd. II	<b>DE HULPVERPLICHTING TUSSEN ECHTGENOTEN</b>	531-750
§ 1.	De hulp- en bijdrageplicht tussen echtgenoten (art. 213 en 221 BW)	531-603
	A. Grondslagen	531-561
	1. Aard	531-545
	a. Openbare orde of dwingend recht	532
	b. Onderscheid tussen hulp- en bijdrageplicht	533-536
	c. Feitelijke scheiding en tijdelijke verwijdering	537-540
	d. Bewijslast	541-545
	2. Geldingsduur	546-548
	3. Begroting van de onderhoudsverplichting en methodiek	549-561
	a. Voornaamste principes	549-556
	b. Driefasen-model	557-558
	c. Halveringsleutel	559-560
	d. Bewijs	561
	B. Modaliteiten	562-576
	1. Ontvangstmachtiging	562-572
	a. Situering	562-569
	b. Dubbele dualiteit	570-572
	- Eerste dualiteit	570-571
	- Tweede dualiteit	572
	2. Alimentatie-overeenkomsten	573-576
	C. Procedure	577-603
	1. Materiële bevoegdheid	577-578
	2. Temporele bevoegdheid	579-585
	3. Territoriale bevoegdheid	586-589
	4. De rechtspleging	590-603
	a. Vorderingen gesteund op artikel 213 BW	590-593
	b. Vorderingen gesteund op artikel 221 BW	594-603
	- Verschijning in persoon	595
	- Kennisgeving	596-600
	- Termijn van verzet of hoger beroep	601
	- Uitvoerbaarheid bij voorraad	602
	- Bemiddeling	603
§ 2.	Dringende en voorlopige maatregelen (art. 223 BW)	604-635
	A. Grondslagen	604-627
	1. Aard	604-614



a.	Het schuld criterium	607
b.	Opschorting samenwoningsplicht	608-612
c.	De vaststaande fout	613-614
2.	Geldingsduur	615-622
a.	Beperking in de tijd	615-619
b.	Gewijzigde omstandigheden	620
c.	Verzoening	621
d.	Berusting	622
3.	Begroting van de onderhoudsverplichting en methodiek	623-627
B.	Modaliteiten	628-634
1.	Retroactieve toekenning	628
2.	De terugvordering van provisioneel toegekend onderhoudsgeld	629-633
3.	Alimentatie-overeenkomsten	634
C.	Procedure	635
§ 3.	De onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W)	636-750
A.	Grondslagen	636-710
1.	Aard	636-640
2.	Geldingsduur	641-647
a.	Duur echtscheidingsprocedure	641-643
b.	<i>Rebus sic stantibus</i>	644-646
c.	Verblijf in het aangewezen huis	647
3.	Begroting van de onderhoudsverplichting en methodiek	648-710
a.	Criteria	648-649
b.	Referentiestandaard	650-655
c.	Draagkracht van de onderhoudsgerechtigde	656-671
-	Concubinaat	659
-	De bijdrage in het onderhoud van het niet-zelfstandig kind, geboren uit een andere relatie	660
-	Inspanningen en mogelijkheden	661-664
-	OCMW	665
-	Sociale uitkeringen	666
-	Evaluatie van de inkomsten	667-671
d.	Draagkracht van de onderhoudsplichtige	672-692
-	Algemeen	672-675
-	Echtscheiding door onderlinge toestemming	676
-	Voordelen <i>in natura</i> , mogelijkheden en virtuele inkomsten	677-681
-	Lasten	682 -685
-	Netto- of bruto-inkomsten	686-687
-	Bewijs	688-689
-	Sanctionering	690-692
e.	Methodiek	693
f.	Begroting van het onderhoudsgeld en vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel in het algemeen	694-697
g.	Begroting van het onderhoudsgeld en het gebruik van de echtelijke woning in het bijzonder	698-710
B.	Modaliteiten	711-721
1.	Retroactieve toekenning	711-719
2.	Ontvangstmachtiging	720
3.	Alimentatie-overeenkomsten	721
C.	Procedure	722-750
1.	Materiële bevoegdheid	722-729
2.	Temporele bevoegdheid	730-743
a.	Aanvang	730-734

	b. Einde	735-736
	c. Hoger beroep	737-738
	d. Meerdere echtscheidingsvorderingen	739-740
	e. Uitbreiding of wijziging	741-743
	3. Territoriale bevoegdheid	744-745
	4. Rechtspleging en rechtsingang	746-750
	a. Dagvaarding	746-749
	b. Permanente saisine	750
Afd. III	DE UITKERING NA ECHTSCHIEDING TUSSEN EX-ECHTGE- NOTEN	751-974
§ 1.	Vóór de Echtscheidingswet van 27 april 2007	751-924
	A. De uitkering na echtscheiding op bepaalde gronden (art. 301 (oud) BW)	751-848
	1. Grondslagen	752-816
	a. Aard	752-758
	b. Geldingsduur	759-764
	- Overlijden	762
	- Nieuw huwelijk	763
	- Samenwoning	764
	c. Begroting van de uitkering en methodiek	765-816
	- Het model ROODHOOFD	768-773
	- De gemeenrechtelijke criteria	774-816
	i. De referentiestandaard	774-784
	ii. Draagkracht van de uitkeringsgerechtigde	785-799
	iii. Draagkracht van de uitkeringsplichtige	800-808
	iv. Fiscale impact	809-811
	v. 1/3 <sup>de</sup> grens	812-816
	2. Modaliteiten	817-845
	a. Provisionele uitkering	817-820
	b. Indexatie	821-823
	c. Beperking in de tijd	824
	d. Wijzigbaarheid	825-835
	e. Kapitalisatie	836-840
	f. Ontvangstmachtiging	841-842
	g. Dading	843-845
	3. Procedure	846-848
	B. Uitkering na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding (artt. 301, 306 en 307bis (oud) BW)	849-873
	1. Grondslagen	849-862
	a. Aard	849-857
	b. Geldingsduur	858
	c. Begroting van de uitkering en methodiek	859-862
	2. Modaliteiten	863-871
	a. Provisionele uitkering	863
	b. Indexatie	864
	c. Beperking in de tijd	865
	d. Wijzigbaarheid	866-868
	e. Kapitalisatie	869
	f. Ontvangstmachtiging	870
	g. Dading	871
	3. Procedure	872-873
	C. Uitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis (artt. 307 (oud) BW en 307bis (oud) BW)	874-880
	1. Grondslagen	874-877
	a. Aard	874-875

b. Geldingsduur	876
c. Begroting van de uitkering en methodiek	877
2. Modaliteiten	878-879
3. Procedure	880
D. Uitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288, eerste lid, 4 <sup>o</sup> (oud) Ger.W.)	881-918
1. Grondslagen	881-893
a. Aard	881-888
- Conventioneel karakter	882-883
- Interpretatie	884-885
- Leer van de wilsgebreken	886-887
- Tegenstelbaarheid aan het OCMW	888
b. Geldingsduur	889-892
c. Begroting van de uitkering	893
2. Modaliteiten	894-906
a. Indexatie	894-895
b. Beperking in de tijd	896
c. Wijzigbaarheid	897-903
- Tijdens de procedure	897-899
- Na echtscheiding	900-903
i. Wijzigingen in gemeen akkoord	900
ii. Eenzijdige wijzigingen	901-903
d. Kapitalisatie	904
e. Fiscaal statuut	905
f. Verjaring	906
3. Procedure	907-918
a. Gedwongen uitvoering	907-912
- Algemeen	907-908
- Onderhandse overeenkomst	909
- Notariële akte	910-912
b. Beslagrechter	913-916
c. Terugvordering ten onrechte betaalde alimentatie	917-918
E. Uitkering na echtscheiding door omzetting van de scheiding van tafel en bed (art. 308 (oud) BW en art. 1306, tweede lid (oud) Ger.W.)	919-924
1. Scheiding van tafel en bed op bepaalde gronden	919-923
2. Scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming	924
§ 2. Na de Echtscheidingswet van 27 april 2007	925-974
A. De uitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (nieuw art. 301 BW)	925-963
1. Grondslagen	925-950
a. Inleiding en overgangsrecht	925-934
b. Aard	935-939
- De zware fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt (art. 301, §2, tweede lid BW)	936-937
- Veroordeling wegens partnergeweld (art. 301, §2, derde lid BW)	938
- Staat van behoefte als gevolg van niet-gerechtigde keuzes (art. 301, §5 BW)	939
c. Geldingsduur	940-946
- Maximumduur	940-943
- Verlenging	944
- Einde van de uitkering	945-946
d. Begroting van de uitkering en methodiek	947-950
- Grenzen	947-948
- Criteria	949

	- Methodiek	950
2.	Modaliteiten	951-961
	a. Provisionele uitkering	951
	b. Indexatie	952
	c. Wijzigbaarheid	953-956
	d. Kapitalisatie	957-958
	e. Ontvangstmachtiging	959
	f. Degressiviteit	960
	g. Dading	961
	- Vóór de echtscheiding	961
	- Na de echtscheiding	961
3.	Procedure	962-963
	a. Bevoegdheid	962
	b. Voorlopige tenuitvoerlegging	963
B.	De uitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming (nieuw art. 1288, 4° Ger.W. en nieuw art. 301, § 7 BW)	964-973
	1. De principiële onwijzigbaarheid	964-965
	2. Het belangrijke cassatiearrest van 16 juni 2000	966
	3. De nieuwe wet: principiële wijzigbaarheid	967-968
	4. De voorlopige binding	969-970
	5. Overgangsrecht	971-973
C.	Het onderhoudsgeld na scheiding van tafel en bed (nieuw art. 308 BW)	974
Afd. IV	DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN WETTELIJK SAMENWONENDEN	975-995
	§ 1. Inleiding	975-978
	§ 2. De wettelijke samenwoning	979-993
	A. Grondslagen	979-987
	1. De wettelijke regeling	979-983
	2. De conventionele regeling	984-987
	a. Tijdens de samenwoning	984-986
	b. Na de beëindiging van de samenwoning	987
	B. Modaliteiten	988-991
	1. Ontvangstmachtiging	988
	2. Beëindiging	989
	3. Fout	990
	4. Natuurlijke verbintenis	991
	C. Procedure	992-993
	§ 3. De nieuwe Echtscheidingswet	994-995
Hfdst. II	DE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN DIE ALS GRONDSLAG DE “STAAT VAN BEHOEFTE” HEBBEN	996-1181
Afd. I	DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN BLOEDVERWANTEN IN DE RECHTE LIJN (ART. 205 BW)	996-1084
	§ 1. Grondslagen	996-1049
	A. Aard	996-1014
	1. Onderscheid tussen artikel 205 BW en artikel 203 BW	997-998
	2. Bijdrage met een geldsom of <i>in natura</i>	999-1001
	3. Het huwelijksvermogen	1002-1004
	4. Onwaardigheid	1005-1007
	5. De onderhoudsverplichting is van dwingend recht	1008
	6. De onderhoudsverplichting is persoonlijk	1009-1010
	7. De onderhoudsverplichting is onoverdraagbaar	1011

8.	De onderhoudsverplichting is geen ondeelbare verbintenis	1012-1013
9.	Pluraliteit van onderhoudsplichtigen	1014
B.	Geldingsduur	1015-1028
1.	Algemeen	1015-1016
2.	Gewijzigde omstandigheden	1017
3.	Herroeping van het gewijsde	1018
4.	Het ontstaan van de onderhoudsvordering	1019-1020
5.	Het einde van de onderhoudsverplichting	1021-1022
6.	Kosten van de laatste ziekte en de begrafenis	1023-1028
C.	Begroting en methodiek	1029-1049
1.	Behoeftigheid	1029-1034
2.	Aanpassing	1035-1036
3.	Bewijs	1037-1039
4.	Vermogenstoestand	1040-1044
5.	Huwelijksvermogen	1045-1048
6.	Methodiek bij de begroting	1049
§ 2.	Modaliteiten	1050-1083
A.	De uitvoering <i>in natura</i> (artt. 210 en 211 BW)	1050-1052
B.	Het verhaalsrecht van de onderhoudsplichtige	1053-1056
C.	Het verhaalsrecht van het OCMW	1057-1083
1.	Het leefloon	1061-1068
a.	Voorwaarden	1062-1063
b.	Verhaal op de onderhoudsplichtige	1064-1066
c.	Verjaring	1067
d.	Bevoegdheid	1068
2.	De maatschappelijke dienstverlening	1069-1083
a.	Voorwerp	1069
b.	Voorwaarden	1070-1072
c.	Verhaal op de onderhoudsplichtige	1073-1075
d.	Beperkingen	1076-1079
e.	Vrijstelling om billijkheidsredenen	1080-1081
f.	Rechtspleging	1082
g.	Verjaring	1083
§ 3.	Procedure	1084
Afd. II	DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TEN LASTE VAN DE NALATENSCHAP (ART. 205BIS BW)	1085-1151
§ 1.	Grondslagen	1085-1126
A.	Algemeen	1085-1089
B.	Last van de nalatenschap	1090-1095
C.	Behoeftigheid	1096-1097
D.	Openbare orde	1098-1099
E.	Categorieën	1100
1.	De langstlevende echtgenoot als onderhoudsgerechtigde ten laste van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot	1101-1111
a.	Onderhoudsvordering en feitelijke scheiding	1102-1105
b.	Onderhoudsvordering en onderhoudsplichtige kinderen	1106
c.	Onderhoudsvordering en erfrechtelijke reserve	1107-1111
2.	De onderhoudsvordering van de ascendenten ten laste van de nalatenschap	1112-1116
a.	Voorwaarden	1114
b.	Omvang van de onderhoudsuitkering	1115-1116
3.	De onderhoudsplicht ten behoeve van de adoptieve ouder(s)	1117-1120

	4. De onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot na echtscheiding op grond van bepaalde feiten of onherstelbare ontwrichting	1121-1122
	5. De onderhoudsplicht ten behoeve van het pleegkind	1123
	6. De onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap van de verwekker van het kind	1124-1126
§ 2.	Modaliteiten	1127-1147
	A. De omvang van de nalatenschap	1127-1133
	1. Actief	1129-1131
	2. Passief	1132-1133
	B. De veranderlijkheid van de onderhoudsuitkering	1134-1135
	C. De indexering	1136-1137
	D. De betaling en zekerheidsstelling	1138-1141
	1. Betaling door afzondering van een kapitaal	1138-1139
	2. Zekerheidsstelling	1140-1141
	E. Kapitalisatie	1142-1143
	F. De provisionele uitkering	1144
	G. Het verhaalsrecht van het OCMW op de nalatenschap	1145
	H. Pluraliteit van onderhoudsplichtigen	1146-1147
§ 3.	Procedure	1148-1151
	A. Vervaltermijn	1148-1150
	B. De bevoegde rechtbank	1151
<b>Afd. III</b>	<b>DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN SCHOONOUDERS EN SCHOONKINDEREN (ART. 206 BW)</b>	1152-1169
§ 1.	Grondslagen	1152-1158
	A. Wederkerigheid	1153-1154
	B. Samenloop of hiërarchie	1155-1158
§ 2.	Modaliteiten	1159-1166
	A. Einde en verval	1159-1163
	B. Impact op het huwelijksvermogen	1164-1165
	C. Uitvoering	1166
§ 3.	Procedure	1167-1169
<b>Afd. IV</b>	<b>DE ONDERHOUDSP LICHT VAN DE BEGIFTIGDE T.A.V. DE SCHENKER (ART. 955, 3° BW)</b>	1170-1174
§ 1.	Grondslagen	1170-1172
§ 2.	Modaliteiten	1173
§ 3.	Procedure	1174
<b>Afd. V</b>	<b>ONDERHOUDSP LICHT T.O.V. DE GEFAILLEERDE</b>	1175-1181
§ 1.	Grondslagen	1175-1179
§ 2.	Modaliteiten	1180
§ 3.	Procedure	1181
<b>TITEL III</b>	<b>DE WETTELIJK NIET-GEORGANISEERDE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN</b>	1182-1232
<b>Hfdst. I</b>	<b>DE NATUURLIJKE VERBINTENIS</b>	1182-1191
<b>Afd. I</b>	<b>GRONDSLAGEN</b>	1182-1188
§ 1.	Kinderen	1185-1187
§ 2.	Concubinaat	1188

INHOUD

XVII

Afd. II	MODALITEITEN	1189-1190
Afd. III	PROCEDURE	1191
<b>Hfdst. II</b>	<b>DE FEITELIJK SAMENWONENDEN</b>	1192-1227
Afd. I	GRONDSLAGEN	1192-1199
	§ 1. Een wettelijke regeling?	1192-1194
	§ 2. De conventionele regeling	1195-1197
	A. Tijdens de samenwoning	1195-1196
	B. Na de beëindiging van de samenwoning	1197
	§ 3. De nieuwe Echtscheidingswet	1198-1199
Afd. II	MODALITEITEN	1200-1225
	§ 1. De niet-conventionele organisatie van de samenwoning en bijdrage in de lasten ervan	1200-1205
	§ 2. De conventionele organisatie van de samenwoning en bijdrage in de lasten ervan	1206-1212
	§ 3. De niet-conventionele onderhoudsverplichting na beëindiging van de samenwoning	1213-1220
	§ 4. De conventionele onderhoudsverplichting na de beëindiging van de feitelijke samenwoning	1221-1225
Afd. III	PROCEDURE	1226-1227
<b>Hfdst. III</b>	<b>DE SCHADELIJDER</b>	1228-1232
Afd. I	GRONDSLAGEN	1228-1230
Afd. II	MODALITEITEN	1231
Afd. III	PROCEDURE	1232
		<b>Blz.</b>
<b>ZAAKREGISTER</b>		755

## AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

Er wordt afgekort en geciteerd volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen, *Juridische verwijzingen en afkortingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, vierde editie, 170 p.

Bovendien werden nog de volgende afkortingen gebruikt:

*Echtsch.*: het tijdschrift “*Echtscheiding*”.

IVKR: het verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind.

OCMW-wet: organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 23 maart 2005).

*TvBR*: *Tijdschrift voor Brugse Rechtspraak*.

RVT: rust en verzorgingstehuis.

Wet Maatschappelijke Integratie:

wet 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002).

W.Jb: Jeugdbeschermingswet.

Binnen elk hoofdstuk wordt elke bron (minstens) eenmaal volledig weergegeven.

Verder worden in de regel geen afkortingen gebruikt, tenzij in de tussen haakjes geplaatste tekst(gedeelten).



## LITERATUURLIJST

Bij TITEL I

### ALGEMENE BEGINSELEN VAN HET ALIMENTATIERECHT

#### HOOFDSTUK I

##### INLEIDING

- BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 4de druk, Brussel, Story-Scientia, 1993.
- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHULDEN, G. en BROUWERS, S., “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2013-2059.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 1-81.
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, 9me. éd., Collection “Themis”, P.U.F., 1971, II, nr. 112 e.v.
- DEKKERS, R., *Handboek van burgerlijk recht*, I, Brussel, Bruylant, 1956, 119 e.v.
- DE PAGE, H. en MASSON, J.-M., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les Personnes*, vol. 1, Brussel, Bruylant, 1990, 469-508.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 105-161.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 1-104.
- HEIRBAUT, D. en BAETEMAN, G. (ed.), *Cumulatieve editie van het Burgerlijk Wetboek, I en II*, Herdenkingsuitgave Tijdschrift voor Privaatrecht, Gent, 2004, 2263 p.
- KLUYSKENS, A., *Beginselen van het burgerlijk recht*, VII, *Personen-en familierecht*, 2de uitg., Antwerpen-Brussel, 1950.
- LOUIS, S., “Obligations alimentaires: jurisprudence récente”, *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politiechters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 67-71.
- MARTY, G. en RAYNAUD, P., *Droit civil*, 2me. éd., Parijs, Sirey, 1967, I-II, nrs. 40 e.v.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., “Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004”, *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 855-870.
- MAZEAUD, H., L. en J., *Leçons de droit civil*, door DE JUGLART, 4me. éd., Parijs, éd., Montechristien, 1972, I-3, nrs. 1191 e.v.
- PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, 2me. éd., door ROUAST, Parijs, Pichon et Durand-Auzias, 1952, II, nrs. 20 e.v.
- RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 67-90.
- SWENNEN, L., “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 9-38.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 1-18.
- VERSCHULDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 467-490.

#### HOOFDSTUK VI

### ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “UITVOERING”

#### AFDELING X

##### DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN (DAVO)

- ANNE, I., “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaas, weinig wol?”, *EJ* 2004, 90.
- DUPONT, F., “Enfin un Service des créances alimentaires?”, *RTDF* 2004, 13.
- GALLUS, N., “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF (M.B. 28 mars 2003)”, *Div.Act.* 2004, 17-23.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 394-355.

- MASSON, J.P., "La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du Service public fédéral des Finances", *JT* 2004, 189-197.
- ROBERT, T., "De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatie-vorderingen" in SENAËVE, P. en SWENNEN, F. (ed.), *De hervormingen in het personen- en familie-recht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 282-329.
- VAN GYSEL, A.-C., "Le service des créances alimentaires: mode d'emploi" in *UB<sup>3</sup>*, VAN GYSEL, A.-C. (ed.), *Droit Familial. Actualité législative et jurisprudentielle*, Brussel, Bruylant, 2004, 105 e.v.

## HOOFDSTUK VII

**ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN EEN INTERNATIONALE FACTOR**

- BOULARBAH, H. (ed.), "Le nouveau droit international privé belge", *JT* 2005, 173 e.v.
- BRUYNSERAEDE, G., "Titel IX. De echtscheiding in het IPR" in BROUWERS, S. (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, losbl.
- DE MEYER, J., "Het territoriale toepassingsgebied van de Brussel I-verordening, het Verdrag van Lugano en het EEX-Verdrag", *RW* 2007-08, 1563-1567.
- ERAUW, J., "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van Wetboek IPR", *RW* 2001-02, 1557 e.v.
- ERAUW, J., "Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht", *RW* 2004-05, 121 e.v.
- ERAUW, J. en FALLON, M., *De nieuwe wet op het international privaatrecht, Wet van 16 juli 2004 in Nieuwe wetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2004, 374 p.
- ERAUW, J., FALLON, M., GULDIX, E., MEEUSEN, J., PERTEGAS-SENDER, M., VAN HOUTTE, H., WATTE, N., WAUTELET, P. (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 722 p.
- ERAUW, J., CLIJMANS, C., DE RUYCK, V., JANSEGGERS, K., ROOX, K., TRAEST, M., VAN HOUTTE, H., VERHELLEN, J. en WAUTELET, P., "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, 1365-1644.
- HEYVAERT, A., *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, 356 p.
- HEYVAERT, A., "Onderhoudsgeld in het Belgisch internationaal privaatrecht" in JURIDISCHE UITGAVEN UIA (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 210-261.
- JACOBS, H., "Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht en het echtscheidingsrecht", *EJ* 2004, 142.
- MUYLLE, M., "Veilig laveren tussen ijsbergen. Enkele clausules als kompas voor een behouden tocht", in CASTELEIN, C., VERBEKE, A. en WEYTS, L. (eds.), *Liber Amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 577-587.
- PERTEGAS, M., BRIJS, S. en SAMIJN, L. (eds.), *Betekenen en uitvoeren over de grenzen heen*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 203 p.
- PIGNOLET, D., "Echtscheiding door onderlinge toestemming van in België gevestigde buitenlanders, in het perspectief van de Europese Unie", *T.Not.* 2005, 127-141.
- SAROLEA, S., "Le Code de droit international privé et le droit familial: le grand nettoyage de printemps", *RTDF* 2004, 819-871.

## Bij TITEL II

**DE WETTELIJK GEORGANISEERDE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN**

## HOOFDSTUK I

**DE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN DIE ALS GRONDSLAG DE “LEVENSTANDAARD” HEBBEN**

## AFDELING I

**DE VERPLICHTING VAN DE OUDERS HUN KINDEREN LEVENSONDERHOUD, OPVOEDING EN OPLEIDING TE VERSCHAFFEN (ART. 203, § 1 BW)**

- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHELDEN, G. en BROUWERS, S., “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2031-2047.
- BEERNAERT, J.-E., “Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale”, *Div.Act.* 2008, 93-109.
- BROUWERS, S., “Art. 1320-1322 Ger.W.” in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 387-473.
- BROUWERS, S., *Echtscheiding door onderlinge toestemming in Bibliotheek Burgerlijk Recht Larcier, nr. 4*, Gent, Larcier 2006, 271 p.
- BEERNAERT, J.-E. en RUPPOL, A., “A propos des fameux ‘frais extraordinaires’ (2ème partie)”, *Div.Act.* 2007, 41-52.
- BUYSSENS, F., “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in SENAËVE, P. (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 79-135.
- BUYSSENS, F., “Overzicht van rechtspraak (1994-2000). Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 70-84 en 88-102.
- DANDOY, N., “Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants?”, *RTDF* 2006, 455-514.
- DUELZ, A., *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 189-196, 239-241 en 311-312.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 162-191.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, 2de druk, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 105-176.
- GERLO, J. en VERSCHELDEN, G., *Handboek voor Familierecht*, Brugge, die Keure, 2008, 143-152.
- LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 626-638.
- LOUIS, S., “Obligations alimentaires: jurisprudence récente”, *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierechters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 37-71.
- LOUIS, S., “L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation”, *TBBR* 2007, 623-629.
- MASSAGER, N., “A propos des fameux ‘frais extraordinaires’ (1ière partie)”, *Div.Act.* 2006, 145-156.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., “Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004”, *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 755-853.
- SENAËVE, P., “Art. 203 BW” in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 60-74.
- VAN GYSEL, A.-C., “Examen de Jurisprudence (1990-2006). Les Personnes. Les Obligations Alimentaires”, *RCJB* 2007, 643-663.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 503-547.
- UYTTERHOEVEN, K., “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in SENAËVE, P. (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 187-249.

## AFDELING II

## DE HULPVERPLICHTING TUSSEN ECHTGENOTEN

- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHELDEN, G. en BROUWERS, S., "Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 2047-2050.
- BROUWERS, S., "Art. 1320-1322 Ger.W." in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 187-275.
- DANDROY, N., "Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce", *RTDF* 2001, 593-638.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)", *RTDF* 2002, 587-610.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2004, 29-63.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2004, 883-926.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005)", *RTDF* 2005, 999-1042.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2006, 987-1020.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2008, 1105-1134.
- DUELZ, A., *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 197-208.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 192-213.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 177-240.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., "Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004" in *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 615-667.
- SENAËVE, P. (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 443 p.
- SENAËVE, P. en AERTS, C., *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 136 p.
- VAN DER VELPEN, E., "Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2005, 122.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 145 p.
- VAN GYSEL, A.-C., "Examen de Jurisprudence (1990-2006). Les Personnes. Les Obligations Alimentaires", *RCJB* 2007, 620-642.
- VANLEDE, K., "Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2000, 2-19.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., "Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)", *TPR* 2007, 548-567.
- UYTTERHOEVEN, K., "De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden" in SENAËVE, P. (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 187-249.

## AFDELING II

## § 2. Dringende en voorlopige maatregelen (art. 223 BW)

- ALLAERTS, V., "Primair huwelijksvermogensstelsel" in PINTENS, W. en DU MONGH, J. (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 8-24.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., "Obligations alimentaires dans le régime primaire" in CASMAN, H. en VAN LOOCK, M. (eds.), *Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Kluwer, 2004, 67 p.

- CLOSSET-MARCHAL, G., "L'article 223 du Code civil: un référé familial" (noot onder Cass. (3e k.) 20 februari 2006), *TBBR* 2007, 45.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 203-204.
- SWENNEN, F., "Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – dringende voorlopige maatregelen tussen echtgenoten op grond van art. 223 BW", *EJ* 2006, 17-30.
- SWENNEN, F., "Art. 223 BW" in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.
- VANBOCKRIJCK, H., "Recente ontwikkelingen inzake (dringende) voorlopige maatregelen" in SENAËVE, P. (ed.), *Themis Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2004.
- VERSCHULDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAËTE, K., "Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)", *TPR* 2007, 559-567.

### § 3. De onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.)

- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 227-275.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 205-208.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 211-225.
- GOVAERTS, M., "Geldt de vaststaande schuld als criterium bij de beoordeling van de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure?" (noot onder Gent 18 maart 2004), *RABG* 2004, 1274-1277.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., "Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004" in *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 232-250 en 617-662.
- MOSELMANS, S., *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding in de reeks Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 141 p.
- SENAËVE, P. en AERTS, C., *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 136 p.
- VAN DER VELPEN, E., "Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2005, 122.
- VERSCHULDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAËTE, K., "Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)", *TPR* 2007, 567-603.

## AFDELING III

### DE UITKERING NA ECHTSCHIEDING TUSSEN EX-ECHTGENOTEN

#### § 1. Vóór de Echtscheidingswet van 27 april 2007

- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHULDEN, G. en BROUWERS, S., "Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 2050-2059.
- BEERNAERT, J.-E., "Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale", *Div.Act.* 2008, 93-109.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 276-323.
- DANDOU, N., "Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce", *RTDF* 2001, 593-638.
- DANDOU, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)", *RTDF* 2002, 587-610.
- DANDOU, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2004, 29-63.
- DANDOU, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2004, 883-926.
- DANDOU, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005)", *RTDF* 2005, 999-1042.

- DANDOY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2006, 987-1020.
- DUELZ, A., *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 269-294.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 213-239.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 368 p.
- MARTENS, I., "Tijdstip van evaluatie van de draagkracht van partijen bij de begroting van de onderhoudsuitkering na echtscheiding" (noot onder Cass. 26 mei 2006), *T.Fam.* 2008, 131-135.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., "Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004", *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 669-739.
- ROODHOOF, J., *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 619 p.
- SENAEVE, P. en AERTS, C., *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 136 p.
- VAN DER VELPEN, E., "Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2005, 142.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 145 p.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., "Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)", *TPR* 2007, 604-641.
- X., in SENAEVE, P. (ed.) *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 443 p.

## AFDELING III

## D. UITKERING NA ECHTSCHEIDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING (ART. 1288, EERSTE LID, 4° GER.W.)

- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHULDEN, G. en BROUWERS, S., "Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 2050-2059.
- BROUWERS, S., "Echtscheiding door onderlinge toestemming" in BROUWERS, S. (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl. p. IV.1-40a-45.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 337-352.
- BROUWERS, S., *Echtscheiding door onderlinge toestemming in Bibliotheek Burgerlijk Recht Larcier nr. 4*, Brussel, Larcier, 2006, 139-183.
- BUYSENS, F., "Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming", *EJ* 2001, 96-98.
- BUYSENS, F., "De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming" in SENAEVE, P. (ed.) *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 136-151.
- BUYSENS, F., "Regelingsakte en familierechtelijke overeenkomsten. Aandachtspunten" in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN HET BELGISCH NOTARIAAT (ed.), *Echtscheiding door onderlinge toestemming. Verslagboek notariële vormingsdagen van de Nederlandstalige Gemeenschapsraad van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat*, Brugge, die Keure, 2002, 1-42.
- CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 347-441.
- DUELZ, A., *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2002, 312-314.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 252-262.
- GREGOIRE, M. en MAHIEU, G. (eds.), *Le divorce par consentement mutuel*, Brussel, Bruylant, 1993, 384 p.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., "Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004", *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 739-753.
- PINTENS, W., *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 218-236.

- VANBOCKRIJCK, H., bijgewerkt door VERSCHELDEN, G., "Inleiding bij art. 1287-1304 Ger.W." in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 53-56.
- VERSHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., "Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)", *TPR* 2007, 641-655.

## AFDELING III

## § 2. Na de Echtscheidingswet van 27 april 2007

- AUGHUET, C., "La réforme du divorce. III. Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel", *Div.Act.* 2007, 127-134.
- BROUWERS, J.-C., "Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire", *Div.Act.* 2007, 110-126.
- BROUWERS, J.-C., "Dix questions controversées sur le terrain des effets alimentaires du divorce", *Act.dr.fam.* 2008, 49-56.
- BROUWERS, S., "De echtscheiding door onderlinge toestemming" in SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 141-176.
- CASMAN, H., "Nieuw echtscheidingsrecht. Toelichting voor de notariële praktijk", *Not.Fisc.M.* 2007, 277.
- DANDROY, N., "La réforme du divorce: les effets alimentaires", *RTDF* 2007, 1065-1090.
- DANDROY, N., "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2008, 1105-1134.
- GERLO, J. en VERSCHELDEN, G., *Handboek voor Familierecht*, Brugge, die Keure, 2008, 538-554.
- LOUIS, S., "Le nouveau divorce par consentement mutuel", in LELEU, Y.-H. en PIRE, D. (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 131-156.
- MARTENS, I., "De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting" in SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 55-99.
- MASSON, J.-P., "La Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce", *JT* 2007, 537-542.
- MASSON, J.-P., "Un an d'application de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce", *JT* 2008, 465-469.
- SENAËVE, P., "De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting", *T.Fam.* 2007, 124-133.
- SENAËVE, P., "Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007" in SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 205-249.
- VAN GYSEL, A.-C., "La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture" in LELEU, Y.-H. en PIRE, D. (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 91-129.
- VERSHELDEN, G. en MARTENS, I., "Alimentatie tussen ex-echtgenoten", *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politiechters* 2008, Brugge, die Keure, 2008, 101-148.
- VERSHELDEN, G., "Echtscheiding door onderlinge toestemming" in FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID. INSTITUUT NOTARIEEL RECHT. UNIVERSITEIT GENT (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 12, Brugge, die Keure, 2008, 25-74.
- VERSTRAETE, K., "Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding", *NJW* 2007, 626-645.
- WILLEMS, E., "Ger.W. art. 1294bis" in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (eds.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.

## AFDELING IV

## DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN WETTELIJK SAMENWONENDEN

- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHELDEN, G. en BROUWERS, S., "Overzicht van Rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000)", *TPR* 2001, 1831 e.v.
- BARNICH, L., "Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé", in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Revue du Notariat Belge*, Brussel, Bruylant, 2000, 3 e.v.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 355-386.
- BROUWERS, S., "De onderhoudsverplichting tussen samenwoners", *Nieuwsbrief Notariaat* 2008, nr. 2, 1-8.
- CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 169.
- COUQUELET, C., "Le statut de cohabitant légal" in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l'usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 mars 1999, Brussel, Larcier, 137 e.v.
- DANDROY, N. en TAINMONT, F., "Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale", *RRD* 1999, 263 e.v.
- DE KEZEL, E., "De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning: Een maat voor niets?", *AJT* 1999-2000, 133.
- DEMARS, S., "La problématique générale des conventions de vie commune" in RENCHON, J.-L. en TAINMONT, F. (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 73 e.v.
- DU MONGH, J., SAMOY, I. en ALLAERTS, V., "Overzicht van rechtspraak (2000-2007) – De feitelijke samenwoning", *T.Fam.* 2008, 7-10.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 264-278.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., "Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004", *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 310-313.
- LELEU, Y.-H., "Le régime juridique de la cohabitation légale" in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l'usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 145 e.v.
- PEETERS, M., "De notariële akte vaststelling onderhoudsgeld/afscheidsvergoeding naar aanleiding van de beëindiging van het concubinaat", *T.Not.* 1998, 480 e.v.
- PINTENS, W., VAN DER MEERSCH, B. en VANWINCKELEN, K., *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 363 e.v.
- PINTENS, W. en ALLAERTS, V., "Het erfrecht van de langstlevende wettelijke samenwonende. Een commentaar op de wet van 28 maart 2007", *RW* 2007-08, 269-270.
- REMON, C., "Le concubinage (Chronique de jurisprudence de 1976 à 1981)", *Rev.not.b.* 1982, 530.
- RENCNON, J.-L., "La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié" in RENCHON, J.-L. en TAINMONT, F. (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 7 e.v.
- SENAEVE, P., "De onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden en tussen concubinerenden" in SENAEVE, P. (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 154 e.v.
- SOSSON, J. en DANDROY, N., "La reconnaissance juridique du couple non marié" in RENCHON, J.-L. en TAINMONT, F. (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 45 e.v.
- SOSSON, J., "Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments... Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles", *RTDF* 1998, 509 e.v.
- SOSSON, J., "L'obligation alimentaire naturelle" in *L'argent pour vivre: vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Actes de Colloque organisé par l'unité de droit familial de l'ULB le 19 novembre 1999, Brussel, Kluwer, 2000, 125 e.v.
- TAINMONT, F., "Les charges du ménage" in RENCHON, J.-L. en TAINMONT, F. (ed.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 126 e.v.
- VAN GRUNDERBEECK, D., *Beginsel van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 276 e.v.



- VAN GYSEL, A.-Ch. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 57 e.v.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 323 e.v.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *RPDB, v° Le ménage de fait*, Compl. VIII, Brussel, Bruylant, 1995, 335-474.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 656-661.
- VERSTRAETE, K., “Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning”, *NJW* 2008, 572-574.
- VON FRENCKELL, E., “Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 175.

## HOOFDSTUK II

### DE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN DIE ALS GRONDSLAG DE “STAAT VAN BEHOEFTE” HEBBEN

#### AFDELING I

##### DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN BLOEDVERWANTEN IN DE RECHTE LIJN (ART. 205 BW)

- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHELDEN, G. en BROUWERS, S., “Overzicht van rechtspraak – Personen- en Familierecht (1995-2000)”, *TPR* 2001, 2013-2059.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 84-142.
- DE PAGE, H. en MASSON, J.-M., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les Personnes*, vol. 1, Brussel, Bruylant, 1990, 469-508.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 285-291.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 9-101.
- GERLO, J., *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 359 p.
- GERLO, J. en VERSCHELDEN, G., *Handboek voor Familierecht*, Brugge, die Keure, 2008, 121-142.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., “Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004”, *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 855-870.
- MASSON, J.-P. en MASSAGER, N., “Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998”, *Les Dossiers du JT n° 25*, Brussel, Larcier, 2000, 63-78.
- ROODHOOF, J., “Art. 205, 206, 207 en 208 BW” in HEYVAERT, A., SENAËVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G. (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 67-90.
- SENAËVE, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 807-832.
- SWENNEN, L., “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 9-38.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 74-79.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 491-500.

#### AFDELING II

##### DE ONDERHOUDSVORDERING TEN LASTE VAN DE NALATENSCHAP (ART. 205BIS BW)

- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 143-176.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 293-297.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 301-317.

- GERLO, J., *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 359 p.
- PEULINCKX-COENE, M., “De grote promotie van de langstlevende echtgenote”, *TPR* 1981, 593-747.
- SENAEVE, P., “Art. 205bis B.W.” in HEYVAERT, A., SENAEVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHULDEN, G. (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- SENAEVE, P., “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in PINTENS, W. en VAN DER MEERSCH, B. (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 225-255.
- SWENNEN, L., “De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap”, *RW* 1981-82, 913-938.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 82-87.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 498-500.

### AFDELING III

#### DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN SCHOONoudERS EN SCHOONKINDEN (ART. 206 BW)

- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 177-186.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 291-293.
- GERLO, J., *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 359 p.
- MASSON, J.-P., HIERNAUX, G., GALLUS, N., MASSAGER, N., BROUWERS, J.-C. en DEGRAVE, S., “Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004”, *Les Dossiers du JT n° 56*, Brussel, 2006, 855-867.
- ROODHOOF, J., “Art. 205, 206, 207 en 208 BW” in HEYVAERT, A., SENAEVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHULDEN, G. (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 74-75.
- SOSSON, J., “La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels” in LELEU, Y.-H. (eds.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Edition Formation Permanente CUP, 1999.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 80-82.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 500-502.

### AFDELING IV

#### DE ONDERHOUDSPlicht VAN DE BEGIFTIGDE T.A.V. DE SCHENKER (ART. 955, 3° BW)

- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 479-481.
- COENE, M., “Erfrechterlijke onwaardigheid, herroeping wegens ondankbaarheid en andere (mogelijke) sancties bij onbetamelijk gedrag van een begunstigde – Enkele bedenkingen *de lege lata* en *de lege feranda*”, *Not.Fisc.M.* 1997, 137-149.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 297-299.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 323.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 89-92.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 665.

## AFDELING V

## DE ONDERHOUDSP LICHT T.O.V. DE GEFAILLEERDE

- APS, F., “Huwelijksvermogensrechtelijke implicaties van het faillissement” in CASMAN, H. en VAN LOOK, M. (eds.), *Huwelijksvermogensrecht*, Band Topics I, T II., Deurne, Kluwer, losbl.
- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 482-483.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 299-300.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 324-326.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 87-89.
- VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer Editions Juridiques, 1998, 345.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 665-666.

## Bij TITEL III

**DE WETTELIJK NIET-GEORGANISEERDE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN**

## HOOFDSTUK I

**DE NATUURLIJKE VERBINTENIS**

- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 474-478.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 68.
- GALLUS, N., *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 301-310.
- GERLO, J., *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 327-337.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 93-98.
- VERSCHELDEN, G., BROUWERS, S., BOONE, K., MARTENS, I. en VERSTRAETE, K., “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 662-665.

## HOOFDSTUK II

**DE FEITELIJK SAMENWONENDEN**

Zie *boven* TITEL I, HOOFDSTUK I, AFDELING IV DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN WETTELIJK SAMENWONENDEN

## HOOFDSTUK III

**DE SCHADELIJDER**

- BROUWERS, S. en GOVAERTS, M., *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 484-485.
- VAN GYSEL, A.-C. en BEERNAERT, J.-E., *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 93-98.

TITEL I

**ALGEMENE BEGINSELEN VAN HET ALIMENTATIERECHT**

## HOOFDSTUK I INLEIDING

**1** De klassieke opvatting van het begrip “familie”, zijnde een geheel van personen, verenigd als gevolg van huwelijk, afstamming of mogelijk ook volle adoptie vormt de basis voor de onderhoudsverplichting tussen deze personen die met elkaar verbonden zijn door bloed- of aanverwantschap.

Deze onderhoudsverplichting bestaat van zodra de afstamming is vastgesteld, ongeacht haar oorsprong, hetzij het huwelijk of de samenwoning. Die afstamming kan zelfs overspelig of bloedschennig zijn (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 11; *RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, nr. 3).

In geval van het huwelijk ontstaat de hulpverplichting vanaf de huwelijksluiting, met andere woorden van zodra de partijen de staat van gehuwde hebben aangenomen.

In het kader van de adoptie zal de onderhoudsverplichting ontstaan op het ogenblik dat het vonnis van adoptie in kracht van gewijsde is getreden en overgeschreven is in de registers van de burgerlijke stand. De gevolgen werken terug vanaf de neerlegging van het verzoekschrift zoals bepaald in artikel 349-1 BW.

De adoptie doet een band van verwantschap ontstaan die zich uitstrekt tot de afstammelingen van de geadopteerde, conform artikel 353-12 BW.

De adoptant of adoptanten zijn levensonderhoud verschuldigd aan de geadopteerde en zijn afstammelingen overeenkomstig artikel 353-14 BW, zoals ook de geadopteerde en zijn afstammelingen dit zijn ten overstaande van de adoptant of adoptanten, doch uitsluitend in geval van behoeftigheid (art. 353-14, tweede lid BW).

Indien de geadopteerde echter minderjarig is bestaat de onderhoudsverplichting, in overeenstemming met artikel 203 BW. Daartegenover zal de geadopteerde en zijn afstammelingen onderhoudsplichtig zijn ten overstaan van de adoptant, indien deze laatste behoeftig is, en dit in overeenstemming met de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichtingen (art. 205 e.v. BW).

Met het voorgaande wordt geïllustreerd dat het concept van familiale solidariteit, zoals door het Burgerlijk Wetboek omschreven, niet geconcipieerd is volgens een uniform systeem, doch een onderscheid maakt tussen de leden van de familie op grond van hun wederzijdse verwantschap. De rechtspraak heeft dit nog versterkt, minstens bevestigd door de aanvaarding van een hiërarchie tussen onderhoudsplichtigen.

Onderscheid wordt gemaakt tussen de conventionele onderhoudsplicht, de natuurlijke onderhoudsplicht en de grootste groep, de wettelijk onderhoudsplichten.

2 De wettelijke onderhoudsplicht ontstaat als gevolg van de echtelijke band, met name de solidariteit (hulpplicht) die echtgenoten jegens elkaar verschuldigd zijn (artt. 213 en 221 BW) en de bloedverwantschap in rechte lijn (art. 203 BW, art. 205, § 1 en 207 BW), doch eveneens op grond van de adoptieve verwantschap (*boven*), en de aanverwantschap, zoals tussen schoonouders en schoonkinderen (artt. 206 en 207 BW).

De diversiteit in de familiale relatie heeft zodoende geleid tot onderscheiden onderhoudsverplichtingen (N. GALLUS, “L’incidence du comportement du créancier d’aliments sur les droits à une pension alimentaire”, *RTDF* 1996, 5).

Vandaar dat in de rechtsleer m.b.t. de wettelijke onderhoudsplichten een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de onderhoudsverplichting in het kader van het “kerngezin”, waarin eveneens de wettelijke samenwonenden opgenomen zijn en anderzijds de onderhoudsplicht binnen de “grote familie”, met name de voornoemde afstamming in rechte lijn en de relatie schoonouders-schoonkinderen (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 810-812).

3 Naast voormeld concept van wettelijk georganiseerde familiale solidariteit, bestaat eveneens de door de rechtspraak in zekere omstandigheden weerhouden natuurlijke verbintenis die geneeerd wordt in een civiele, waardoor een onderhoudsplicht ontstaat op grond van de verwantschap in de zijlijn, tussen broers en zusters en tussen oom-tante *versus* neef-nicht, ingevolge bestaande affectieve banden, evenals tussen feitelijk samenwonenden, die omschreven kan worden als een paralegale onderhoudssolidariteit (Vred. Anderlecht 16 mei 1991, *RTDF* 1992, 424; J. SOSSON, “La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels” in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 215 en 237).

4 Ten slotte rijst de vraag of voormeld concept, dat zou afstammen van de liberale tijdsgeest welke heerste ten tijde van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek, niet aan betekenis verloren heeft, waar intussen de maatschappij geëvolueerd is en er zich een sociale wetgeving heeft ontwikkeld, die de burger moet beschermen tegen behoeftigheid, zodat de familiale solidariteit overgenomen is door de maatschappelijke (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 13).

In dat verband rijst ook een andere vraag waarop in de context van dit werk niet verder kan worden ingegaan, met name of de opkomst van de collectieve solidariteit het gevolg is van de steeds verder schrijdende individualisering van de maatschappij dan wel of dit het omgekeerde is

nl. dat deze individualisering het gevolg is van de opkomst van een collectieve solidariteit? Deze vraag is niet onbelangrijk wanneer men vaststelt dat familiale solidariteit dikwijls gepaard gaat met de afhankelijkheid en onderwerping van het individu aan de grote (patriarchale) familie, terwijl de mogelijkheid een beroep te doen op de collectieve solidariteit precies deze onderwerping en afhankelijkheid doorbreekt en het individu de mogelijkheid geeft zich van die familiale bevoogding te bevrijden.

5 Volgens sommigen kan gesteld worden dat tot op heden de familiale solidariteit blijft primeren op de collectieve, die slechts een subsidiair karakter heeft, vandaar ook dat de bepalingen betreffende de familiale solidariteit van openbare orde zijn (I. ANNE, “De voorschotten op onderhoudsgelden verstrekt door het OCMW (wet van 8 mei 1989) en de voorstellen tot oprichting van een alimentatiefonds” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 344 e.v.; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 31).

Zelfs indien de familiale solidariteit primeert op de collectieve dan nog is deze familiale solidariteit niet meer de enige en exclusieve hetgeen op zich reeds de primauteit ervan relativeert.

6 Slechts wanneer de concrete naleving van de onderhoudsverplichting, vooral de betaling van de alimentatie problematisch is, heeft de wetgever voor het eerst voorzien in een tussenkost door de betaling van voorschotten, krachtens artikel 68bis tot quater van de Organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (BS 5 augustus 1976, *err.* BS 26 november 1976) ingevoerd bij de wet van 8 mei 1989 inzake het verlenen van voorschotten op en het invorderen van onderhoudsgelden door het OCMW (BS 1 juni 1989). Dit laatste geldt onverminderd het feit dat het toepassingsgebied zich beperkt tot de relatie onderhoudsplichtige ouder ten overstaan van het minderjarig kind of meerderjarig niet-zelfstandig kind (N. GALLUS, “Pour la constitution d’un fonds de paiement des pensions alimentaires” in X., *L’argent pour vivre: vers une réforme de l’obligation alimentaire*, Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familierecht van de ULB, Brussel, Kluwer, 2000, 288 e.v.).

De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën (DAVO) (BS 28 maart 2003) die vanaf 1 juni 2004 (gedeeltelijk) in voege trad, vormt een verbetering op het krachtens de artikelen 68bis tot 68quater georganiseerde systeem van het verlenen van voorschotten.

Eenzijds werden voormelde artikelen afgeschaft en is het OCMW niet langer belast met deze opdracht, maar werd die opdracht overgenomen door een centrale dienst bij de FOD Financiën, terwijl anderzijds het toepassingsgebied uitgebreid wordt tot de onderhoudsverplichting ten overstaan van de kinderen, tussen echtgenoten en wettelijk samenwonenden. Zie voor een meer uitgebreide bespreking, *verder nrs.* 196 e.v.

De Dienst heeft aldus een dubbele zending, enerzijds achterstellen in betaling van de alimentatie vermijden en anderzijds tot invordering overgaan, ingevolge het mandaat en de subrogatie in de rechten van de onderhoudsschuldeiser (N. GALLUS, “Loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF (MB 28 mars 2003)”, *Div.Act.* 2004, 17).

Niettemin blijft de uitkering door deze Dienst verstrekt, het karakter van een “voorschot” behouden, ook al is het bedrag (in beginsel maximaal € 175) ervan gelijk aan de verschuldigde alimentatie, zodat de Dienst, overeenkomstig de artikelen 12 e.v. van de wet, tot inning en invordering opzichtsens de onderhoudsplichtige kan overgaan, onverminderd de mogelijkheid om in bepaalde wettelijk gevallen de terugvordering vanwege de onderhoudsgerechtigde te eisen (art. 17).

Deze wetgevende initiatieven nemen niet weg dat de familiale solidariteit prioritair blijft en er de bevestiging van is.

Indien de collectieve solidariteit in de plaats moet komen van de familiale, dringt zich een fundamenteel, diepgaand herdenken van de betekenis van de familiale band op, met andere woorden van de grondslagen van de onderhoudsplicht als zodanig, overeenkomstig de diverse, onderscheiden intermenselijke verhoudingen.

Hoe dan ook, I. ANNE kan bijgetreden worden wanneer zij stelt dat het fundamenteel sleutelen aan de bestaande familiale solidariteit gelijkstaat aan het betreden van een maatschappelijk mijnenveld (I. ANNE, “De voorschotten op onderhoudsgelden verstrekt door het OCMW (wet van 8 mei 1989) en de voorstellen tot oprichting van een alimentatiefonds” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 351).

7 Hierboven werd er al op gewezen dat de organisatie van de familiale relaties steunt op regels die van openbare orde zijn, minstens van dwingend recht. Hieruit volgt dat ook de wettelijk georganiseerde onderhoudsverplichtingen die precies gesteund zijn op de familiale solidariteit, rechtstreeks verbonden zijn aan de staat van de persoon en de familie als maatschappelijke instelling. Bijgevolg zijn ook de wettelijk georganiseerde onderhoudsverplichtingen van openbare orde, minstens van dwingend recht.

Zo is de hulpverplichting tussen echtgenoten (art. 213 BW) van dwingend recht (Cass. 27 september 1990, *Rev.not.b.* 1991, 195) en de onderhoudsverplichting van ouders tegenover hun niet-zelfstandige kinderen (art. 203, § 1 BW) van openbare orde. Hoe groter de maatschappelijke beschermingsreflex, bijvoorbeeld t.o.v. kinderen hoe meer de bepaling de openbare orde raakt.

Overeenkomsten die een onderhoudsgeld vaststellen zonder wettelijke grondslag (bv. tussen feitelijke samenwoners) worden daarentegen geheel beheerst door het verbintenissenrecht en zij kunnen herroepen worden met wederzijdse toestemming. De maatschappelijke regulering is zwak of onbestaande.



De wettelijke onderhoudsverplichting echter is van dwingend recht en kan niet het voorwerp zijn van afwijkende overeenkomsten onder particulieren (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 42). Dit wil nog niet zeggen dat alle bepalingen m.b.t. wettelijke onderhoudsverplichtingen van openbare orde zijn of van dwingend recht en dat alles wat daaraan tegenstrijdig is, verboden is. Overeenkomsten die het “recht op” een onderhoudsuitkering raken, zijn dat wel. Deze die betrekking hebben op de uitvoering of de modaliteiten van een onderhoudsuitkering, zijn dat niet (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 132-133; A.-C. VAN GYSEL “Les personnes-Examen de jurisprudence (1991-2002)”, *RCJB* 2003, 393).

Uit het dwingend karakter van de onderhoudsverplichting volgt dat de onderhoudsgerechtigde er niet zonder meer kan aan *verzaken* en dat overeenkomsten slechts geldig zijn voor zover ze niet strijdig zijn met de wettelijk vastgestelde principes. Hieronder valt het niet kunnen verzaken aan, en het niet respecteren van de wijzigbaarheid van een onderhoudsuitkering. De bescherming geldt voor de toekomst en niet voor het verleden. Verzaken aan achterstallen is mogelijk. Wanneer de onderhoudsgerechtigde een overeenkomst uitvoert die niet of niet meer conform is met de wettelijk vastgestelde principes, dan verzaakt hij aan de wettelijke bescherming (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 151-152). M.a.w. wanneer de geboden bescherming niet meer adequaat is (omdat de band met de familiale solidariteit verdwenen of verzwakt is) of niet werd benut, kan er van afgezien worden.

**8** Uit het voorgaande volgt al dat de onderhoudsplicht twee basiskennmerken kent nl. (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 1-3):

- de (familiale) solidariteit;
- een economische transfert.

De *solidariteit* is voornamelijk familiaal doch niet uitsluitend, vgl. de onderhoudsverplichting van de begiftigde t.o.v. de schenker (art. 955, 3° BW).

Het gaat om een individuele solidariteit die zich onderscheidt van de maatschappelijke solidariteit en die zich kenmerkt door een gevoel van “betrokkenheid” of het zich “verantwoordelijk” of “solidair” voelen voor of met een ander.

De *economische overgang* van middelen van de economisch sterkere naar de zwakkere kan hetzij gericht zijn op het delen van de “levensstandaard” van de eerstgenoemde (deze overgang is meestal niet wederkerig) hetzij gericht zijn op het dekken van de “behoeftetoestand” van de laatstgenoemde (deze overgang is meestal wel wederkerig).

De *appreciatie* van de behoeftetoestand gebeurt “op zich” en niet in functie van de levensstandaard van de onderhoudsplichtige. De behoeftetoestand is in het kader van de individuele solidariteit subjectief en relatief, terwijl diezelfde toestand in het kader van de maatschappelijke solidariteit objectief is, vgl. het begrip “bestaansminimum”.

**9** De twee voorgaande basiskenmerken kunnen worden bereikt op twee manieren:

- *in natura*, bijvoorbeeld het verblijf van het kind bij zijn ouder;
- *bij equivalent*, d.w.z. door een som geld waarvan de betaling hetzij periodisch geschiedt, hetzij bij wijze van een kapitaal.

Alle alimentatievorderingen worden beheerst door het spanningsveld dat bestaat tussen enerzijds de “relatieve” behoefte van de onderhoudsschuldeiser, anderzijds een voldoende “draagkracht” bij de onderhoudsschuldenaar.

Dit spanningsveld wordt in principe geapprecieerd op het ogenblik dat de rechter statueert over de vordering.

De “relatieve” behoefte heeft daarbij een suppletief karakter (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, Editions Larcier, 2006, 111, nr. 13) d.w.z. dat:

- er wordt rekening gehouden met de inkomsten en mogelijkheden van de onderhoudsschuldeiser maar ook met zijn verkeerde keuzes of beslissingen, m.a.w. de behoeftetoestand moet “onvrijwillig” zijn;
- er zonedig mag geëist worden dat de onderhoudsschuldeiser zijn vermogen te gelde maakt;
- het “recht op” bestaat onafhankelijk van de oorzaken en de omstandigheden (uit het verleden) van de staat van behoefte voor zover de *actuele* behoeftetoestand reëel is en onvrijwillig;
- er geen oorzaken van *onwaardigheid* zijn (Brussel 9 maart 2005, *RTDF* 2007, 897(verkort), *TBBR* 2008, 68 en *NJW* 2006, 656, noot G. VERSCHULDEN) tenzij de volledige ontzetting uit het ouderlijk gezag (art. 33 wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *BS* 15 april 1965) en indien gedeeltelijk, voor zover het vonnis het uitdrukkelijk voorziet.

**10** Er bestaat in het alimentatierecht geen geëigende *classificatie* van de vele soorten alimentatievorderingen.

Wij hebben geopteerd voor de volgende indeling die naar het ons voorkwam de meest logische was en die toeliet elke alimentatievordering er een consequente plaats in te geven.

– *Algemene regels van het alimentatierecht*

Daaronder zijn begrepen deze gekoppeld aan de factor “rangorde”, de factor “tijd”, “uitvoering”, de “sanctionering” enz.

– *De wettelijk georganiseerde onderhoudsverplichtingen*

Hieronder wordt een onderscheid gemaakt tussen:

a. De onderhoudsverplichtingen die als grondslag de “levensstandaard” hebben zoals de onderhoudsverplichting van de ouders t.o.v. hun kinderen ex artikel 203 BW, de onderhoudsvordering t.o.v. de verwekker, de hulpplicht tussen de echtgenoten, de uitkering tussen ex-echtgenoten, de onderhouds-

vordering van de langstlevende echtgenoot, deze van de wettelijk samenwonnende enz. Deze categorie wordt ook deze van de “uitgebreide” onderhoudsverplichtingen genoemd (in het Frans “Les obligations alimentaires étendues”).

b. De onderhoudsverplichtingen die als grondslag de “behoeftetoestand” hebben. Zoals de onderhoudsverplichting tussen bloedverwanten in rechte lijn, deze tussen schoonouders en schoonkinderen, en tussen adoptanten en geadopteerden in de gewone adoptie. Deze onderhoudsverplichtingen worden ook de “beperkte” onderhoudsverplichtingen genoemd (in het Frans “Les obligations alimentaires restreintes”).

– *De wettelijk niet-georganiseerde onderhoudsverplichtingen*

In deze groep vallen de onderhoudsplichten die hun oorzaak vinden in een natuurlijke verbintenis of in de burgerlijke aansprakelijkheid (artt. 1382 e.v. BW).

## HOOFDSTUK II

### ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “RANGORDE”

**11** De problematiek rond de pluraliteit ontstaat wanneer een onderhoudsgerechtigde verscheidene onderhoudsplichtigen kan aanspreken in het verstrekken van een uitkering of ook ingeval een vermogende onderhoudsplichtige door verscheidene onderhoudsgerechtigden wordt aangesproken.

Deze problematiek die leidt tot deze m.b.t. de hiërarchie tussen de verschillende alimentatieplichten vindt zijn oorsprong in het zo goed als ontbreken van een wettelijke regeling.

Er is artikel 340 BW m.b.t. de alimentatieplicht van de verwekker dat stelt: “De uitkering is niet meer verschuldigd zodra de afstamming van vaderszijde vaststaat ten aanzien van een ander dan de uitkeringsplichtige of indien het kind geadopteerd wordt”.

Verder is er het artikel 353-14 BW m.b.t. de gewone adoptie: “(...) De verplichting tot uitkering van levensonderhoud blijft bestaan tussen de geadopteerde en zijn ouders. Deze laatsten zijn aan de geadopteerde evenwel alleen levensonderhoud verplicht indien hij dit niet kan verkrijgen van de adoptant of de adoptanten. (...)”.

**12** De voornaamste bron van een rangorde zijn de volgende arresten van het Hof van Cassatie:

- het arrest van 20 februari 1964 (*Pas.* 1964, I, 656; zie ook Brussel 20 november 1961, *Pas.* 1963, II, 1) dat de voorrang bevestigt van de alimentatieverplichting van de ouders t.o.v. hun kinderen waarvan de opleiding nog niet voltooid is, op de alimentatieplicht tussen ascendenten en descendenten;
- het arrest van 27 juni 1969 dat de voorrang bepaalt tussen de hulpplicht binnen het huwelijk op de alimentatieplicht tussen ascendenten en descendenten (*Pas.* 1969, I, 998);
- het arrest van 3 april 1975 dat voorrang geeft aan de hulpplicht van de nieuwe echtgenoot op de uitkering na echtscheiding van de vorige echtgenoot (*Pas.* 1975, I, 756);
- de arresten van 16 maart 1995 en 7 april 1995 (*Pas.* 1995, I, 319 en *Pas.* 1995, I, 405), waarin werd beslist dat:
  - a. de alimentatieverplichting in functie staat van de min of meer nauwe familieband tussen de onderhoudsschuldeiser en de potentiële onderhoudsplichtigen;
  - b. de alimentatieplicht van de ascendenten en descendenten om die reden primeert op de verplichting van de aanverwanten;
  - c. binnen eenzelfde categorie van alimentatieplichtigen er rekening moet gehouden worden met de “graad” van nabijheid;

- d. binnen eenzelfde graad, de alimentatievordering moet verdeeld worden tussen de potentiële debiteurs, derwijze dat elk van hen slechts kan geroepen worden voor zijn deel, zelfs indien de andere niet inzake zijn;
- het arrest van 5 september 1997 (Cass. 5 september 1997, *Larcier Cass.* 1997, 287, nr. 1627, *Pas.* 1997, I, 825, *JT* 1998, 54 en *Div.Act.* 1998, 75, noot A.-C. VAN GYSEL), waarin gesteld wordt dat er geen voorrang is van de hulpplicht binnen het huwelijk op de alimentatieplicht van de ouders t.o.v. hun kinderen al dan niet geboren uit het huwelijk;
  - het arrest van 20 april 2007 (Cass. 20 april 2007, *RTDF* 2007, 808 (verkort), *RTDF* 2008, 1009 en *RW* 2008-09, 69 (verkort)) dat stelt dat wanneer een kind in het huwelijk treedt de onderhoudsplicht tussen echtgenoten primeert op de onderhoudsplicht van de ouders tegenover dat kind; de onderhoudsverplichting tegenover de kinderen blijft echter bestaan wanneer de middelen en mogelijkheden van de echtgenoot van het gehuwd kind, dat zijn opleiding nog niet heeft beëindigd, onvoldoende zijn om aan de onderhoudsverplichting als echtgenoot te voldoen of in gebreke blijft deze na te komen.

**13** Uit deze cassatierechtspraak heeft de rechtsleer een aantal regels weerhouden (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 8; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 137, nr. 49).

**14** *Eerste regel*: De categorie van de uitgebreide alimentatieplichten d.w.z. deze met als grondslag de “levensstandaard” hebben voorrang op de beperkte alimentatieplichten d.w.z. deze met als grondslag de “staat van behoefte”.

Deze regel is logisch vermits de “meerdere” plicht de “mindere” als het ware opsloopt en men zich eerst zal wenden tot diegene die tot het “meerdere” gehouden is dan tot diegene die tot “minder” verplicht is.

In toepassing van deze regel primeren de onderhoudsplicht tussen echtgenoten en deze tussen ouders ten opzichte van hun kinderen op de onderhoudsverplichting ten overstaan van de bloed- en aanverwanten.

Ook de onderhoudsplicht in hoofde van de uit de echtgescheiden ex-echtgenoot gaat voor op deze van de bloed- en aanverwanten.

Zoals hierboven reeds gesteld, heeft de hulpplicht tussen echtgenoten voorrang op de onderhoudsplicht van bloed- en aanverwanten, zoals kinderen t.a.v. hun ouders (art. 205 en 206 BW; E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 133, nr. 49 en de daar geciteerde onuitgegeven rechtspraak van de hoven van beroep te Brussel en te Antwerpen; zie voor een toepassing: Brussel 6 juni 2006, *Act.dr.fam.* 2009, 25).

De uitkeringsplichtige echtgenoot kan zich dus niet onttrekken aan zijn verplichting door de mogelijkheid van hulp van de familie van zijn partner in te roepen (Vred. Fontaine-l'Évêque 20 maart 2006, *JLMB* 2007, 765, hier betrof het een bij de moeder inwonende zoon die professionele inkomsten genoot, zo mogelijk kon met de gedeelde huisvestingskosten rekening gehouden worden; E. VAN DER VELPEN, *ibid.*, en de daar geciteerde onuitgegeven rechtspraak van het hof van beroep te Brussel en te Antwerpen).

Ten slotte primeert de onderhoudsverplichting in hoofde van de ouders ten overstaan van hun kinderen, op grond van artikel 203 BW, op deze van de grootouders ten overstaan van hun kleinkinderen (art. 205 en 207 BW; KG Brussel 19 juni 2001, *RTDF* 2002, 326).

**15** Een toepassing van voormelde principes is terug te vinden in een uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel waarin onder meer wordt gesteld dat een van de essentiële voorwaarden voor de toepassing van artikel 205 e.v. BW is dat de onderhoudsgerechtigde behoeftig is en dat deze toestand reëel is en buiten zijn wil om (Rb. Brussel (14de kamer) 28 november 2000, *RTDF* 2001, 742; zie ook Rb. Brussel (14de kamer) 8 oktober 2001, *RTDF* 2002, 334).

Bij het inschatten van de toestand van behoefte moet echter rekening worden gehouden met de normale levensomstandigheden waarvan de onderhoudsgerechtigde genoot gezien zijn opvoeding en sociale situatie.

De eis tot onderhoudsgeld van een schoondochter ten overstaan van haar schoonouders is dus niet gegrond wanneer blijkt dat het door haar echtgenoot gestorte bedrag voor onderhoudsgeld haar toelaat in haar bestaan te voorzien op een manier die verenigbaar is met haar ontvangen opvoeding en de sociale toestand waarvan ze genoot vóór haar huwelijk.

De rechtbank overweegt verder dat het echter niet acceptabel zou zijn aan de moeder van twee kinderen te beletten hen een voldoende levenscomfort te verzekeren, aangepast aan de sociale toestand van de grootouders van de kinderen. Men kan dus aannemen dat het aan de grootouders toekomt bij te dragen tot de onderhouds- en opvoedingskosten van de kinderen bij hun moeder, door het door hun zoon, vader van de kinderen, betaalde onderhoudsgeld aan te vullen.

**16** In dezelfde zin luidt de hierboven al aangehaalde beschikking in kort geding (KG Brussel 19 juni 2001, *RTDF* 2002, 326). Ofschoon niet wordt betwist dat de onderhoudsverplichting in hoofde van de ouders of van de vader en de moeder voorrang heeft op die van de schoonouders of grootouders, ligt het onvermogen van de hoofdschuldenaar van de onderhoudsuitkering om zijn verplichtingen na te komen zoals ze gerechtelijk werden vastgelegd, aan de oorsprong van de toestand van behoefte van de echtgenote en van haar kinderen en rechtvaardigt ze dat de eiseres hoogdringend een onderhoudsuitkering eist van haar schoonouders, grootouders van de kinderen.

**17** De moeder die zelf niet kan instaan voor het onderhoud van haar kinderen kan onderhoudsgeld vorderen van de grootouders indien zij bewijst dat de vader niet of onvoldoende kan bijdragen. Zij dient ook haar eigen ouders aan te spreken. Wegens de hiërarchie tussen onderhoudsschuldenaars kan de grootouder de betaalde onderhoudsbijdrage terugvorderen van de ouder (Vred. Brasschaat 3 september 2002, *RW* 2002-03, 631).

Indien de vader wel kan bijdragen dan moet de vordering eerst tegen hem gericht worden. Staat vast dat de vader onvermogen is, dan hoeft hij zelfs niet in het geding betrokken te worden.

Buiten de voormelde toepassingen van artikel 205 BW rust er op de grootouders dus geen andere wettelijke onderhoudsverplichting naar hun kleinkinderen toe.

**18** Ingeval gegoede grootouders vrijwillig tussenkomen hoewel de ouders over voldoende middelen beschikken dan kan dat gesteund zijn op vrijgevigheid (*animus donandi*) of op een gewetensplicht die aanleiding kan zijn tot een afdwingbare natuurlijke verbintenis (Rb. Brussel 15 maart 1978, *RW* 1979-80, 2660).

Men kan de vraag stellen of dit ook niet het geval is wanneer grootouders vrijwillig aanvaarden de materiele bewaring van het kleinkind op zich te nemen en weigeren het kind af te geven aan zijn ouder (zie voor een toepassingsgeval Jeugdrb. Ieper 30 maart 2001, *EJ* 2004, 69, *in casu* was er een akkoord van de ouder. De rechtbank geeft echter geen rechtsgrond op tot toekenning van de onderhoudsvordering).

**19** De grootouders die zonder *animus donandi* of buiten de hypothese van de natuurlijke verbintenis hebben ingestaan voor het onderhoud van hun kleinkind hebben een verhaal op de ouders. Dit verhaal kan op de verrijking zonder oorzaak worden gegrond of op de zaakwaarneming of de stilzwijgende lastgeving.

De vrederechter van Westerlo oordeelde in die zin (Vred. Westerlo 26 februari 2007, *NJW* 2007, 420, noot G. VERSCHULDEN). De grootouders bij wie het kind verblijft, hebben recht op een onderhoudsbijdrage vanwege de ouders, waarvoor als rechtsgrond de zaakwaarneming of de vermogensvermeerdering zonder oorzaak wordt aanvaard. Bovendien kunnen de grootouders de doorstorting eisen van de kinderbijslag door de ouders aan henzelf. In principe blijft de kinderbijslag dus toekomen aan de ouders maar zij worden verplicht deze na ontvangst onmiddellijk door te storten. Artikel 69 van de samengeordende wetten van 19 december 1939 betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders (*BS* 22 december 1939) bepaalt immers op verplichtende wijze aan wie de kinderbijslag moet worden uitbetaald, zodat de vrederechter hierin niet kan ingrijpen.

**20** Een illustratie van de voorrang van de hulpplicht tussen echtgenoten op de onderhoudsplicht van bloed- en aanverwanten, zoals kinderen t.a.v. hun ouders (artt. 205 en 206 BW) en binnen deze laatste categorie van de kinderen op de schoonkinderen is te vinden in een arrest van het hof van beroep te Brussel (Brussel 20 januari 2004, *RW* 2005-06, 625, noot R. BARBAIX).

Na het overlijden van een bejaarde vrouw, gaat het OCMW over tot terugvordering van de betaalde kosten voor opvang en huisvesting in een RVT, en later ook de kosten van het laatste ziekenhuisverblijf. Het richt zich hiertoe in eerste plaats tot de echtgenoot van de overledene en subsidiair, in geval van diens onvermogen, tot de drie kinderen, en nog meer subsidiair tot twee van hen.

In eerste aanleg wordt de vordering enkel gegrond verklaard tegen één van de kinderen, tot beloop van een derde van het gevorderde bedrag (zie hierover *verder de vijfde regel*). Het OCMW gaat enkel in hoger beroep voor zover de vordering tegen een tweede kind als ongegrond werd afgevoerd.

Het hof oordeelt dat het OCMW zich in eerste instantie had moeten richten tot de echtgenoot. Daarbij mag volgens het hof rekening worden gehouden met de nieuwe vermogenstoestand van

de man, die het gemeenschappelijke vermogen bij de vereffening-verdeling ervan geheel in volle eigendom had verkregen op basis van een verblijvingsbeding. Verder oordeelt het hof dat de kinderen slechts kunnen worden aangesproken in de mate dat de echtgenoot toch niet voldoende begoed was om alle kosten te dragen. Bovendien moet het OCMW bij de terugvordering tegenover een kind rekening houden met diens persoonlijke inkomsten en niet met het gezinsinkomen, ook niet wanneer het kind in gemeenschap van goederen is getrouwd. Het Hof steunt zich daarbij op de overweging dat de onderhoudsplicht van kinderen voortgaat op die van schoonkinderen zodat als berekeningsbasis van het onderhoudsgeld van het kind enkel het persoonlijke inkomen kan worden weerhouden, onverminderd de verhaalsmogelijkheid van die schuld op het gemeenschappelijke vermogen en het eigen vermogen van beide echtgenoten.

**21** *Tweede regel*: binnen de categorie van de uitgebreide alimentatieverplichtingen primeert de hulpplicht (art. 213 BW) die ontstaat ingevolge een tweede huwelijk op de uitkering na echtscheiding van het eerste huwelijk (art. 301 BW en 306 BW). Dit geldt voor zover bij hertrouw van de onderhoudsgerechtigde, de eigen mogelijkheid en middelen samen met deze van zijn nieuwe echtgenoot, hem in staat stelt op gelijkwaardige wijze in de vroegere levenstandaard te voorzien. De onderhoudsplicht van de vroegere echtgenoot is dan niet langer vereist (Cass. 3 april 1975, *Pas.* 1975, I, p. 756; zie ook S. LOUIS, “Obligations alimentaires: jurisprudence récente”, *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierichters* 2008, Brugge, die Keure, 2008, 68).

Anderzijds is er ook een strekking die ervan uitgaat dat wanneer de onderhoudsgerechtigde hertrouwt, de nieuwe echtgenoot met de vroegere op gelijke voet staat (zie hierover J. GERLO, “Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht”, *TBBR* 1998, 25; J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 91-92; J. ROODHOFT, “De rangorde bij pluraliteit van onderhoudsplichtigen” (noot onder Cass. 7 april 1995), *EJ* 1995, 86 e.v.).

Volgens een andere strekking zou het nieuwe huwelijk automatisch een einde stellen aan de onderhoudsverplichting tussen ex-echtgenoten, vermits de nieuwe echtgenoot tot de hulpplicht gehouden is en die als enige onderhoudsverplichting overblijft (J. ROODHOFT, “De rangorde bij pluraliteit van onderhoudsplichtigen” (noot onder Cass. 7 april 1995), *EJ* 1995, 87; N. HUSTIN-DENIES, “Hiérarchie des débiteurs d’aliments”, *RTDF* 1997, 286).

Tot de *tweede regel* behoren ook de volgende gevallen van rangorde:

- de alimentatieplicht van de ouders t.o.v. hun (minderjarige) kinderen uit de artikelen 203 BW en 203bis BW heeft voorrang op deze van de verwekker uit de artikelen 336 BW e.v.;
- er is voorrang van de hulpplicht tussen echtgenoten (art. 213 BW) en de uitkering na echtscheiding (art. 301 en 306 (oud) BW) op de bijdrageplicht van de ouders t.o.v. het gehuwde kind (art. 203 BW en ook art. 205 BW) d.w.z. dat het gehuwde kind eerst zijn echtgenoot moet aanspreken en dan pas zijn ouders (Cass. 20 april 2007, *RTDF* 2007, 808 (verkort), *RTDF* 2008, 1009 en *RW* 2008-09, 69 (verkort); N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 139, nr. 54). Zulks neemt evenwel niet weg dat de ouderlijke onderhoudsverplichting blijft gelden wanneer de middelen van



de echtgenoot van het kind ontoereikend zijn om zijn onderhoudsverplichting na te komen of wanneer vaststaat dat hij in gebreke is (Cass. 7 april 1995, *Pas.* 1995, I, 405 en *EJ* 1995, 85, noot J. ROODHOOFD).

**22** *Derde regel:* binnen de categorie van de beperkte alimentatieplichten is er voorrang van:

- de alimentatieplicht van de adoptant in het kader van de gewone adoptie (art. 353-14 BW) op deze van de oorspronkelijke familie van de geadopteerde (art. 205 BW);
- de alimentatieplicht tussen ascendenten en descendenten (art. 205 BW) op deze van de aanverwanten (art. 206 BW).

Deze regels vinden hun verklaring in het al of niet “nader” zijn van familiale relaties. Zo wordt de relatie ouder-kind nader geacht dan deze tussen aanverwanten.

**23** *Vierde regel:* binnen eenzelfde categorie komt de alimentatieplicht van de ouders die het dichtst staan in “graad” vóór die in een verdere graad.

Het begrip graad wordt hier ontleend aan het erfrecht (art. 734 BW e.v.). Het begrip “categorie” evenzo maar zou dan overeenstemmen met het erfrechtelijke begrip “orde” in de erfopvolging (zie de titel van Hoofdstuk III van Titel I van Boek III van het Burgerlijk Wetboek; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 11). De orde is een indeling gebaseerd op de aard van de bloedverwantschap: afstammelingen, ascendenten, zijverwanten. De graad wordt bepaald door de optelling van generaties.

**24** *Vijfde regel:* binnen eenzelfde graad van eenzelfde categorie is er geen solidariteit. De alimentatievordering wordt dus verdeeld over alle debiteurs van dezelfde graad volgens het principe bepaald in artikel 1220 BW en dit los van de vraag of ze in de zaak betrokken zijn of niet.

Diegenen die in overeenstemming met hun vermogenstoestand voor betaling in aanmerking komen, nemen niet het deel over van degenen die niet in aanmerking komen.

De last van de alimentatieverplichting wordt bepaald volgens de vermogenstoestand van alle debiteurs van dezelfde graad onafgezien of ze worden aangesproken of niet (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 141, nr. 60).

Bijgevolg bestaat er in het kader van artikel 208 BW dat bepaalt dat levensonderhoud wordt toegestaan naar verhouding van de behoeften enerzijds en het vermogen anderzijds, geen solidariteit onder de onderhoudsplichtigen doch is de onderhoudsschuld een individuele schuld en beschikt de onderhoudsgerechtigde over evenveel onderhoudsvorderingen als er onderhoudsplichtigen zijn (Cass. 16 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 304, *Div.Act.* 1996, 28,

noot E. DE WILDE D'ESTMAEL, *JT* 1995, 517, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROOD-HOOFT, *RTDF* 1997, 45 en *T.Not.* 1996, 277, noot; J. GERLO, “Belangrijk nieuws in het alimentatierecht: wel hiërarchie, geen hoofdelijkheid. Het arrest van het Hof van Cassatie van 16 maart 1995”, *R.Cass.* 1995, 306).

Zodoende wordt met betrekking tot de nakoming van de onderhoudsverplichting door verscheidene onderhoudsplichtigen noch de hoofdelijkheid noch de verplichting *in solidum* weerhouden.

De onderhoudsschuld ten overstaan van de onderhoudsplichtigen van dezelfde rang, is onderling al evenmin ondeelbaar.

Er bestaat niet één schuld, waartoe verscheidene onderhoudsschuldenaars gehouden zijn, maar er bestaan evenveel schulden als er onderhoudsplichten zijn. Nochtans wordt er enkel rekening gehouden met de vermogende onderhoudsplichtigen (K. VANWINCKELEN, “Enkele beschouwingen over begrafenis-kosten, kosten van de laatste ziekte, OCMW-dienstverlening en de verwerpende erfgenaam” (noot onder Vred. Merkssem 15 juli 1999), *RW* 2000-01, 995).

Met betrekking tot de onderhoudsverplichting in hoofde van de ouders ten overstaan van hun niet-zelfstandige kinderen bepaalt artikel 203, § 1 BW uitdrukkelijk dat zij “naar evenredigheid van hun middelen” dienen in te staan voor het onderhoud en de opvoeding van hun kinderen.

Onder de notie *m i d d e l e n* worden de “respectievelijke middelen” van ieder der ouders begrepen en niet de “globale middelen” van beiden. Evenmin kan met betrekking tot de onderhoudsverplichting krachtens artikel 203 BW, de hoofdelijkheid worden ingeroepen op grond van artikel 222 BW en dit om reden dat voormelde solidaire gehoudenheid enkel geldt voor het verhaalsrecht dat derden-schuldeisers lastens het echtpaar kunnen doen gelden (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 96).

**25** *Zesde regel:* de debiteur die in aanmerking komt maar die onvermogen is wordt geacht onbestaande te zijn in de rangorde van de alimentatieplichtigen. De debiteur die ingevolge de rangorde dan wel in aanmerking komt, kan maar worden aangesproken in overeenstemming met dat waartoe hij verplicht is.

Indien de onvermogen debiteur (bv. de ouder t.o.v. zijn kind op grond van art. 203 BW) gehouden is tot een uitgebreide alimentatieplicht en zijn opvolger in de rangorde tot een beperkte alimentatieplicht (bv. de moederlijke grootouders op grond van art. 205 BW) dan zal de beperkte plicht van toepassing zijn.

**26** *Zevende regel:* in de navolgende situaties bestaat er geen rangorde.

– De samenloop van een uitkering na echtscheiding en de onderhoudsbijdrage van de ex-echtgenoten voor hun kinderen (art. 203 BW). Dit standpunt wordt niet door iedereen gedeeld. J. GERLO is van mening dat de onderhoudsaanpraak van het niet-zelfstandige kind duidelijk primeert op dit van de ex-echtgenoot (J. GERLO, “Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht”, *TBBR* 1998, 27). De onderhoudsverplichting op grond van artikel 203 BW betreffende de gemeenschappelijke kinderen is veel ruimer en prevaleert op de onderhoudsverplichting ten overstaan van de ex-echtgenote (Vred. Doornik 25 mei 2004, *JT* 2006, 293 en Vred. Doornik 25 mei 2004, *RTDF* 2005, 566; zie ook E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 150, nr. 36 en 37).

Wanneer het kind echter in het huwelijk treedt primeert de onderhoudsplicht tussen echtgenoten; de onderhoudsverplichting tegenover de kinderen blijft echter bestaan wanneer de middelen en mogelijkheden van de echtgenoot van het gehuwd kind, dat zijn opleiding nog niet heeft beëindigd, onvoldoende zijn om aan de onderhoudsverplichting als echtgenoot te voldoen of in gebreke blijft deze na te komen (Cass. 20 april 2007, *RTDF* 2007, 808, (verkort), *RTDF* 2008, 1009 en *RW* 2008-09, 69 (verkort)).

– De samenloop tussen de hulpplicht binnen het huwelijk (art. 213 BW) en de onderhoudsbijdrage t.o.v. een kind uit een buitenechtelijke (overspelige) relatie dan wel een “huwelijkskind”. Er is geen voorrang van de wettelijke familie op de natuurlijke familie.

Er is ook geen voorrang van de hulpplicht binnen het huwelijk op de onderhoudsbijdrage voor niet-zelfstandige kinderen en omgekeerd (art. 203 BW) (Cass. 5 september 1997, *Larcier Cass.* 1997, 287, nr. 1627, verkort, *Pas.* 1997 I, 825, *JT* 1998, 54 en *Div.Act.* 1998, 75, noot A.-C. VAN GYSEL; J. GERLO, “Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht”, *TBBR* 1998, 27).

Hierover blijft echter betwisting bestaan. De ene strekking stelt dat het niet aangewezen is om een rangorde in te voeren, gezien beide aanspraken gelijkwaardig zijn en het karakter hebben van “lasten van het huwelijk”, overeenkomstig artikel 221 BW, onverminderd het feit dat de hulpplicht van dwingend recht is en de onderhoudsverplichting, overeenkomstig artikel 203 BW van openbare orde (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 94).

De andere strekking stelt dat de onderhoudsplicht ten overstaan van het niet-zelfstandige kind voorgaat op alle andere aanspraken, inbegrepen deze van de andere echtgenoot en ongeacht of het kind al dan niet geboren is uit het huwelijk van die echtgenoten (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 780; E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 133, nr. 49).

**27** De onderhoudsplicht t.a.v. kinderen (art. 203 en 203bis BW) gaat de onderhoudsplicht t.a.v. de partner vooraf zodat de onderhoudsbijdragen betaald voor de kinderen in rekening mogen gebracht worden wanneer het onderhoudsgeld voor de (ex)echtgenoot moet begroot worden.

Blijven er nadien onvoldoende middelen over voor het onderhoudsgeld voor de echtgenoot dan dient de onderhoudsplichtige alleen voor de kinderen te betalen (Vred. Doornik 25 mei 2004, *JT* 2006, 293 en *RTDF* 2005, 566; Vred. Westerlo 25 november 2002, *JJP* 2005,458; E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005,133, nr. 49 en de daar geciteerde onuitgegeven rechtspraak van het hof van beroep te Brussel).

**28** Op grond van de voormelde cassatierechtspraak kwam J. GERLO tot het volgende schema van rangorde (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 94; J. GERLO, “Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht”, *TBBR* 1998, 27):

- in geval van pluraliteit van onderhoudsplichtigen moet de onderhoudsgerechtigde de navolgende rangorde respecteren:
  1. zijn echtgenoot;
  2. zijn gewezen echtgenoot;
  3. zijn ouders indien het gaat om een niet-zelfstandig kind;
  4. zijn bloedverwanten, met eerbiediging van:
    - a. eerst deze in de naaste graad;
    - b. in geval van gelijke graad tussen ascendenten en descendenten, eerst de descendenten;
  5. zijn aanverwanten (schoonkind of schoonouder);
- in geval van pluraliteit van onderhoudsgerechtigden moet de te verstrekken steun als volgt verleend worden:
  1. zijn echtgenoot en zijn niet-zelfstandige kinderen;
  2. zijn gewezen echtgenoot;
  3. zijn bloedverwanten in de rechte lijn
    - a. eerst in de naaste graad;
    - b. in geval van gelijke graad, eerst de descendenten;
  4. zijn aanverwanten (schoonkind of schoonouder).

**29** Er bestaat geen oplossing voor de volgende situaties:

- samenloop tussen de alimentatieplichten als last van de nalatenschap (art. 205bis, tweede lid BW, art. 301, § 1 BW, art. 339bis BW, art. 353-14 BW en art. 1477, § 6 BW) en de andere alimentatieplichten (Cass. 12 juli 1957, *Pas.* 1957, I, 1367);
- samenloop tussen de wettelijke georganiseerde alimentatieplichten en deze die wettelijk niet georganiseerd zijn zoals de natuurlijke verbintenis (Cass. 6 juni 1975, *RCJB* 1978, 283, noot F. RIGAUX; A.-C. VAN GYSEL, “La

pluralité des créanciers et des débiteurs alimentaires" in *L'argent pour vivre: Vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Brussel, Kluwer 2000, 194);

- samenloop van de onderscheiden onderhoudsplichtigen naar gemeenrecht zoals bepaald in de artikelen 205 en 206 BW.

Een eerste strekking wees hierbij de hiërarchie af en gaf de voorkeur aan de mogelijkheid tot het concurrentieel aanspreken van onderhoudsplichtigen, enerzijds omdat de onderhoudsgerechtigde niet geconfronteerd zou worden met de problematiek rond de hiërarchie en anderzijds om de eenvoudige reden dat niet in een wettelijke regeling is voorzien, zodat de onderhoudsgerechtigde geen rangorde dient in acht te nemen.

Bovendien werd verwezen naar de notie *e v e n e e n s* in artikel 206 BW, waardoor schoonouders en -kinderen ook aangesproken kunnen worden tot nakoming van een onderhoudsplicht (J. ROODHOOF, "Pluraliteit van gemeenrechtelijke onderhoudsplichtigen: het Hof van Cassatie opteert voor hiërarchie" (noot onder Cass. 16 maart 1995), *RW* 1995-96, 743-744). Bijgevolg kunnen volgens deze stelling de onderhoudsplichtigen *in solidum* dan wel hoofdelijk veroordeeld worden tot het betalen van een onderhoudsuitkering aan de alimentatiegerechtigde.

Het Hof van Cassatie heeft echter de andere strekking in rechtspraak en rechtsleer gevolgd (Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF, *JT* 1995, 517, *Div.Act.* 1996, 28, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL, *T.Not.* 1996, 277, *R.Cass.* 1995, 305, noot J. GERLO en *RTDF* 1997, 415).

Deze staat de hiërarchie voor en beroept zich voornamelijk op de traditie evenals op het wezenlijke verschil qua aard en omvang van de onderscheiden gemeenrechtelijke onderhoudsverplichtingen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 59, nr. 78).

Hierbij slorpt de hulpplicht in hoofde van de echtgenoot, die in een meer uitgebreide onderhoudsverplichting voorziet, de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting op, voor zover de onderhoudsplichtige echtgenoot in de mogelijkheid verkeert deze na te komen. De onderhoudsplicht van de descendenten is immers beperkt tot het levensnoodzakelijke, wat niet het geval is tussen echtgenoten, waarbij de levenstandaard als criterium geldt (I. ANNE, "Alimentaire rangorde, gezinsleden en de onderhoudsgerechtigde en tussenkomst OCMW" (noot onder Vred. Oostende 12 juni 1997), *T.Vred.* 2001, 256, nr. 4).

De onderhoudsverplichting is trouwens gebaseerd op de familiebinding, t.t.z. de vermoede genegenheid die tussen bloed- en aanverwanten bestaat.

Het Hof van Cassatie weerhoudt aldus dat de min of de meer nauwe familieband de rangorde onder de onderhoudsplichtigen beheerst, zodat de onderhoudsplicht in hoofde van de bloedverwanten primeert op deze van de aanverwanten (Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *RW* 1995-

96, 743, noot J. ROODHOOF, *JT* 1995, 517, *Div.Act.* 1996, 28, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL, *T.Not.* 1996, 277, *R.Cass.* 1995, 305, noot J. GERLO en *RTDF* 1997, 415). Bijgevolg is de meest nabije graad van bloed- en aanverwantschap het criterium voor het bepalen van de hiërarchie onder onderhoudsplichtigen (N. HUSTIN-DENIES, "Hiérarchie des débiteurs d'aliments", *RTDF* 1997, 283).

Deze nabijheid in graad maakt de familiale solidariteit groter dan wel kleiner. Het Hof van Cassatie volgt dan ook niet de letterlijke interpretatie die aan de notie *e v e n e n s* in artikel 206 BW gegeven wordt door de tegenstanders van de hiërarchie (A.-C. VAN GYSEL, "Examen de Jurisprudence (1991 à 2002). Les personnes", *RCJB* 2003, 386; Vred. Brasschaat 3 september 2002, *RW* 2002-03, 631).

De notie "graad" is vergelijkbaar met hetzelfde begrip in het erfrecht, overeenkomstig artikel 734 e.v. BW. Aldus wordt eenzelfde redenering in het alimentatierecht gehanteerd met betrekking tot het criterium "nauwe familiebanden" als in de erfrechtelijke devolutie, waarbij de notie "graad" ook ondergeschikt is aan het begrip "lijn", conform artikel 733 BW.

Dit betekent dat in het kader van de hiërarchische gehoudenheid bij wettelijke onderhoudsverplichtingen conform artikel 205 e.v. BW, eerst toepassing wordt gemaakt van de lijn en vervolgens de graad waarin de onderhoudsplichtigen zich jegens de onderhoudsgerechtigde verhouden (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 10-11).

**30** Pluraliteit van onderhoudsplichten, waarbij de hiërarchie wordt weerhouden, geldt enkel tussen wettelijke onderhoudsplichten, doch niet tussen een *conventionele* onderhoudsverplichting en een wettelijke.

De conventionele onderhoudsverplichting, zoals een onderhoudsuitkering bedongen in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, is van strikt conventionele aard. Enkel het verbintenissenrecht is erop van toepassing.

Bijgevolg kan de onderhoudsplichtige deze conventionele onderhoudsverplichting niet tegenstellen aan de onderhoudsgerechtigde, waarvan de onderhoudsvordering gesteund is op een wettelijke onderhoudsplicht, teneinde te argumenteren dat zijn mogelijkheden daardoor beperkt worden.

Naar analogie kan verwezen worden naar artikel 4, § 2 van de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002) dat overeenkomsten over onderhoudsgeld niet tegenwerpelijk maakt aan het OCMW.

## HOOFDSTUK III

**ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “FOUT”**

**31** Dé fout bestaat niet in het alimentatierecht. Er moet vooreerst al onderscheid gemaakt worden tussen de fout met betrekking tot de staat van behoefte waarin de onderhoudsgerechtigde zich bevindt, bijvoorbeeld omdat die geen gebruik maakte van zijn “mogelijkheden”, of de fout met betrekking tot de relatie van onderhoudsgerechtigde tot onderhoudsplichtige. Verder is er ook nog de fout die gekoppeld is aan het begrip “rechtsmisbruik” d.w.z. telkens wanneer het recht op alimentatie op een abusieve wijze wordt uitgeoefend bijvoorbeeld door het rekken van een echtscheidingsprocedure met de enige bedoeling zolang mogelijk te kunnen profiteren van het onderhoudsgeld dat in kort geding werd toegekend.

Daarnaast heeft elke soort van alimentatie zijn eigen invulling van het foutbegrip. In de gemeenrechtelijke alimentatieverplichtingen is er de “onwaardigheid”, in de onderhoudsbijdrage voor kinderen is er het “wederzijdse respect” (art. 371 BW), tussen echtgenoten is er de schuldvraag m.b.t. het ontstaan en voortduren van de feitelijke scheiding (artt. 213 BW en 221 BW) en tussen ex-echtgenoten is er de “onschuldige echtgenoot” (art. 301, § 1 (oud) BW en 306 (oud) BW) die alleen gerechtigd is op een uitkering en is er de “zwarte fout” in het nieuwe echtscheidingsrecht die het recht op uitkering kan uitsluiten (art. 301, § 2, tweede en derde lid (nieuw) BW).

## AFDELING I

**DE GEMEENRECHTELIJKE ONDERHOUDSVORDERINGEN**

**32** Losstaand van het gegeven dat in principe fouten uit het verleden het recht op een onderhoudsvordering niet uitsluiten, geldt echter als uitgangspunt dat de hachelijke situatie van de onderhoudsschuldeiser niet aan zichzelf te wijten mag zijn. Met andere woorden, de onderhoudsschuldenaar kan opwerpen dat deze toestand louter het gevolg is van de eigen onwil, foutief gedrag, of ingesteldheid van de schuldeiser.

Bijgevolg wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de misstappen uit het verleden van de onderhoudsgerechtigde enerzijds en zijn situatie op het ogenblik van de onderhoudsvordering anderzijds, die wél het voorwerp van beoordeling kan uitmaken. Dit laatste is immers het directe gevolg van zijn staat van behoefte (Vred. Halle 12 juli 2000, *AJT* 2000-01, 902).

De staat van behoefte waarin de persoon verkeert, die om een onderhoudsuitkering, overeenkomstig artikel 205 BW vraagt, moet dus onvrij-

willig zijn. Het Hof van Cassatie herinnerde nogmaals aan dit principe in een geval waarbij de onderhoudsschuldeiser een onroerend goed had weggeschonken waarvan de opbrengsten hem nochtans voorheen in staat stelden ervan te leven (Cass. 12 oktober 2001, *RTDF* 2003, 853 en *Pas.* 2001, I, 1626).

**33** Artikel 207 BW bepaalt dat de onderhoudsverplichting wederkerig is, zulks in tegenstelling tot de onderhoudsverplichting, conform artikel 203 BW.

Op grond van dit beginsel wordt door de klassieke rechtsleer en rechtspraak gesteld dat inzake alimentatie er geen onwaardigheid bestaat tenzij in geval van volledige ontzetting uit het ouderlijk gezag (art. 33, tweede lid, 4° wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *BS* 15 april 1965) en indien gedeeltelijk, voor zover het vonnis het uitdrukkelijk bepaalt.

Bijgevolg maken de beledigende, of degenererende houding die door descendent of ascendent opzichtsens de andere werd aangenomen, evenals de fouten en tekortkomingen uit het verleden, geen beletsel of exceptie uit, op grond waarvan de alimentatie ontzegd kan worden.

Bij gebreke aan een uitdrukkelijke wettekst is onwaardigheid dus geen uitsluitingsgrond tot het recht op alimentatie, conform artikel 205 BW. Bijgevolg zal het kind dat zich misprijzend opstelt ten overstaan van zijn ouders en aldus geen respect voor hen betoont, niet van zijn recht op alimentatie ontheven worden (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 19; J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 89).

**34** Een andere strekking in rechtspraak en rechtsleer meent dat er toch met de moreel afkeurenswaardige houding moet worden rekening gehouden en dat deze wel gesanctioneerd kan worden op het niveau van de begrafting van de uitkering, met name tot het vitale minimum, of deze zelfs geweigerd kan worden (Vred. Elsene 14 november 1995, *J.dr.jeun.* 1996, 433 en *JT* 1996, 107).

Deze beoordeling zou niet in strijd zijn met het dwingende karakter van de familiale solidariteit, omdat ze het recht niet aantast op een bestaansrecht. De familiale solidariteit, gebaseerd op morele- en niet op rechtsbeginselen laat toe dat in bepaalde mate en tot op zekere hoogte met het onwaardige gedrag uit het verleden, rekening gehouden wordt (N. GALLUS, “L’incidence du comportement du créancier sur les droits à une pension alimentaire”, *RTDF* 1996, 11).

Het wederzijdse respect dat, weliswaar uitsluitend ouders en kinderen jegens elkaar verschuldigd zijn (art. 371 BW), wordt volgens deze zienswijze als rechtsgrond ingeroepen om tot een ontheffing van de onderhoudsplicht te



besluiten (Vred. Gent 28 december 1998, *AJT* 1999-2000, 711, noot E. DE GROOTE).

**35** Illustratief zijn de twee volgende arresten van het hof van beroep te Brussel. Merk op dat het wel steeds over meerderjarige kinderen gaat.

Een kind van welke leeftijd ook is respect verschuldigd aan zijn ouders (art. 371 BW). Bij een flagrante miskenning van die plicht kan een meerderjarig studerend kind elk recht op voortgezet onderhoud verbeuren. Het ging om een adoptiefzoon die wegens slagen en verwondingen t.a.v. zijn adoptievader blijkbaar met medewerking van de moeder, strafrechtelijk veroordeeld was. Hij genoot een onderhoudsbijdrage op grond van artikel 203, § 1, tweede lid BW (Brussel 6 juni 2006, *T.Fam.* 2007, 6, noot).

Een kind van welke leeftijd ook is respect verschuldigd aan zijn ouders (art. 371 BW). In geval van bijzonder laakbaar gedrag waaruit een manifeste miskenning van die civielrechtelijke plicht blijkt, kan een meerderjarig kind zijn recht op voortgezet onderhoud vanwege de ouders verbeuren. Hier ging het om twee meerderjarige dochters die geen enkel contact meer hadden met hun vader en die hem niet op de hoogte brachten van hun studie activiteiten en -resultaten (Brussel 10 oktober 2006, *T.Fam.* 2007, 7, goedkeurende noot R. HEPS en *Div.Act.* 2007, 36, afkeurende noot J. FIJERENS onder meer m.b.t. het onderscheid tussen meerderjarige en minderjarige kinderen en m.b.t. het verhaalsrecht van het OCMW).

## AFDELING II

### DE ONDERHOUDSBIJDRAGE VOOR KINDEREN (ART. 203, § 1 BW)

**36** De onderhoudsverplichting is gesteund op de afstamming en niet op het huwelijk of het ouderlijk gezag (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 110, nr. 161).

T.o.v. een minderjarig kind is de onderhoudsverplichting *o n v o o r w a a r d e l i j k*. Na de meerderjarigheid is ze afhankelijk van de voltooiing van de opleiding (art. 203, § 1, tweede lid BW). Het is precies met betrekking tot de duur ervan dat het “foutbegrip” opduikt onder de vorm van “ondankbaarheid” of een gebrek aan “respect”. Zie *boven* nrs. 34-35.

In principe echter is de onderhoudsverplichting van de ouders ten overstaan van hun kinderen niet afhankelijk van de aard van hun genegenheidsbanden of van het laakbaar of onwaardig gedrag van het kind. De eenzijdige beslissing van het kind om alleen te gaan wonen beëindigt de verplichting van de ouders niet wanneer zij verantwoord is gelet op familiale spanningen of studieredenen.

Misbruik van het kind met betrekking tot de duur van de studies en studiekeuzes kan perfect worden gesanctioneerd door een correcte toepassing van wat een passende opleiding is met een redelijke studieduur zonder dat daarom

moet worden beroep gedaan op moreel geladen uitspraken over ondankbaarheid of gebrek aan respect (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 148, nr. 71).

### AFDELING III

#### DE HULPPLICHT TUSSEN ECHTGENOTEN (ARTT. 213 EN 221 BW)

**37** De uitvoering van de hulpplicht (art. 213 BW) en van de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk (art. 221 BW) geschiedt in principe *in natura*, meer bepaald in de echtelijke verblijfplaats en volgt uit de beleving van het echtelijke leven. Dit betekent dat de samenwoningsverplichting in nauw verband staat met de hulp- en bijdrageverplichting (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 20; D. TILLEMANS, “De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld” in P. SENAEVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 123, nr. 109).

Wanneer echter het samenleven ophoudt te bestaan, kan de hulpverplichting (art. 213 BW) gesanctioneerd worden door het toekennen van een onderhoudsgeld. Anderzijds kan, wanneer een echtgenoot nalaat zijn bijdrage in de lasten van het huwelijk na te komen, de andere echtgenoot een beroep doen op de sommendelegatie, overeenkomstig artikel 221, tweede lid BW. Dit biedt de mogelijkheid om (uitsluitend) voor de toekomst gerechtelijk gemachtigd te worden, bij uitsluiting van de andere echtgenoot, geldsommen te ontvangen, die hem toekomen. De eisende echtgenoot draagt de bewijslast van de miskenning in hoofde van de andere echtgenoot van zijn bijdrageplicht (P. HOFSTRÖSSLER, “Nogmaals over schuld en onschuld inzake feitelijke scheiding en artikel 223 BW” (noot onder Vred. Westerlo 23 januari 1996), *AJT* 1995-96, 461 en *Echtsch.* 1995, 34).

**38** Het afdwingen van de hulp- en bijdrageplicht is echter gebaseerd op het schuld criterium, hetgeen betekent dat wanneer een echtgenoot in rechte een onderhoudsvordering stelt, op grond van artikel 213 en/of 221 BW, hij/zij de bewijslast heeft dat de andere echtgenoot de feitelijke scheiding heeft doen ontstaan.

Dit betekent ook dat de echtgenoot die de nakoming van de verplichtingen conform de artikelen 213 en 221 BW in rechte wil afgedwongen zien, moet aantonen dat, voor zover deze feitelijke scheiding reeds enige tijd bestaat, het voortduren ervan eveneens ten laste van de andere valt (Cass. 21 februari 1986, *JLMB* 1987, 209; Cass. 16 mei 1997, *Pas.* 1997, I, 573 en *Div.Act.* 1998, 74, noot A.-C. VAN GYSEL; Rb. Marche-en-Famenne 17 april 1997, *Div.Act.* 1998,73; Rb. Antwerpen 22 juni 2000, *AJT* 2000-01, 814; Vred. Westerlo 23 januari 1996, *AJT* 1995-96, 459; Vred. Philippeville 15 december

1999, *TBBR* 2000, 262; A.-C. VAN GYSEL, "Crime et châtement: la notion de faute dans les relations entre époux" in *Mélanges offerts à Roland De Valke-neer*, Brussel, Bruylant, 2000, 531).

Deze bewijslast is identiek, minstens vergelijkbaar met deze betreffende de omkering van het schuldvermoeden, conform artikel 306 (oud) BW(A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 23, voetnoot nr. 12).

**39** Deze bewijslast is niet wettelijk geregeld doch wordt bepaald door een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (P. SENAËVE, "Het magische getal 223 – Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het organiseren van de feitelijke scheiding", *EJ* 1996, 82 en meer bepaald voetnoot nr. 4). Indien een echtgenoot echter zonder vooraf gemachtigd te zijn geworden om afzonderlijk te verblijven, het echtelijk dak verlaat, wordt hij vermoed de verstoring van de echtelijke verstandhouding veroorzaakt te hebben en aldus schuldig te zijn aan de feitelijke scheiding, weliswaar behoudens het bewijs van het tegendeel (E. VIEUJEAN, "Les personnes. Examen de jurisprudence (1976 à 1983)", *RCJB* 1986, 579; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 200; Cass. 19 juni 1970, *RW* 1970-71, 502). Indien echter de feitelijke scheiding mede te wijten is aan de eigen tekortkomingen, kan deze echtgenoot geen aanspraak maken op een onderhoudsgeld of sommendelegatie (D. TILLEMANS, "De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 125).

**40** In geval van grof plichtsverzuim (art. 223, eerste lid BW) of wanneer de echtelijke verstandhouding ernstig verstoord is (art. 223, tweede lid BW) kan ieder der echtgenoten voor de vrederechter op deze gronden dringende voorlopige maatregelen vorderen. De bodemrechter kan bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW de samenwoningsplicht opschorten en tevens een onderhoudsgeld (art. 213 BW) en/of sommendelegatie toekennen (art. 221 BW), als dringende voorlopige maatregel, enerzijds zonder het *schuld criterium* te hanteren en anderzijds zonder deze maatregelen in de tijd te limiteren. Als enige beperking wordt weerhouden dat hierdoor geen feitelijke scheiding op bestendige wijze mag georganiseerd worden.

**41** Onverminderd het feit dat in overeenstemming met artikel 223, tweede lid BW een onderhoudsgeld kan worden toegekend, zonder rekening te houden met het *schuld criterium*, belet dit de feitenrechter niet om er wel mee rekening te houden. De verwerende echtgenoot kan dus wel als verweer de schuld van de eiser aanvoeren en de rechter mag er bij de toekenning dan wel de begroting van het onderhoudsgeld, mee rekening houden. Bijgevolg is het schuld criterium hier niet volledig uitgesloten (Cass. 21 januari 1999, *RTDF* 2000, 625, *RW* 2000-01, 1180 en *Arr.Cass.* 1999, 75; K. VANLEDE, "De beoordeling van een 'vaststaande schuld' in het kader van artikel 223 BW" (noot onder Rb. Dendermonde 23 maart 2001), *EJ* 2001, 146 e.v.).

Dit standpunt werd in een cassatiearrest van 22 december 2006 bevestigd weliswaar in een geval van voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure maar de principes kunnen ook toegepast worden in geval van een procedure op grond van artikel 223 BW (Cass. 22 december 2006, *EJ* 2007, 2 noot C. AERTS en *RW* 2006-07, 1153, noot S. MOSSELMANS; Cass. 13 april 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 57, noot A.-C. VAN GYSEL, *RTDF* 2007, 696 en *RTDF* 2008, 847; Bergen 15 december 2008, *Act.dr.fam.* 2009, 31, noot A.-C. VAN GYSEL).

Bij toepassing van het voorgaande kan rekening gehouden worden met het feitelijk gegeven dat de onderhoudsgerechtigde met een derde samenwoont, zodat het kostendelend samenwonen een impact heeft op de omvang der onderhoudsverplichting in hoofde van de onderhoudsplichtige (A.-M. BOUTART, noot onder Brussel 25 april 2000, *Div.Act.* 2001, 21-22).

De vraag kan worden gesteld of de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) geen impact heeft op deze toepassing van de schuldvraag nu de schuld geen determinerende rol meer speelt tot het bekomen van de echtscheiding. Hieruit zou kunnen afgeleid worden dat de wetgever een andere benadering van sanctionering is gaan huldigen wanneer er sprake is van tekortkoming aan de huwelijksplichten en de plicht tot samenwoning in het bijzonder (zie hierover: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1103-1107).

**42** Wanneer de vrederechter de schuldvraag niet uit de weg moet gaan, rijst echter wel de vraag wanneer de schuld vaststaat (Vred. Grâce-Hollogne 12 december 2000, *JLMB* 2002, 1502, noot S. THIELEN). Kan rekening gehouden worden met louter een proces-verbaal van vaststelling overspel, overeenkomstig artikel 1016*bis* Ger.W.? Kan de schuld als “vaststaand” beschouwd worden, zolang er geen uitspraak ten gronde is betreffende de inbreuk op de huwelijksverplichtingen, die in kracht van gewijsde is getreden? Alleszins verhindert het recht op privacy, conform artikel 8 EVRM dat het proces-verbaal van vaststelling wordt aangewend in een andere procedure dan het echtscheidingsgeding op grond van bepaalde feiten.

Aldus mag aangenomen worden dat, zolang de schuldvraag niet beoordeeld en weerhouden werd in een uitspraak van de bodemrechter, die in kracht van gewijsde is getreden, de door de echtgenoot-verweerder aangevoerde feiten niet kunnen weerhouden worden. Wel lijkt het cassatiearrest van 21 januari 1999 toe te laten dat de vaststaande fout afgeleid kan worden uit een in kracht van gewijsde gegane uitspraak, zoals bijvoorbeeld in geval van betwisting van het vaderschap (Cass. 21 januari 1999, *RTDF* 2000, 625, *RW* 2000-01, 1180 en *Arr.Cass.* 1999, 75, nr. 37; K. VANLEDE, “De beoordeling van een ‘vaststaande schuld’ in het kader van artikel 223 BW” (noot onder Rb. Dendermonde 23 maart 2001), *EJ* 2001, 146 e.v.).

**43** Tijdens de echtscheidingsprocedure blijft de onderhoudsverplichting een uitvoeringsmodaliteit van de hulp- en bijdrageverplichting, conform de artikelen 213 en 221 BW. Het artikel 1280 Ger.W. is slechts een bevoegd-

heidsartikel (Cass. 7 april 1995, *Larcier Cass.* 1995, 106; Bergen 16 september 1997, *RTDF* 1998, 632). De onderhoudsverplichting blijft principieel gedurende de ganse echtscheidingsprocedure bestaan, zonder dat rekening gehouden wordt met tekortkomingen aan de echtelijke verplichtingen, die aan de orde zijn in het bodemgeschil, op grond van artikel 229 e.v. BW. De voorzitter in kort geding heeft zich dus niet uit te spreken over de ontvanke-lijkheid of de gegrondheid van de echtscheidingseis.

Nochtans mag de financieel zwakkere, doch schuldige echtgenoot geen misbruik maken van het echtscheidingsgeding en meer bepaald van het gegeven dat geen rekening gehouden kan worden met de schuldvraag bij de beoorde-ling van de onderhoudsverplichting in de loop van het geding.

Indien blijkt dat de echtscheidingseis ingesteld is om een onderhoudsgeld te bekomen, dan wanneer in geval van feitelijke scheiding, rekening houdend met de bewijslast omtrent de schuldvraag, deze financieel zwakkere echtge-noot daarop geen kans zou gemaakt hebben, dient de eis afgewezen te wor-den.

Dit betekent dan ook dat de beoordeling door de voorzitter, meer bepaald het sanctioneren van het misbruik maken van een echtscheidingsprocedure, niet gelijkgesteld kan worden met het vormen van een oordeel over het bodem-geschil (Luik 13 maart 2006, *JLMB* 2007, 56, in deze casus had de eerste rechter het alimentatiegeld beperkt in de tijd en het verschuldigde bedrag vanaf een bepaald ogenblik omgezet in een voorschot op de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel van de partijen; S. MOSSELMANS, "De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten" in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 271-272).

**44** Volgens een gedeelte van de rechtspraak maakt de vaststaande echtelijke tekortkoming aldus het criterium uit om de onderhoudsverplichting tijdens het echtscheidingsgeding te beperken (Gent januari 2003, AR 2001/RK/1992, onuitg.; Gent 19 juni 2003, AR 2001/RK/87, onuitg.; Gent 16 oktober 2003, *RABG* 2004, 483; Gent 8 januari 2004, *RABG* 2004, 1266; Gent 9 januari 2004, AR. 2002/RK/394, onuitg.; Gent 18 maart 2004, *RABG* 2004, 1270, noot M. GOVAERTS). Het staat immers vast dat het ontstaan van de feitelijke scheiding of het voortduren ervan uitsluitend te wijten is aan de echtgenoot die aanspraak maakt op een onderhoudsgeld en die hierop dan ook geen recht heeft (Brussel 9 juni 2000, *EJ* 2000, noot J. GERLO; Brussel 28 november 2002, *NJW* 2003, 241 noot R. DE CORTE; anders Luik 18 februari 2003, *JLMB* 2004, 642, *RTDF* 2004, 343, noot, *JT* 2003, 584 en *Div.Act.* 2006, 4; Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN verbroken door Cass. 22 december 2006, *verder*).

Deze rechtspraak is gesteund op het cassatiearrest van 21 januari 1999 dat bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW aan de bodemrechter de bevoegdheid toekent om ter gelegenheid van het toekennen van alimentatie rekening te houden met feitelijke gegevens, aangebracht door de onderhoudsplichtige, en zo onder meer de vaststaande schuld in hoofde van de onderhoudsgerechtigde (Cass. 21 januari 1999, *RTDF* 2000, 625 en *RW* 2000-01, 1180, (verkort)).

**45** Het hof van beroep te Gent maakte een toepassing van bovenvermelde principes door te oordelen dat de voorzitter in kort geding geen rekening mag houden met het schuld criterium. De situatie is anders indien de uitspraak over de echtscheiding in kracht van gewijsde is getreden, zodat er geen bezwaar meer bestaat om met de schuld rekening te houden bij de beoordeling van de onderhoudsplicht tijdens het huwelijk. In geval van feitelijke scheiding kan de echtgenoot aan wie minstens het voortduren mede te wijten is, geen aanspraak maken op onderhoudsgeld. De aanspraak op een onderhoudsuitkering vervalt vanaf de datum van het proces-verbaal van vaststelling van overspel (Gent (11<sup>ter</sup> kamer) 18 maart 2004, *RABG* 2004, 1270, noot M. GOVAERTS).

Het hof van beroep te Antwerpen nam het tegengestelde standpunt in. Het was van oordeel dat voorhouden dat de verbintenissen voortvloeiende uit het huwelijk, in het bijzonder het betalen van onderhoudsgeld, niet meer moeten worden nageleefd louter op grond van het feit dat de andere echtgenoot is gaan samenwonen met een andere partner, een miskenning inhoudt van artikel 213 BW. Het hof benadrukte bovendien dat de wederzijdse verplichtingen die uit artikel 213 BW voortspruiten van openbare orde zijn en van elkaar gescheiden (Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN).

**46** Terecht kan de bedenking geformuleerd worden of de vereiste van een voorafgaandelijk in kracht van gewijsde getreden uitspraak ten gronde, waardoor het huwelijk ontbonden werd, alvorens uitspraak wordt gedaan omtrent de voorlopige maatregelen, en meer bepaald omtrent de vordering tot levensonderhoud tijdens het echtscheidingsgeding, geen onbillijke situatie doet ontstaan in hoofde van de onderhoudsplichtige, zulks naargelang de bodemprocedure al dan niet afgehandeld is vóór dan wel na de beoordeling van de gevorderde voorlopige maatregelen.

Met andere woorden, heeft de onderhoudsplichtige, die nadien aantoont dat het huwelijk werd ontbonden als gevolg van de schuld van de onderhoudsgerechtigde niet evenveel recht om de voordien toegekende onderhoudsuitkering, op grond van een uitspraak conform artikel 1280 Ger.W. te kunnen recupereren, terwijl de onderhoudsplichtige de onderhoudsvordering kan zien afgewezen worden indien hij, in het kader van de kort gedingprocedure een definitieve uitspraak ten gronde kan voorbrengen, waaruit de schuld van de andere echtgenoot blijkt? (A.-M. BOUDART, noot onder Brussel 25 april 2000, *Div.Act.* 2001, 23).

Deze kritische benadering betreffende het weerhouden van het schuld criterium bij de beoordeling van de onderhoudsverplichting tijdens het echtscheidingsgeding, heeft weerklank gevonden in de rechtspraak.

**47** Teneinde de schuldvraag volledig te weren uit het debat over de onderhoudsverplichting in het kader van de voorlopige maatregelen krachtens ar-

tikel 1280 Ger.W. worden de volgende argumenten in deze strekking in de rechtspraak weerhouden.

*Ten eerste* is de onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure tot wanneer de uitspraak, waardoor het huwelijk ontbonden wordt in kracht van gewijsde is getreden, gesteund op de hulpplicht van iedere echtgenoot (art. 213 BW), zonder dat met het schuld criterium rekening gehouden kan worden (Bergen 8 oktober 2002, *Rev.not.b.* 2004, 114; Luik 18 februari 2003, *RTDF* 2004, 343, noot).

*Ten tweede* wordt de omvang van de onderhoudsverplichting uitsluitend bepaald op grond van de inkomsten en lasten van de echtgenoten, onverminderd de behoefte van de onderhoudsschuldeiser, waarbij rekening gehouden kan worden met het feitelijke gegeven dat deze voordeel haalt uit de samenwoning met een derde, waardoor zijn lasten verminderd worden. Met andere woorden, bij de begroting van de onderhoudsuitkering komt de schuldvraag niet aan bod.

*Ten derde*, het introduceren van het schuld criterium bij het bepalen van de onderhoudsuitkering in een procedure, overeenkomstig artikel 1280 Ger.W., creëert een ongelijke behandeling tussen onderhoudsplichtigen, bij wie het bodemgeschil al dan niet geresulteerd heeft in de ontbinding van het huwelijk, alvorens uitspraak is gedaan over de voorlopige maatregelen.

*Ten vierde*, dergelijke ongelijke behandeling zal eveneens tactische procedurele spelletjes in de hand werken om de behandeling van de bodemprocedure snel dan wel vertraagd te doen verlopen, zulks in functie van de behandeling van de betwisting omtrent de onderhoudsuitkering tijdens het echtscheidingsgeding (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 128, nr. 29).

Ten slotte is de juridische basis van de onderhoudsverplichting uitsluitend artikel 213 BW, met andere woorden de hulpplicht die tussen echtgenoten bestaat, terwijl artikel 223 BW en artikel 1280 Ger.W. louter bevoegdheidsregels zijn, vandaar dat de schuldvraag uit het debat over de onderhoudsverplichting dient geweerd te worden (Luik 18 februari 2003, *JT* 2003, 584, *RRD* 2004, 140, *JLMB* 2004, 642, *RTDF* 2004, 343, noot en *Div.Act.* 2006, 4).

**48** Het Hof van Cassatie heeft deze rechtspraak niet gevolgd. In een arrest van 22 december 2006 werd geoordeeld dat de echtgenoot die als gevolg van een rechterlijke beslissing of als gevolg van een echtscheidingsprocedure feitelijk gescheiden leeft en een persoonlijk onderhoudsgeld vordert, niet moet bewijzen dat de feitelijke scheiding niet aan hem te wijten is, maar ten einde de vordering te doen afwijzen kan de verweerder bewijzen dat de feitelijke scheiding geheel of ten dele aan de eiser te wijten is (Cass. 22 december 2006,

*EJ* 2007, 2 noot C. AERTS, *RW* 2006-07, 1153, noot S. MOSSELMANS en *RTDF* 2007 noot N. DANDOY).

Bij de beoordeling van dit bewijs mag de voorzitter, rechtsprekend overeenkomstig artikel 1280 Ger.W., niet vooruitlopen op de door de echtscheidingsrechter te beoordelen fouten maar is er inmiddels een definitief echtscheidingsvonnis, dan volstaat de aldus vastgestelde fout om het bewijs aan de schuld aan de feitelijke scheiding te bewijzen.

M.a.w. de rechter die met toepassing van artikel 1280 Ger.W. oordeelt over een vordering tot het verkrijgen van een onderhoudsbijdrage in uitvoering van de hulp- en bijdrageverplichting tussen echtgenoten, moet rekening houden met de aangevoerde overspelige relatie van de echtgenoot die de onderhoudsbijdrage vordert en die vaststaat als gevolg van een inmiddels definitieve echtscheidingsuitspraak. In het cassatiearrest wordt niet duidelijk gesteld vanaf welk ogenblik er precies moet rekening gehouden worden met de fout doch blijkbaar wordt toch bedoeld de vaststelling van het overspel en niet het latere vonnis van echtscheiding waarin weliswaar de eerdere fout wordt vastgesteld.

#### AFDELING IV

#### UITKERING NA ECHTSCHEIDING

**49** In het geval van een echtscheiding op grond van feiten kan de uitkering alleen gevraagd worden door de “onschuldige” echtgenoot, m.a.w. degene op vraag van wie de echtscheiding werd uitgesproken (Cass. 5 februari 1965, *Pas.* I, 569). Dit blijkt niet als zodanig uit de tekst van artikel 301 (oud) BW dat gewaagt van “de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft”. Onder de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft, moet begrepen worden de “echtgenoot tegen wie de echtscheiding niet is uitgesproken” (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 253, nr. 387; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 34).

Het hierboven vermelde is niet onbelangrijk vermits de rechtspraktijk nog gedurende vele jaren zal geconfronteerd worden met de “oude” uitkering na echtscheiding. Immers voor de echtscheidingsprocedures die nog hangende waren vóór 1 september 2007 en waarvoor geen eindvonnis werd uitgesproken blijven de oude artikelen 229, 231 en 232 BW (overspel, slagen en mishandelingen, grove beledigingen, en twee jaar feitelijke scheiding) van toepassing (art. 42, § 2 van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007, hierna “nieuwe Echtscheidingswet”).



Ook het recht op een uitkering na echtscheiding blijft dan beheerst door de vroegere artikelen 301, 306, 307 en 307bis BW.

Werd de echtscheiding reeds uitgesproken vóór 1 september 2007 dan blijft de uitkering na echtscheiding ook onderworpen aan de oude wetgeving (art. 42, § 3 van de nieuwe Echtscheidingswet).

**50** Het “gerechtigd” zijn op een uitkering is onverjaarbaar en staat volkomen los van de graad van ernst van de fout waarop de echtscheiding werd uitgesproken, evenals van de minder of meer lange duur van het huwelijk.

Voor het geval de echtscheiding op hoofdvordering is uitgesproken maar de tegenvordering nog hangende is, kan artikel 301 (oud) BW niet zonder meer toegepast worden vermits de uitsluitende schuld van de andere echtgenoot nog niet vaststaat. Anderzijds bestaat de hoedanigheid van echtgenoot niet meer zodat geen onderhoudsgeld bij toepassing van de hulpplicht (art. 213 BW) kan toegekend worden.

In deze hypothese kan een provisionele uitkering worden gevorderd hetzij voor de vrederechter, hetzij voor de rechtbank van eerste aanleg. Deze uitkering heeft dezelfde grondslag (art. 301 (oud) BW) als de definitieve uitkering na echtscheiding, zij het dat er wel enkele verschillen zijn (Cass. 30 april 1964, *Pas.* 1964, I, 922 en *RW* 1965-66, 296; Cass. 23 mei 1985, *JT* 1986, 111; Cass. 21 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1155, *Pas.* 1995, I, 1191, *RW* 1996-97, 323, noot, *EJ* 1996, 91, noot K. BROECKX en J. ROODHOOFD en *Div.Act.* 1997, 102, noot A.-C. VAN GYSEL).

**51** Voor de toepassing van artikel 301 BW wordt de echtgenoot die de echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding verkrijgt (art. 232, eerste lid BW), geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken (art. 306 (oud) BW). De verweerder in echtscheiding is principieel uitkeringsgerechtigd. De eiser is uitkeringsgerechtigd zo hij het schuldvermoeden weerlegt, dit is zo hij bewijst dat de verweerder exclusief schuld heeft aan ontstaan én voortduren van de feitelijke scheiding (zie voor talrijke voorbeelden van de fouten en tekortkomingen bedoeld in art. 306 (oud) BW: I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (artikel 232 BW)”, *EJ* 2002, 98, nrs. 35-42).

Indien de eiser in echtscheiding het schuldvermoeden relativeert door te bewijzen dat de verweerder eveneens (gedeeltelijk) schuld heeft aan het ontstaan en/of het voortduren van de feitelijke scheiding – die dus aan beide partijen te wijten is – heeft geen van beide ex-echtgenoten recht op een onderhoudsuitkering (zie voor een toepassingsgeval: Antwerpen 24 december 2003, *NJW* 2004, 699). Dit betekent dat, indien blijkt dat de feitelijke scheiding mede te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de vrouw, zij geen aanspraak kan maken op een onderhoudsuitkering, zelfs niet indien zij de echtscheiding op grond van feiten verkregen heeft (I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak

(1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (artikel 232 BW)”, *EJ* 2002, 105, nr. 46 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

**52** De rechter kan niet beslissen dat geen van beide echtgenoten schuld heeft aan de feitelijke scheiding (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 287, nr. 440).

Het bewijs van de eisende partij dat deze zelf of geen van beide echtgenoten schuld heeft aan het tot stand komen van de feitelijke scheiding en het voortduren ervan, volstaat aldus niet. De weerlegging van het schuldvermoeden zal evenmin aanvaard worden, indien blijkt dat beide echtgenoten de feitelijke scheiding hebben doen ontstaan (Rb. Namen 10 mei 1995, *RTDF* 1997, 384; Luik 27 april 1998, *RTDF* 1999, 634).

**53** Vroegere vonnissen die een echtgenoot veroordelen tot het betalen van een onderhoudsgeld of die een ontvangstmachtiging bevelen, bevatten geen onweerlegbaar bewijs van de schuld van die echtgenoot. De eiser kan pogen het vermoeden van artikel 306 BW te weerleggen zelfs al worden zulke veroordelingen tegen hem ingeroepen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 288, nr. 442).

**54** De fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot aan wie de feitelijke scheiding te wijten is, mogen niet gelijkgesteld worden met de in artikel 231 (oud) BW bepaalde gronden tot echtscheiding (Cass. 4 januari 1980, *RW* 1979-80, 2702, *RTDF* 1983, 31 en *T.Not.* 1980, 358). Zij moeten niet zo ernstig zijn. Het is niet onlogisch enerzijds te beslissen dat er geen grond tot echtscheiding ten laste van de vrouw voorhanden is wegens grove beledigingen en anderzijds te oordelen dat haar fouten en tekortkomingen ten grondslag liggen aan de feitelijke scheiding.

**55** De uitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis (art. 307 en 307bis BW) heeft in tegenstelling tot de hierboven besproken onderhoudsuitkeringen (ex. art. 301 en 306 (oud) BW) een zuiver alimentair karakter. In tegenstelling tot de uitkering op basis van artikel 306 (oud) BW (gewone feitelijke scheiding) wordt elk foutcriterium geweerd voor de bepaling van de principiële gerechtigheid op een uitkering en werd geen verwijzing opgenomen naar artikel 301 (oud) BW.

Elk van de echtgenoten komt in aanmerking als gerechtigde op een uitkering na echtscheiding. Er wordt dus geen enkele vereiste van onschuld gesteld in hoofde van de ex-echtgenoot die aanspraak wenst te maken op de uitkering.

Afhankelijk van de respectieve financiële positie kan de geestesgestoorde dan wel de geestesgezonde gewezen echtgenoot dan ook aanspraak maken op een alimentaire uitkering. Niets verhindert trouwens dat de oorspronkelijk uitkeringsgerechtigde gewezen echtgenoot later onderhoudsplichtig wordt, en *vice versa*. De onderhoudsverplichting is hier dus wederkerig (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 294-295, nrs. 453-454; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting*

*van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechts-wetenschappen België, 1996, 148-150, nrs. 290-297).

**56** In het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming heeft de uitkering voor de periode na de echtscheiding geen alimentair, maar een zuiver conventioneel karakter. De regels van het verbintenissenrecht zijn hier volledig van toepassing (Titel III van Boek III van het Burgerlijk Wetboek “Contracten of verbintenissen uit overeenkomsten in het algemeen” (art. 1101-1369 BW)). Elke verwijzing naar de fout is hier uitgesloten (Cass. 4 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 263; Cass. 21 juni 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 1054, *T.Not.* 1992, 26, noot A. VERBEKE, “De bindende kracht van de overeenkomst over de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” en *RW* 1991-92, 547; zie ook F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 96, nrs. 57-62; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2055, nrs. 608-609).

**57** In de nieuwe wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007) werd gekozen voor een *verruimd basisrecht* dat zelfs openstaat voor de echtgenoot die de echtscheiding heeft gevraagd en bekomen zonder concrete vorderingsgrond of voor de echtgenoot die “schuldig” is. Nochtans blijft het principe van de verantwoordelijkheid bestaan, ook al is het voortaan niet meer aan degene die de echtscheiding aanvraagt om de fout te bewijzen, maar aan de mogelijke uitkeringsplichtige om dat bewijs te leveren in hoofde van diegene die een uitkering vraagt.

Ook indien de echtscheiding op eenzijdig verzoek (van één echtgenoot) wordt uitgesproken, is er recht op uitkering tot levensonderhoud in hoofde van beide echtgenoten; alleen diegene die zich schuldig maakte aan een “zware fout”, waardoor het samenleven onmogelijk werd zal niet de mogelijkheid hebben om een uitkering te vorderen. Bij *partner geweld* is er echter een formele uitsluiting (nieuw art. 301, § 2, derde lid BW).

## HOOFDSTUK IV

ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR  
“OVEREENKOMST”

## AFDELING I

## DE REGELS

**58** Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen overeenkomsten die betrekking hebben op een wettelijke onderhoudsverplichting en deze die een onderhoudsgeld vaststellen zonder wettelijke grondslag.

Een e e r s t e r e g e l bestaat erin dat overeenkomsten die raken aan het bestaansrecht zelf van het wettelijk onderhoudsgeld d.w.z. het “recht hebben op” nietig zijn. Zolang de familiale band waaruit de alimentatieplicht voortvloeit bestaat, geldt deze regel. Hij verdwijnt wanneer die band ophoudt te bestaan bijvoorbeeld na ontbinding van het huwelijk. De regel geldt niet voor de uitkering na een echtscheiding door onderlinge toestemming want deze uitkering is niet van openbare orde, ze is louter conventioneel (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 15). De regel geldt wel voor de onderhoudsbijdrage voor de kinderen die in het kader van dezelfde echtscheiding door onderlinge toestemming werd overeengekomen want deze bijdrage is van openbare orde.

Een t w e e d e r e g e l houdt in dat overeenkomsten die betrekking hebben op de “inrichting”, de uitvoering, het “werkzaam” zijn van de alimentatieverplichting, in principe geldig zijn voor zover de algemene beginselen die wettelijke onderhoudsgelden beheersen, werden gerespecteerd. Nietig is bijvoorbeeld een alimentatiegeld dat gekoppeld werd aan een belofte om een testament op te stellen ten gunste van de onderhoudsschuldenaar. Bovendien zou dit een verboden overeenkomst zijn betreffende een nog niet opgevallend nalanteschap (Rb. Hasselt 5 mei 1993, *T.Not.* 1999, 92).

Een d e r d e r e g e l luidt dat in principe niet kan overeengekomen worden dat een wettelijk alimentatiegeld definitief en onvoorwaardelijk is want dit zou strijdig zijn met de regel van openbare orde dat onderhoudsgelden wijzigbaar zijn (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 150, nr. 72). Een uitzondering op deze regel is de uitkering tussen echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming.

De v i e r d e r e g e l is dat overeenkomsten die een onderhoudsgeld vaststellen zonder wettelijke grondslag (bv. tussen feitelijke samenwoners of op grond van een natuurlijke verbintenis) daarentegen geheel worden beheerst door het verbintenissenrecht en zij kunnen herroepen worden met wederzijdse toestem-

ming. Op deze overeenkomsten is artikel 1134 BW van toepassing en zij gelden als wet tussen partijen.

Ten slotte is er de vijfde regel die stelt dat een onderhoudsovereenkomst dezelfde waarde heeft als een onderhoudsvonnis. Dit laatste kan door een overeenkomst of een ander vonnis worden gewijzigd, zoals een onderhoudsovereenkomst door een nieuwe overeenkomst of een vonnis kan gewijzigd worden (Cass. 8 mei 1992, *R.Cass.* 1992, 152, noot J. GERLO).

**59** De verplichting van de ouders overeenkomstig artikel 203, § 1 BW is van openbare orde (Cass. 10 oktober 1974, *Pas.* 1975 I, 174, *RW* 1974-75, 1183 en *Arr.Cass.* 1975, 191). Dit belet de ouders nochtans niet wat dat betreft overeenkomsten te sluiten.

Het *obligatio-aspect* is van openbare orde en overeenkomsten tussen de ouders kunnen het niet compromitteren. Het *contributio-aspect* is dat niet.

Geen enkele wetsbepaling staat eraan in de weg dat zij over hun respectieve bijdragen in de kosten van levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van hun kinderen een overeenkomst sluiten, voor zover die de rechtmatige belangen van de kinderen niet miskent en voor de ouders of voor één van hen geen ontheffing inhoudt van hun verplichting om de kinderen levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding te bezorgen (Cass. 16 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 77, *RW* 1997-98, 117, noot J. GERLO, *T.Not.* 1997, 545, noot en *JT* 1997, 435; Bergen 14 oktober 1997, *RTDF* 1999, 485).

**60** Niet elke verzaking die tussen ouders overeengekomen wordt is zonder meer in strijd met de openbare orde. Dit is enkel het geval wanneer verzaakt wordt aan elk recht op een bijdrage van de andere ouder. Dit soort overeenkomsten miskent immers het principe van de relativiteit van overeenkomsten (art. 1165 BW), houdt een definitieve afstand in van een wettelijk recht op onderhoud en schendt aldus de openbare orde.

Anders is het wanneer duidelijk aangegeven wordt dat de verzaking de uitoefening van het recht betreft en een voorlopig karakter draagt (nl. tijdelijk en ondergeschikt is aan het feit dat het kind voldaan kan worden in zijn behoeften) en objectief gemotiveerd kan worden bijvoorbeeld als gevolg van een wijziging inzake de verblijfsregeling van het kind. Deze verzakingen dienen op dezelfde wijze behandeld te worden als bijvoorbeeld het niet-opvragen van index-aanpassingen of het accepteren van lagere betalingen: zij gelden slechts ten voorlopige titel (F. BUYSENS, "De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming" in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 96, nr. 140).

In de mate dat de belangen van de kinderen werden gerespecteerd en dat de kosten van hun onderhoud tussen de ouders werden verdeeld in functie van hun middelen, kan de rechter niet anders dan de overeenkomst honoreren (A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 33, nr. 27).

**61** Behoudens het geval van overeenkomsten m.b.t. de kapitalisatie van onderhoudsuitkeringen (art. 301, § 5 (oud) BW) golden in het oude echtscheidingsrecht sedert het cassatiearrest van 14 november 1974 de volgende regels (Cass. 14 november 1974, *Pas.* 1975, I, 304 en *RW* 1974-75, 1766):

- de overeenkomsten gesloten vóór de echtscheiding zijn nietig, behoudens homologatie door de rechter;
- de overeenkomsten gesloten na de echtscheiding met tussenkomst van de rechter, zijn geldig, behalve indien ze strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden;
- overeenkomsten en verzakingen na het definitief worden van de echtscheiding, zonder tussenkomst van de rechter, zijn geldig (Cass. 26 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1359 en *Pas.* 1980, I, 1335; Cass. 30 juni 2006, *RABG* 2007, 148, in dit arrest wordt nog gepreciseerd dat de enige juridische grondslag de overeenkomst is tussen partijen en de wettelijke modaliteiten – *in casu* – deze van art. 307bis BW niet meer van toepassing zijn). De theorie van de wilsgebreken geldt op dit vlak en de verzaking moet bewust en met kennis van zaken geschieden.

In een arrest van 9 september 1994 bevestigde het Hof van Cassatie enerzijds de mogelijkheid van gewezen echtgenoten om een dading te sluiten over een onderhoudsuitkering toegekend op grond van artikel 301 (oud) BW en voegde hier anderzijds aan toe dat dergelijke dading onwijzigbaar is, ook al is de toestand van de onderhoudsgerechtigde of van de onderhoudsplichtige sindsdien gewijzigd. Krachtens artikel 2052 BW hebben dadingen tussen partijen immers kracht van gewijsde in hoogste aanleg. Bijgevolg kan een onderhoudsplichtige na een vermindering van de uitkering bij dading, achteraf niet meer de afschaffing van deze uitkering vorderen (Cass. 9 september 1994, *EJ* 1995, 25 noot J. ROODHOOF, *Div.Act.* 1995, 123, noot J. ROODHOOF, *RW* 1994-95, 1070, *R.Cass.* 1995, 6, noot B. POELEMANS, *Arr.Cass.* 1994, 726 en *Pas.* 1994, I, 709; K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 15, nr. 62).

**62** In het nieuwe echtscheidingsrecht (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) werden de mogelijkheden tot het sluiten van overeenkomsten uitdrukkelijk bepaald, althans voor de situatie vóór de ontbinding van het huwelijk. De regels zijn voortaan als volgt:

a. Vóór de echtscheiding:

- geen mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten tot a f s t a n d van het recht op een uitkering dan tenzij mits een dading over het bedrag van de uitkering (bv. onder de vorm van een kapitaal), wat nochtans een gedeelte-

lijke afstand van het recht op een uitkering zou kunnen impliceren (art. 301, § 9, eerste lid BW);

- wel mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten over het bedrag van de uitkering en de regels van haar herziening (art. 301, § 1 BW);
- de bepalingen van artikel 1257 Ger.W. moeten worden gevolgd d.w.z.:
  - homologatie door de echtscheidingrechter;
  - na het verstrijken van een termijn van drie maanden volgend op de homologatie, bekrachtiging ten definitieve titel door de feitenrechter.

b. Na de echtscheiding:

- geen specifieke regeling, behoudens overeenkomsten tot kapitalisatie, zodat de regels uit het oude recht toepasselijk blijven.

**63** De hulp- en bijdrageverplichting tussen echtgenoten, overeenkomstig de artikelen 213 en 221 BW behoort niet tot de openbare orde doch is wel van dwingend recht. Bijgevolg belet niets echtgenoten om een overeenkomst te sluiten betreffende de naleving van deze verplichtingen, voor zover dergelijke afspraken enerzijds niet van voormelde wettelijke beginselen afwijken en anderzijds niet de organisatie van de feitelijke scheiding tot voorwerp hebben en aldus strijdig zijn met de openbare orde. Evenwel geldt zulke overeenkomst slechts *rebus sic stantibus*, zodat bij ieder nieuwe, wijzigende feitelijke omstandigheid de uitvoering van deze verplichtingen aanleiding tot herziening geeft (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 204; Vred. Ukkel 21 februari 1997, *RTDF* 1997, 608).

Als principe geldt dat de feitelijke scheiding niet rechtsgeldig kan worden georganiseerd als gelijkwaardige relatievorm, wat strijdig zou zijn met de openbare orde of minstens met dwingende verplichtingen, hetgeen niet betekent dat een feitelijke scheiding als onregelmatige toestand ook automatisch onrechtmatig of onwettig is.

**64** Aan het hierboven vermelde standpunt inzake alimentatie-overeenkomsten is de volgende evolutie in rechtspraak en rechtsleer voorafgegaan (S. BROUWERS, "Pleidooi voor meer uniformiteit in het alimentatierecht" in CBR (ed.), *Arm recht. Kansarmoede en recht*, Antwerpen, Maklu, 1997, 345-347).

Aanvankelijk werden zowel overeenkomsten die ertoe strekten een feitelijke scheiding tot stand te brengen (d.w.z. akkoorden over het principe van de feitelijke scheiding), als bijkomende overeenkomsten naar aanleiding van een feitelijke scheiding (d.w.z. akkoorden over de gevolgen van de feitelijke scheiding) beschouwd als absoluut nietig, de eerste als strijdig met de regels van de openbare orde, de laatste op grond van het adagium *accessorium sequitur principale*.

Daarna werd een onderscheid gemaakt tussen de overeenkomst feitelijk gescheiden te leven aan de ene kant en bijkomende overeenkomsten aan de andere kant (d.w.z. diegene die de gevolgen regelden). Hierbij werd gesteund op de volgende theorie (C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten. De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 85-104).

Vermits de verplichting tot samenwonen de openbare orde raakt is iedere overeenkomst die ertoe strekt een feitelijke scheiding tot stand te brengen of in stand te houden nietig, ongeacht het feit of de overeenkomst al of niet herroepelijk of voorlopig is.

De overeenkomsten waarbij de totstandkoming of het behoud van de feitelijke scheiding niet beoogd worden, maar die ertoe strekken de feitelijke scheiding slechts te organiseren, zijn als dusdanig niet nietig, voor zover ze op zichzelf niet strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden.

Zo zijn de overeenkomsten betreffende de bewaring en het omgangsrecht, de opvoeding en het onderhoud van de kinderen rechtsgeldig, indien zij stroken met het belang van het kind of met de principes van artikel 203 BW. Ter ondersteuning hiervan kan verwezen worden naar het cassatiearrest van 16 januari 1997 dat stelt dat geen enkele wetsbepaling belet dat ouders over hun respectievelijke bijdragen overeenkomsten sluiten die afwijken van de wijze van bijdrage vastgesteld door de kort gedingrechter (Cass. 16 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 77, *RW* 1997-98, 117, noot J. GERLO, *T.Not.* 1997, 545, noot, *JT* 1997, 435 en *Rev.not.b.* 1997, 137).

Overeenkomsten tussen minnelijk (feitelijk) gescheiden echtgenoten betreffende een onderhoudsgeld zijn in alle geval nietig: alleen de echtgenoot die geen schuld heeft aan de feitelijke scheiding heeft immers recht op onderhoud, en in geval van minnelijke feitelijke scheiding hebben beide echtgenoten schuld aan het ontstaan of het voortduren van de feitelijke scheiding. Maar een overeenkomst waarin de echtgenoot aan wie de feitelijke scheiding of het voortduren ervan te wijten is, er zich toe verbindt een onderhoudsgeld te betalen aan de onschuldige echtgenoot, is geldig.

**65** Nu de feitelijke scheiding ook in het burgerlijk recht meer erkenning vindt, wordt ook de voormelde theorie als te restrictief beschouwd (J. GERLO, “Huwelijksvermogenrecht” in *Handboek voor familierecht 2*, Brugge, die Keure, 1996, 30-31).

De echtgenoten moeten bij overeenkomst kunnen regelen wat de rechter zou kunnen regelen indien hij over hun moeilijkheden zou moeten uitspraak doen. Vermits de vrederechter op basis van artikel 223 BW kan optreden zowel in geval van grof plichtverzuim als in geval van ernstige verstoring van de verstandhouding, moeten ook echtgenoten minnelijk kunnen overeenkomen feitelijk gescheiden te gaan leven, voor zover hun overeenkomst slechts bindend is ten voorlopige titel en te allen tijde kan worden herzien op verzoek van één echtgenoot.

Met verwijzing naar het cassatiearrest van 28 november 1986 en dit van 30 november 1995 mag zelfs worden gesteld dat minnelijk gescheiden echtgenoten een onderhoudsgeld ten laste van één hunner kunnen bedingen zonder verwijzing naar enig schuld criterium (Cass. 28 november 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 426 en *RTDF* 1987, 318, noot J.-L. RENCHON; Cass. 30 november 1995, *EJ* 1996, 90; P. SENAEVE, “Het magische getal 223. Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het organiseren van de feitelijke scheiding”, *EJ* 1996, 88-89).



In de loop van de (oude) echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten werd het schuld criterium (in kort geding) niet meer in overweging genomen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de alimentatie-aanspraak. Dit geldt zeker voor de nieuwe echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (art. 229 BW).

Partijen, die zich in een wettelijk voorziene hypothese van scheiding bevinden, kunnen derhalve volkomen vrij de onderhoudsverhouding invullen; de conventionele regeling wordt hier niet meer doorkruist door de rechtmatigheidsdiscussie.

Aldus kan men eveneens aannemen dat in het kader van artikel 1280 Ger.W. een vordering tot naleving van een voorafbestaande onderhandse overeenkomst kan worden ingeleid (D. TILLEMANS, “De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld” in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen Echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 156, nr. 150).

## AFDELING II

### TOEPASSING VAN DE REGELS OP ENKELE BIJZONDERE SITUATIES

#### § 1. Het bedrag

**66** Voor kinderen kan niet om het even welk bedrag worden overeengekomen. Indien het te klein is dan komt het “recht op” in het gedrang. Zulke overeenkomsten zijn nietig. Indien het te hoog is dan kan het “recht op” ook in het gedrang komen, doch er is dan geen nietigheid bij gebreke aan uitdrukkelijke wetsbepaling (A.-C. VAN GYSEL, “Les personnes. Examen de jurisprudence (1991-2002)”, *RCJB* 2003, 419).

Het hof van beroep te Gent (Jeugdkamer) past deze beginselen toe in de volgende casus maar vernietigt toch op grond van de beginselen van openbare orde (Gent 1 maart 2004, *RABG* 2004, 1233 noot P. THIRIAR; zie ook voor andere toepassingen Vred. Sint Jans-Molenbeek 7 maart 2000, *T.Vred.* 2001, 271 en Vred. Wervik 3 april 2000, *T.Vred.* 2001, 297). De feiten die ten grondslag liggen van het arrest waren de volgende:

Partijen bij het geding zijn de ongehuwde ouders van een tweejarige peuter. Zowel vader, als moeder is tewerkgesteld in een beschutte werkplaats en genieten slechts een beperkt inkomen. Zij wonen elk in bij hun eigen ouders. In het arrest wordt vastgesteld dat vader een inkomen heeft van € 895,00 per maand uit zijn arbeid en daarnaast beschikt over een maandelijks invaliditeitsvergoeding van € 500,00. Het arrest bevat geen gegevens met betrekking tot de inkomsten van moeder. Ongeveer een maand vóór de geboorte van het kind heeft de vader zich eenzijdig verbonden om vanaf de geboorte een maandelijks onderhoudsbijdrage te betalen van € 371,00 geïndexeerd. De onderhoudsbijdrage van de vader bedraagt aldus meer dan een vierde van zijn maandelijks inkomen.

Terwijl de jeugdrechter in eerste aanleg deze eenzijdige verbintenis onverkort liet, oordeelt de jeugdkamer van het hof van beroep te Gent dat ze moet vernietigd worden. Zij steunt zich daarbij

op de volgende redenering. Zelf al is er op de uiterlijke vorm van de verbintenis van de vader niets aan te merken, dan nog moet het stuk marginaal getoetst worden, meer bepaald aan artikel 6 BW: er mag geen afbreuk worden gedaan aan de wetten die de openbare orde betreffen.

De ganse regeling van de uitoefening van het ouderlijke gezag en het recht op persoonlijk contact is van openbare orde. Zij betreft immers de grondslagen van de familiale ordening van de maatschappij. De verbintenis die vader op zich nam is zodanig overdreven dat zij zijn leven financieel totaal zal ontwrichten. Hij zal inderdaad door die financiële verplichting geen normaal familiaal leven meer kunnen uitbouwen t.o.v. zijn kind. Daarmee zal hij niet anders kunnen dan tekortkomen aan zijn niet-financiële en zelfs zijn financiële plichten als ouder. De verbintenis die zoiets nastreeft moet worden vernietigd.

Daarnaast mag niet uit het oog verloren worden dat die verbintenis moet worden getoetst aan het belang van het kind (art. 3 Kinderrechtenverdrag). De hierboven beschreven ontwrichting die appellant te wachten staat, is heel zeker niet in het belang van het kind.

**67** Indien in een overeenkomst het bedrag van de uitkering na echtscheiding (art. 301 BW) de 1/3de-grens overschrijdt dan is dit geldig bij toepassing van de voormelde algemene regels en deze met betrekking tot de dading (art. 2052 BW; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 151).

## § 2. Kapitalisatie

**68** Het gaat hier om overeenkomsten tot kapitalisatie gesloten buiten de hypothesen waarvoor een wettelijke regeling bestaat, bijvoorbeeld het oude artikel 301, § 5 BW, en het nieuwe artikel 301, § 8 BW. In de mate dat de kapitalisatie niets anders is dan de gekapitaliseerde onderhoudsgelden en er dus geen afstand wordt gedaan van het “recht op” zijn zulke overeenkomsten geldig.

**69** Ook m.b.t. de onderhoudsbijdragen voor kinderen (art. 203 BW) is de betaling van een forfaitair en globaal vastgesteld kapitaal volgens H. CASMAN toegelaten (H. CASMAN, *Notariëel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 419, nr. 1049). Alleszins mag zulke gekapitaliseerde alimentatie geen definitief karakter hebben (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 65, nr. 83). Evenmin mag het overkomen als een vordering tot het verschaffen van een “stand” vermits dit strijdig zou zijn met het verbod bepaald in artikel 204 BW (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 68).

## § 3. Opheffing

**70** Overeenkomsten m.b.t. de gehele of gedeeltelijke opheffing van verval en achterstallende zijn geldig. Dit is niet het geval voor de lopende onderhoudsgelden zolang de familiale band waaruit de alimentatieplicht voortspuit, bestaat. Dit is bijvoorbeeld het geval zolang er een huwelijk is of zolang er een afstammingsband bestaat.

**71** In een arrest van 3 januari 2007 past het hof van beroep te Antwerpen (*NJW* 2007, 704, noot G. VERSCHULDEN) dit principe en de daaraan gekoppelde consequenties rigoureuze toe.

De onderhandse overeenkomst na echtscheiding waarbij de vader afziet van zijn bezoek- en omgangsrecht over de kinderen waarbij de moeder akkoord gaat dat hij daarom geen alimentatie meer moet betalen, is absoluut nietig omdat ze strijdig is met de openbare orde en de belangen van de kinderen schendt.

De absolute nietigheid doet evenwel niets af van de kennelijke afstand van recht met betrekking tot de vervallen onderhoudsbijdragen die kan worden afgeleid uit het feit dat de moeder het initiatief heeft genomen tot opmaak van de genoemde overeenkomst, eerder door de vader betaalde onderhoudsbijdragen prompt werden teruggestort op zijn rekening en nooit enige ingebrekestelling werd verstuurd met betrekking tot enige achterstal.

De moeder laat bewarend beslag onder derden leggen omdat zij meent dat de vergoeding voor willekeurig ontslag die de vader tegoed heeft van zijn ex-werkgever, in het gemeenschappelijke vermogen valt. Zij stelt ook hoger beroep in tegen de opheffing van dit beslag. Het hof van beroep oordeelt dat de moeder misbruik maakt van beslagrecht door het geld te doen blokkeren wegens achterstallige onderhoudsbijdragen waarvan zij eerder afstand heeft gedaan. Zij wordt veroordeeld tot een schadevergoeding van € 1.000,00 wegens teregtend en roekeloos hoger beroep.

#### § 4. Rechterlijke controle

**72** Een overeenkomst die de voormelde algemene regels respecteert en niet in strijd is met de openbare orde of met bepalingen die imperatief zijn, bindt de partijen maar ook de rechter bij toepassing van artikel 1134 BW.

In een aantal gevallen wordt de rechterlijke controle opgelegd. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de onderhoudsbijdragen voor kinderen in een echtscheiding door onderlinge toestemming of de overeenkomsten tot kapitalisatie van de uitkering na echtscheiding, of nog de overeenkomsten gesloten m.b.t. de voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (de nieuwe artt. 1256 en 1257 Ger.W.).

**73** Er kan moeilijk een bezwaar bestaan tegen het principe dat de ex-echtgenoten met wederzijdse toestemming hun overeenkomsten nopens de onderhoudsbijdrage voor hun kinderen zouden kunnen wijzigen van zodra de echtscheidingsprocedure beëindigd is en het huwelijk ontbonden (Antwerpen 26 september 2001, *RW* 2003-04, 1116). M.b.t. de vraag of zulk akkoord een nieuwe homologatiebeslissing van de rechter behoeft, bestaat er echter in de rechtsleer een duidelijke breuklijn.

**74** De wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997, inwerkingtreding 7 juli 1997), heeft de regel ingevoerd dat de echtscheidingsrechter de overeenkomsten m.b.t. de minderjarige kinderen homologeert (art. 1298 Ger.W.). Volgens een eerste strekking die verdedigd wordt door onder meer P. SENAËVE, S. DEMARS en F. BUYSSENS staat het nu vast dat iedere wijziging, die de gewezen echtgenoten na de echtscheiding minnelijk overeenkomen, onderworpen moet worden aan de goedkeuring van de rechtbank (P. SENAËVE, "De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997", *EJ* 1997, 89-90; S. DEMARS, "Les procédures en divorce. La réforme de la réforme. Loi du 20 mai 1997" in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 1997,

81-82; F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 129, nrs. 187-198).

Volgende argumenten worden hiervoor aangehaald (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2042, nr. 595-596):

- het gezag van gewijsde dat kleeft aan de door de echtscheidingsrechter gehomologeerde overeenkomsten; deze maken voortaan integrerend deel uit van het echtscheidingsvonnis. De regeling inzake de kinderen heeft niet louter meer een conventioneel karakter, maar krijgt een gemengd conventioneel-jurisdictioneel karakter;
- de uitvoerbare kracht van de door de echtscheidingsrechter gehomologeerde overeenkomst; bij een louter minnelijke afwijking van een gehomologeerde overeenkomst blijft de strafrechtelijke betuiging van de oorspronkelijke overeenkomst behouden;
- het karakter van openbare orde van de regels i.v.m. de uitoefening van het ouderlijk gezag en de bijzondere onderhoudsverplichting van de ouders t.o.v. hun niet-zelfstandige kinderen, die niet ter vrije beschikking van de ouders staan;
- wat overeengekomen werd onder toezicht en mits homologatie van de rechter, kan niet gewijzigd worden zonder tussenkomst van de rechter;
- de rechtszekerheid;
- het alles overwegend belang van het kind;
- artikel 387bis BW, dat in alle gevallen de (jeugd)rechtbank toelaat in het belang van het kind, op verzoek van beide ouders of van één van hen, dan wel van de procureur des Konings, alle beschikkingen in verband met het ouderlijk gezag op te leggen of de wijzigen, en artikel 1288 Ger.W.

Er wordt aan toegevoegd dat uiteraard niets de ouders belet anders minnelijk af te spreken; maar dergelijke minnelijke afspraken die ingaan tegen een gehomologeerde overeenkomst gelden slechts zolang ze *de facto* door de ouders worden nageleefd, en in geval van conflict maken zij slechts een gewoon beoordelingselement uit voor de rechter, die er als dusdanig geenszins door gebonden is (P. SENAËVE, “De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997”, *EJ* 1997, 90; J.-P. MASSON en F. ALEN in *RPDB*, Compl. VI, v° *Puissance paternelle – Autorité parentale*, nr. 12; M.-Th. MEULDERS-KLEIN en S. DEMARS, “La réforme de la réforme du divorce et les enfants: protection ou incohérence?”, *JT* 1996, 676).

**75** De tweede strekking, gehuldigd door onder meer J. GERLO, J.-P. MASSON, V. POULEAU, J.-L. RENCHON, A.-C. VAN GYSEL en E. VIEUJEAN, is niet overtuigd door deze argumentatie en stelt daartegenover (J.-P. MASSON en

V. POULEAU, "La loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures en divorce", *RTDF* 1997, 546 met noten 203 en 204 en 548 met noot 21 3; J.-L. RENCHON, "La loi du 20 mai 1997 réparatrice de la réforme des procédures en divorce", *JT* 1997, 757-760, nrs. 75-85; E. VIEUJEAN, "Divorce par consentement mutuel – Révision des conventions relatives aux enfants" (noot onder Brussel 7 mei 1999), *TBBR* 2000, 293, nr. 10; J. GERLO, "Kan een door de rechter gehomologeerde overeenkomst gewijzigd worden zonder tussenkomst van de rechter?" (noot onder Brussel 1 december 1998), *EJ* 1999, 70, nr. 9; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 16):

- de door de rechter gehomologeerde overeenkomst heeft inderdaad gezag van gewijsde, maar dit gezag van gewijsde is – zowel wat de regeling over de uitoefening van het ouderlijke gezag over als wat de regeling over het onderhoud van het kind betreft – betrekkelijk; herziening is mogelijk in geval van gewijzigde omstandigheden;
- bovendien moet de wijziging van een (gehomologeerde) overeenkomst door een nieuwe (niet-gehomologeerde) overeenkomst niet strenger beoordeeld worden dan de wijziging van een gerechtelijke beslissing door een overeenkomst; tot tweemaal toe heeft het Hof van Cassatie, in identieke bewoordingen beslist "dat geen enkele wetsbepaling eraan in de weg staat dat de ouders over hun respectieve bijdrage in de kosten van levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van hun kinderen een overeenkomst sluiten, die afwijkt van de bijdrageregeling die de voorzitter rechtsprekend in kort geding, tijdens het echtscheidingsgeding heeft vastgelegd, voor zover die overeenkomst de rechtmatige belangen van de kinderen niet miskent ... en de overeenkomst voor de ouders of voor één van hen geen ontheffing inhoudt van hun verplichting om de kinderen levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding te bezorgen" (Cass. 8 mei 1992, *RW* 1992-93, 462, noot, *R.Cass.* 1992, 150, noot J. GERLO, *Pas.* 1992, I, 784 en *Arr.Cass.* 1992, 839, concl. J. DUJARDIN; Cass. 16 januari 1997, *RW* 1997-98, 117, noot J. GERLO, *Pas.* 1997, I, 80 en *Arr.Cass.* 1997, 77); aangenomen moet worden dat een gerechtelijke titel zijn uitwerking behoudt tot bij vonnis of bij overeenkomst een nieuwe – al dan niet uitvoerbare – titel wordt verkregen;
- ook het karakter van openbare orde van de wettelijke regels i.v.m. de onderhoudsbijdrage verhindert niet dat wat dat betreft geldige overeenkomsten worden gesloten die niet ter homologatie aan de rechter worden voorgelegd; deze overeenkomsten zijn geldig voor zover ze geen afbreuk doen aan de wettelijk vastgestelde principes;
- een homologatie door de rechter kan niet opgelegd worden wanneer ze niet uitdrukkelijk door de wetgever is vastgesteld;
- artikel 387bis BW en artikel 1288, laatste lid Ger.W. hebben het, zeer algemeen, over de wijziging of de herziening van regelingen aangaande de

kinderen door de bevoegde rechter, maar uit deze bepalingen kan geen verplichting afgeleid worden, voor de ouders die het eens zijn, om zich tot de rechter te wenden;

- dat een rechterlijke tussenkomst aangewezen zou zijn met het oog op de rechtszekerheid en in het belang van het kind is geenszins evident, waar de rechtszekerheid er niet mee gediend is dat, naast een minderheid geldige gehomologeerde overeenkomsten, een meerderheid van ongeldige niet-gehomologeerde overeenkomsten zou bestaan.

**76** Dat de gewijzigde overeenkomst niet ter homologatie aan de rechter moet voorgelegd worden impliceert evenwel niet dat zij niet ter homologatie aan de rechter kan voorgelegd worden (Brussel 1 december 1998, *EJ* 1999, 66; vgl. Rb. Antwerpen 10 oktober 1996, *Not.Fisc.M.* 1996, 270, noot S. BROUWERS; anders Brussel 7 mei 1999, *TBBR* 2000, 289).

### § 5. Wijziging van rechterlijke beslissing

**77** Voor zover een latere overeenkomst tot wijziging van een rechterlijke beslissing houdende veroordeling tot betaling van een alimentatiegeld niet raakt aan het “recht op”, noch aan de bepalingen die van openbare orde zijn of imperatief zijn, is zulke overeenkomst geldig.

Dezelfde regels als deze die van toepassing zijn vóór de rechterlijke beslissing, zijn het evenzo na een rechterlijke beslissing.

Het is niet omdat een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde heeft en in rangorde boven een onderhandse overeenkomst staat, dat partijen er definitief door gebonden zijn. Zij kunnen in gemeen akkoord de rechterlijke beslissing wijzigen en de partij die daarna ondanks de andersluidende overeenkomst toch nog de rechterlijke titel zou willen uitvoeren beroept zich op een titel die niet meer actueel is.

Overeenkomsten die wettig werden aangegaan, strekken de partijen tot wet (art. 1134 BW). Zulke overeenkomst heeft dezelfde waarde als een vonnis (Cass. 8 mei 1992, *Pas.* 1992, I, 748 en *R.Cass.* 1992, 152, noot J. GERLO; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 16; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994). Maar een beding dat afwijkt van een wetsbepaling die de openbare orde aanbelangt strekt niet tot wet (Cass. 3 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, nr. 208 en *Pas.* 1983, I, 423; Cass. 7 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, nr. 577).

## HOOFDSTUK V

## ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR “TIJD”

## AFDELING I

## “ALIMENTS NE S'ARRERAGENT POINT”

**78** De rechtsspreuk “onderhoudsgeld laat geen achterstallen” betekent dat onderhoudsgelden in principe slechts verschuldigd worden wanneer zij door de schuldeiser daadwerkelijk worden opgeëist. De schuldeiser van de alimentatie kan achterstallige onderhoudssteun, als gevolg van artikel 2277 BW slechts invorderen voor een periode van vijf jaar. De vraag rijst echter of dit recht op invordering van vervallen, niet-betaalde alimentatiegelden absoluut en onvoorwaardelijk is.

Het gegeven dat de onderhoudsgerechtigde niet heeft aangedrongen op het nakomen van de in een vonnis of overeenkomst vastgestelde onderhoudsverplichting vormt een erkenning dat hij hieraan geen behoefte heeft en zich zelfs niet in een staat van behoefteigheid zou bevonden hebben gedurende deze periode (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, volume I, Brussel, Bruylant, 1990, 505, nr. 481; A. VERBEKE, “Niet gevorderde onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel 18 april 1989), *T.Vred.* 1991, 31).

Uit deze redenering is het adagium “aliments ne s'arréragent point” ontstaan, dat een afgeleide vormt van artikel 2277 BW en waardoor uitsluitend onderhoudsverplichtingen kunnen ontstaan om actuele en toekomstige behoeften aan onderhoud te lenigen. Weliswaar geldt het adagium slechts *juris tantum*, zodat de onderhoudsgerechtigde in de gelegenheid is om aan te tonen dat er zich uitzonderlijke omstandigheden voordeden, die *in concreto* verklaren waarom hij niet is overgegaan tot het opeisen van achterstallige alimentatie. Deze interpretatie van het adagium, dat voornamelijk ingang vond in Frankrijk, wordt echter in België verworpen, gelet op de strijdigheid met artikel 2277 BW (Cass. Fr. 24 oktober 1951, *D.* 1952, J. 577; Cass. fr. 28 april 1969, *D.* 1969, J. 411; A. VERBEKE, “Niet gevorderde onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel 18 april 1989), *T.Vred.* 1991, 32).

**79** Ook de andere toepassing van het adagium, met name dat de onderhoudsplicht slechts ontstaat vanaf het ogenblik dat de rechtsvordering is gesteld, is strijdig met het positief recht en werd al herhaaldelijk door het Hof van Cassatie verworpen (Cass. 10 januari 1958, *Pas.* 1958, I, 478; Cass. 23 mei 1985, *JT* 1986, 111; Cass. 14 december 1990, *JT* 1992, 792; Cass. 17 juni 1999, *Pas.* 1999, I, 914; *anders* Rb. Luik 7 december 1998, *TBBR* 1999, 586; de

rechtbank oordeelt dat een onderhoudsvordering krachtens art. 205 en 207 BW slechts aanleiding geeft tot het betalen van alimentatie vanaf de datum van de inleiding der rechtsovereenkomst, met verwijzing naar Cass. 2 juni 1978, *Pas.* 1978, I, 1142 en Cass. 6 februari 1986, *Pas.* 1986, I, 692).

**80** De onderhoudsplicht ontstaat van zodra de wettelijke voorwaarden daartoe verenigd zijn, met name:

- de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde;
- het vermogen in hoofd van de schuldenaar;
- het bestaan van een bloed- of aanverwantschap tussen de onderhoudsgerechtigde en -plichtige (Cass. 2 juni 1978, *RW* 1978-79, 904, *RTDF* 1979, 78, noot J.-L. RENCHON en *Pas.* 1978, I, 1142).

Er moet daarbij een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de bestaansvoorwaarden van het recht op alimentatie en anderzijds de voorwaarden van haar eisbaarheid, m.a.w. het onderscheid tussen het “recht op” en de titel. Van zodra de toekenningsvoorwaarden van de alimentatieverplichting, deze van de verhoging, verlaging of opheffing ervan verenigd zijn, dan bestaat het “recht op” en de gerechtelijke procedure doet niets anders dan dit “recht op” te honoreren en het vast te stellen, maar doet het niet ontstaan. Dit onderscheid kan tot gevolg hebben dat een vordering *retroactief* kan zijn.

**81** Het geciteerde arrest van 2 juni 1978 moet op genuanceerde wijze begrepen worden, zodat eruit niet kan afgeleid worden dat onderhoudsuitkeringen principieel slechts verschuldigd zijn vanaf het ogenblik dat ze worden opgeëist. Het arrest maakt daarentegen een onderscheid tussen enerzijds het ontstaan van het recht op alimentatie en anderzijds het ogenblik waarop dit opeisbaar wordt. Er wordt wel aan toegevoegd dat zulks maar mogelijk is vanaf het ogenblik dat de vordering daartoe is ingesteld (*anders* Luik 3 februari 2004, *JT* 2004, 383 en *RRD* 2004, 14: het hof stelt dat, gezien de onderhoudsverplichtingen krachtens art. 203 BW van dag tot dag worden uitgevoerd, de gevorderde onderhoudsbijdrage niet met terugwerkende kracht kan worden toegekend; A. VERBEKE, “Niet gevorderde onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel 18 april 1989), *T.Vred.* 1991, 32; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 49-50).

In het arrest wordt een onderscheid gemaakt tussen de beperkte onderhoudsverplichtingen (artt. 205 tot 211 BW) die gesteund zijn op het criterium van de behoefte en de uitgebreide onderhoudsverplichtingen (artt. 203, 213, 221 en 301 BW) die gesteund zijn op het criterium van de levensstandaard. Alleen de laatste categorie van alimentatievorderingen zou volgens het Hof retroactief kunnen gesteld worden. Dit onderscheid dat op geen enkele wettekst is gesteund, leidt echter wel tot terughoudendheid in de rechtspraak.



De vordering gebaseerd op de hulp- en bijdrageplicht tussen echtgenoten, overeenkomstig de artikelen 213, 221 BW en artikel 1280, vijfde lid Ger.W., kan dus gesteld worden voor een periode, voorafgaand aan de datum van de rechtsvordering (Cass. 10 januari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 273; Cass. 11 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 430).

Op voorwaarde dat de vrederechter, met betrekking tot een periode voorafgaand aan de echtscheidingseis geen uitspraak heeft gedaan over een onderhoudsvordering is de voorzitter bevoegd om uitspraak te doen betreffende een onderhoudsvordering die betrekking heeft op deze periode, waarbij weliswaar rekening gehouden wordt met de duurtijd ervan (Brussel 17 februari 2005, *NJW* 2005, 1210; Vred. Doornik 21 september 2004, *RTDF* 2005, 509 en meer bepaald 511; Vred. Doornik 25 mei 2004, *RTDF* 2005, 566 en meer bepaald 568).

Dit geldt eveneens wat de afschaffing, verhoging of verlaging van de gemeenrechtelijke onderhoudsuitkering (art. 205 BW) betreft, zodat ook hier de retroactiviteit kan weerhouden worden (Cass. 2 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 4), terwijl dit ook zo is voor de opheffing of vermindering van de onderhoudsuitkering na echtscheiding conform artikel 301 BW (Cass. 16 juni 1995, *AJT* 1995-96, 495, noot P. HOFSTRÖSSLER, *EJ* 1996, 23, noot J. ROODHOOF en *RW* 1995-96, 1234; zie ook Bergen 24 mei 2005, *JT* 2005, 501).

De onderhoudsplicht conform artikel 203 BW dient om in het onderhoud en de opvoeding van de kinderen te voorzien, en is niet bedoeld om gekapitaliseerd te worden. Wanneer niet vereist is dat de onderhoudsgerechtigde ouder effectief een vordering instelt om uitvoering af te dwingen van de onderhoudsplicht, mag wel verwacht worden dat die ouder tenminste, hetzij informeel hetzij mondeling heeft aangedrongen op de uitvoering ervan. Bij gebreke hieraan kunnen geen achterstallen worden toegekend en zal de bijdrage slechts kunnen weerhouden worden vanaf het ogenblik dat de onderhoudsvordering is gesteld, *in casu* vanaf het neerleggen van de conclusie waarin de vordering wordt geformuleerd (KG Luik 26 november 2004, *RTDF* 2006, 1251).

**82** Nochtans is de rechter niet verplicht een wijziging in de alimentatieverplichting retroactief te doen ingaan vanaf de dag dat de inkomsten van een van de partijen gewijzigd is. Andere gegevens kunnen verantwoorden dat de wijziging slechts op een later tijdstip ingaat (Cass. 20 november 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2160 en *Pas.* 2003, 1860).

**83** Het voorgaande heeft echter niet voor gevolg dat de onderhoudsgerechtigde vermoed wordt reeds in een staat van behoeftigheid te verkeren in een periode, voorafgaand aan de rechtsvordering. Integendeel, de onderhoudsschuldeiser draagt daar nog steeds de bewijslast van en zal zich dan ook met betrekking tot het verleden, wil hij, met terugwerkende kracht, de nakoming van de wettelijke onderhoudsverplichting bekomen, dienen te verantwoorden waarom hij niet eerder de onderhoudsvordering ingesteld heeft. Met andere woorden, niet enkel moet de schuldeiser aantonen dat de grondvoorwaarden vervuld zijn, opdat hem een onderhoudsuitkering zou kunnen toegekend worden; indien deze vordering met terugwerkende kracht wordt gesteld, zal

de onderhoudsschuldeiser zich ook dienen te rechtvaardigen, waarom hij de desbetreffende periode in het verleden heeft laten voorbijgaan en gewacht heeft alvorens de rechtsvordering werd ingesteld. Dergelijke inertie in hoofde van de onderhoudsgerechtigde maakt dan ook een feitelijk gegeven uit (Vred. Wolvertem 14 september 1995, *T.Vred.* 1997, 270).

**84** De voormelde verantwoording die hiervoor moet afgelegd worden, onverminderd het feit dat de behoefteigheid in hoofde van de onderhoudsschuldeiser aanwezig dient te zijn, zowel op het ogenblik waarop de onderhoudsvordering wordt gesteld als in de kwestieuze voorbije periode, vindt haar grondslag in het feit dat de onderhoudsplichtige, als gevolg van dit “wachten” niet voor een onmogelijk te vereffenen kapitaalschuld mag geplaatst worden.

De uitkering moet kunnen aangewend worden op het ogenblik dat de behoefte aanwezig is en niet ter beschikking gesteld op een later ogenblik, waardoor de onmiddellijke behoefte niet meer kan geledigd worden. Bijgevolg moet steeds met de nodige omzichtigheid over de retroactieve toekenning van alimentatie geoordeeld worden (Bergen 9 januari 1998, *JLMB* 1999, 1511, noot G. G.; Brussel 10 juni 1999, *RTDF* 2000, 469; Luik 19 juni 2001, *RTDF* 2003, 816; Brussel 28 juni 2001, *JLMB* 2002, 1500; Brussel 26 februari 2002, *Div.Act.* 2002, 67, noot D. PIRE en *RTDF* 2004, 414, noot).

**85** A.-C. VAN GYSEL meent dat dergelijke motivering om niet retroactief een onderhoudsuitkering toe te staan, geen reden mag zijn om het adagium “*aliments ne s'arrèragent point*” opnieuw ingang te doen vinden. Enerzijds houdt de niet-toekenning van de alimentatie met terugwerkende kracht een onrechtstreekse aansporing in om de onderhoudsplicht niet na te komen. Anderzijds heeft de wetgever voorzien in een limitering van de onderhoudsplicht naar het verleden toe, met name de vijfjarige verjaring, conform artikel 2277 BW.

Verdere argumenten worden door A.-C. VAN GYSEL ingeroepen; in de eerste plaats, wanneer men het principe van de non-retroactiviteit weerhoudt, zouden de bodemrechters enkel nog onderhoudsuitkeringen kunnen toekennen, die in de toekomst vervallen, t.i.z. vanaf de uitspraak en niet voor de periode, vervallen sinds de onderhoudsvordering werd ingesteld tot aan de uitspraak. Indien aldus de behandeling van de onderhoudsvordering aanleiding geeft tot een lang aanslepend rechtsgeding, zou dit betekenen dat, ondanks de staat van behoefte in hoofde van de onderhoudsgerechtigde een realiteit is, deze toch met betrekking tot een aanzienlijke periode niet over een onderhoudsuitkering zou kunnen beschikken.

De non-retroactiviteit zou, om identieke redenen eveneens belangrijke negatieve gevolgen hebben voor de onderhoudsplichtige, die de opheffing of vermindering van de alimentatie in rechte nastreeft, gezien de onderhoudsgerechtigde over een uitvoerbare titel beschikt en gedurende de ganse duur van het geding de uitvoering van de bestaande onderhoudsplicht kan blijven nastreven en die dan voor de onderhoudsplichtige niet recupereerbaar zou zijn, wanneer zijn vordering geheel dan wel gedeeltelijk wordt gegrond verklaard.

Slechts uitzonderlijk zou kunnen geargumenteed worden dat het teloorgaan van de persoonlijke, onderlinge band tussen de familieleden, verantwoordt om de alimentatie niet retroactief toe te kennen. Doch het is precies om reden dat de familiale bindingen niet optimaal zijn, dat partijen zich tot de rechter wenden om hun geschil met betrekking tot de onderhoudsverplichting te zien oplossen. Vermits de vordering dan een feit is, is de wederpartij toch ook in de gelegenheid om alle middelen die haar ter beschikking staan aan te wenden, teneinde in haar verweer te voorzien. Bijgevolg is er geen enkele reden om de toekenning met terugwerkende kracht uit te sluiten (A.-C. VAN GYSEL, “Examen de Jurisprudence (1991 à 2002). Les personnes”, *RCJB* 2003, 376-380).

## AFDELING II

## DE VERJARING

**86** Als verweermiddel, voornamelijk in het kader van een gedwongen uitvoering van achterstallige onderhoudsuitkeringen, zal de onderhoudsplichtige zich dikwijls conform artikel 2277 BW beroepen op de vijfjarige verjaringstermijn. De vraag rijst dan ook of, onverminderd een uitvoerbare notariële akte dan wel een vonnis dat in een veroordeling tot betaling van een onderhoudsuitkering voorziet, voormelde bijzondere verjaringstermijn wel degelijk van toepassing is.

**87** Omtrent de toepassing van de korte verjaringstermijn van vijf jaar bestond in rechtspraak en rechtsleer geen eensgezindheid. Er kunnen twee strekkingen worden onderscheiden.

Een eerste strekking beroept zich op het bestaan van een uitvoerbare titel, zijnde ofwel een notariële akte, ofwel een vonnis of arrest dat voorziet in een veroordeling tot betaling van een alimentatie. Op dergelijke *actio judicati* is de tienjarige verjaringstermijn (voorheen de dertigjarige) van toepassing, overeenkomstig artikel 2262bis, § 1, eerste lid BW. Deze stelling verwijst naar het cassatiearrest van 21 februari 1985 (Cass. 21 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 789 en *RW* 1985-86, 1280) waarin gesteld wordt dat elk vonnis van veroordeling een rechtsoverdring (*actio judicati*) doet ontstaan tot tenuitvoerlegging van de veroordeling. Hierop is, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, de voormelde verjaringstermijn van toepassing, ook al heeft deze veroordeling een vordering tot voorwerp, waarop een korte verjaringstermijn van toepassing is (Antwerpen 2 maart 1992, *Limb.Rechtsl.* 1996, 8, noot J. VERHEYEN; K. BROECKX, "Beslag wegens achterstallige persoonlijke alimentatieschulden krachtens een E.O.T.-akte" (noot onder Gent 25 juni 1996), *EJ* 1998, 6; J. DANGREAU, "De verjaringstermijn van vervallen onderhoudsgelden" (noot onder Gent 18 februari 1997), *RW* 1999-2000, 120; A. VAN OEVERELEN, "Recente ontwikkelingen inzake de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Recht", *RW* 2000-01, 1437 e.v.). Deze strekking breidt de verjaringsstermijn, van toepassing op de *actio judicati* verder uit tot de uitvoerbare notariële akte, die voorziet in een onderhoudsverplichting. Volgens deze strekking behoudt de korte verjaring van artikel 2277 BW nochtans zijn belang voor onderhoudsgelden die nog niet werden toegekend in een gerechtelijke titel of werden opgenomen in een notariële akte.

De tweede strekking in de rechtspraak en rechtsleer weerhoudt wel de vijfjarige verjaringstermijn, conform artikel 2277 BW, ongeacht of de onderhoudsuitkering is toegekend op grond van een notariële akte dan wel een vonnis of arrest (Gent 18 februari 1997, *RW* 1999-2000, 119). De gemeenschappelijke verjaringstermijn op grond van de *actio judicati* is uitsluitend van toepassing op reeds vervallen onderhoudsuitkeringen ten tijde van de tot-

standkoming van de uitvoerbare titel, d.w.z. als er sprake is van een veroordeling tot een kapitaalschuld.

Deze laatste verjaringstermijn zal eveneens weerhouden worden, indien hij onderbroken wordt door een vordering van de onderhoudsplichtige in het verlenen van termijnen van respijt, overeenkomstig artikel 1244 BW, in geval van schuldbekentenis of in het geval, vooraleer de verjaring is tussengekomen, de onderhoudsvordering het voorwerp van schuldvergelijking uitmaakt (M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, “Le recouvrement des créances alimentaires: état des lieux et perspectives”, in X (ed.), *L'argent pour vivre: vers une réforme globale de l'obligation alimentaire*, Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familierecht van de ULB, Brussel, Kluwer, 236). Daarentegen is de vijfjarige verjaringstermijn wel van toepassing op de uitkeringen die periodiek in de toekomst zullen vervallen (Gent 25 juni 1996, *EJ* 1998, 2).

Onderscheid dient dus gemaakt te worden tussen enerzijds de verjaring van de (nieuwe) vordering die men wenst in te leiden en anderzijds de vordering die ontstaat uit een vonnis of arrest dan wel de notariële akte. Ook op deze laatste is artikel 2277 BW van toepassing, gezien deze bijzondere verjaringstermijn betrekking heeft op de uitkeringen tot levensonderhoud. Met andere woorden, het voorwerp van de vijfjarige verjaringstermijn is de uitkering als zodanig. De titel waardoor het recht wordt verkregen is niet bepalend voor de termijn van de verjaring doch wel de aard van de vordering.

Indien men als onderscheid tussen de toepassing van de gemeenrechtelijke dan wel de korte verjaringstermijn, het criterium van de “veroordeling” tot alimentatie als de “opname” in een notariële akte van een onderhoudsuitkering weerhoudt, interpreteert men artikel 2277 BW op een wijze die strijdig, alleszins onverzoenbaar is met zijn inhoud. Artikel 2277 BW bepaalt immers dat de termijnen van de onderhoudsuitkeringen verjaren na verloop van vijf jaar, wat niet meer maar ook niet minder betekent dan dat de uitkeringen zelf verjaren na verloop van vijf jaar, zelfs al werden ze opgenomen in een titel (J. DANGREAU, “De verjaringstermijn van vervallen onderhoudsgelden” (noot onder Gent 18 februari 1997), *RW* 1999-2000, 121).

Hierbij dient, volgens deze strekking, verwezen te worden naar de *ratio legis* van artikel 2277 BW, zijnde een korte verjaringstermijn van toepassing op schulden, die normaliter door de schuldenaar worden betaald met zijn inkomsten.

Wanneer de schuldeiser zou nalaten tijdig betaling te eisen van de vervallen schulden of al te gemakkelijk betalingstermijnen aan de schuldenaar zou toestaan, zal dit uiteindelijk ten nadele van de schuldenaar uitvallen, die geconfronteerd wordt met een geaccumuleerde schuld, die hij onmogelijk nog met een éénmalige betaling kan voldoen (Brussel 7 april 2000, *JT* 2000, 776;

B. KOHL, "La prescription des pensions alimentaires allouées par décision de justice" (noot onder Luik 18 oktober 1999), *JLMB* 2000, 1828).

**88** De tweede strekking, die de vijfjarige verjaringstermijn weerhoudt voor onderhoudsuitkeringen, die nog niet vervallen zijn op het ogenblik van de totstandkoming van de titel, ongeacht of deze titel een rechterlijke uitspraak is dan wel een uitvoerbare notariële akte, lijkt stilaan de meerderheidsopvatting te worden (Bergen 17 september 1996, *JT* 1997, 217; Luik 18 oktober 1999, *JLMB* 2000, 1823, noot B. KOHL; Beslagr. Dendermonde 21 december 1999, AR 99/1288/A, onuitg.: deze beschikking verwijst naar een onuitgegeven arrest van het hof van beroep te Gent (14de kamer) van 28 september 1999; Beslagr. Luik 7 november 2001, *JLMB* 2003, 1049: deze beschikking stelt ook dat een bevel voorafgaand aan het beslag en het beslag zelf slechts een opschortend effect hebben tot aan het sluiten van de uitvoering tenzij zij aanleiding geven tot een betwisting voor de beslagrechter nopens het verschuldigd zijn van de schuld). Meer nog, er is thans geen gepubliceerde rechtspraak of rechtsleer gekend die de vijfjarige verjaringstermijn weigert toe te passen.

Het Hof van Cassatie ontwikkelde een rechtspraak waarbij het de vijfjarige verjaringstermijn (art. 2277 BW) weerhoudt op periodiek te vervallen schuldvorderingen, doch daarentegen de vordering tot tenuitvoerlegging van een veroordeling in betaling van een bepaald bedrag van achterstallige onderhoudsbijdragen onderwerpt aan de regels die de verjaring van vorderingen gebaseerd op gerechtelijke uitspraken (*actio judicati*) beheersen, zijnde dus de tienjarige verjaringstermijn (art. 2262bis, § 1, eerste lid BW; Cass. 8 december 2000, *RW* 2000-01, 1172, *EJ* 2001, 48, noot K. VANLEDE en *TBBR* 2002, 365, noot B. KOHL; Cass. 7 maart 2003, *Pas.* 2003, 496, *NJW* 2003, 1040, noot F. BRULOOT, *RW* 2004-05, 225, *RABG* 2005, 7 noot E. ALOFS en *RTDF* 2004, 1139; zie ook Beslagr. Luik 25 januari 2006, *JLMB* 2006, 1064).

Deze rechtspraak gaat terug tot een ouder cassatiearrest van 21 februari 1985 (Cass. 21 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 789 en *RW* 1985-86, 1280: het betrof *in casu* evenwel geen alimentatievordering) waarin gesteld wordt dat elk vonnis van veroordeling een rechtsvordering (*actio judicati*) doet ontstaan tot tenuitvoerlegging van de veroordeling (K. BROECKX, "Beslag wegens achterstallige persoonlijke alimentatieschulden krachtens een EOT-akte" (noot onder Gent 25 juni 1996), *EJ* 1998, 6; J. DANGREAU, "De verjaringstermijn van vervallen onderhoudsgelden" (noot onder Gent 18 februari 1997), *RW* 1999-2000, 120).

In het hierboven aangehaalde arrest van 7 maart 2003 stelt het hof bovendien dat de verjaringstermijn van vijf jaar zowel van toepassing is op de *conventionele* als wettelijke onderhoudsverplichting.

Artikel 2277 BW dient op beperkende wijze te worden uitgelegd; het impliceert niet dat de in deze bepaling bedoelde periodieke schuldvorderingen met

regelmatige tussenpozen moeten worden betaald (Cass. 31 mei 2002, *RW* 2004-05, 1219, noot, *Pas.* 2002, 1261 en *JLMB* 2003, 1480).

**89** Na voormelde cassatierechtspraak kan de regeling van de verjaring van onderhoudsgelden als volgt worden samengevat (zie ook E. DIRIX, “Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (2002-2007)”, *TPR* 2007, 2107, nr. 129):

- de tienjarige verjaringstermijn is enkel van toepassing op vervallen onderhoudsuitkeringen ten tijde van de totstandkoming van de uitvoerbare titel, d.w.z. indien er sprake is van een veroordeling tot een kapitaalschuld;
- de vijfjarige verjaringstermijn wordt weerhouden op periodiek, in de toekomst te vervallen alimentatie, na de tussenkomst van de uitvoerbare titel of op de reeds vervallen termijnen vóór het stellen van de vordering;
- het “recht” zelf op alimentatie is onverjaraar.

**90** Op dit laatste principe dat voortvloeit uit de staat van de persoon, is er evenwel een uitzondering t.w. de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap die moet worden ingesteld binnen het jaar te rekenen van het overlijden (art. 205*bis*, § 5 BW). Er was nog een tweede uitzondering m.b.t. de onderhoudsvordering tegen de verwekker (art. 336 BW e.v.). Deze vordering moest in overeenstemming met het oude artikel 337, § 1 BW worden ingesteld binnen 3 jaar te rekenen hetzij van de geboorte, hetzij van het staken van de hulp door de verweerder rechtstreeks of onrechtstreeks verleend. Door de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan (*BS* 29 december 2006), alsook aanpassingen door de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (*BS* 28 december 2006) werd de termijn geschrapt uit artikel 337, § 1 BW.

De alimentatievordering kan dus onbeperkt in de tijd worden ingesteld (vanaf 1 juli 2007). Wel moet worden rekening gehouden met de vijfjarige verjaringsstermijn van artikel 2277 BW.

De verjaringstermijn zal gestuit worden ingevolge de spontane betaling door de onderhoudsplichtige, daar de betaling in zijne hoofde als een schuldenken-tenis weerhouden wordt. Verder gelden eveneens de gemeenrechtelijke wijzen van stuiting, met name de betekening van een dagvaardingsexploot, van het bevel tot betaling en van het beslag (Bergen 28 november 2005, *Div.Act.* 2006, 74 en *JT* 2006, 47; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 109).

**91** Ten slotte dient opgemerkt te worden dat voormeld twistpunt m.b.t. de verjaringstermijn tussen echtgenoten uitsluitend kan rijzen, wanneer al een echtscheiding is tussengekomen. Overeenkomstig artikel 2253 BW is immers de verjaring van onderhoudsgelden tussen echtgenoten, doch eveneens de alimentatie voor hun kinderen geschorst, zolang het huwelijk bestaat. Slechts nadat het huwelijk is ontbonden door echtscheiding geldt de vijfjarige verja-

ringstermijn (Luik 3 juni 1985, *JLMB* 1987, 561; Brussel 29 mei 2001, 1998/AR/1297, onuitg.; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 109).

Daarentegen maakt het een fout uit in hoofde van de onderhoudsgerechtigde om lange tijd te wachten, in de loop van het echtscheidingsgeding, alvorens de onderhoudsvordering in te stellen en de behandeling ervan te benaarstigen, waardoor de onderhoudsplichtige schade lijdt ingevolge de kapitalisatie van de onderhoudsschuld. Vandaar dat volgens bepaalde rechtspraak het recht op alimentatie dient beperkt te worden tot de periodes dat de onderhoudsgerechtigde de behandeling van de onderhoudsvordering effectief heeft nagestreefd (Bergen 9 mei 2006, *RTDF* 2006, 1247). Hierbij wordt soms beroep gedaan op de rechtsfiguur van het *rechtsmisbruik* (Bergen 28 november 2005, *JT* 2006, 47 en *Div.Act.* 2006, 74).

Zoals hierboven al werd gesteld, geldt de vijfjarige verjaringstermijn ook voor alimentatie voor kinderen. Deze is ook van toepassing op de *contributio* betreffende de alimentatie verschuldigd op grond van artikel 336 BW. Afstand van het recht door de moeder is mogelijk voor zover die afstand de wettige belangen van de kinderen niet miskent en de overeenkomst voor de onderhoudsplichtige geen opheffing inhoudt van zijn verplichtingen. De inleiding van de vordering voor de vrederechter stuit de verjaring; een proces-verbaal van vrijwillige verschijning wordt gelijkgesteld met een dagvaarding voor een onbevoegde rechter (art. 2246 BW) dan wanneer een vrijwillige oproeping in verzoening geen stuitend karakter heeft (Gent 9 november 2007, *NJW* 2007, 706). Eens de verjaring wordt gestuit dan is dit voor de ganse duur van de procedure zelfs indien deze wordt doorgehaald op de rol (Bergen 28 november 2005, *JT* 2006, 47).

Geoordeeld werd dat, betreffende de verjaring van de onderhoudsverplichting, artikel 2253 BW van toepassing is op iedere rechtsoverdracht en dus ook op de onderhoudsplicht, die onderworpen is aan een korte verjaringstermijn. Zodoende is tijdens het echtscheidingsgeding de verjaring van de onderhoudsvordering geschorst, zelfs wanneer deze betrekking heeft op de onderhoudsbijdrage, conform artikel 203 BW. Bijgevolg is de verjaring van de vervallen onderhoudsbijdragen, opgelegd bij beschikking van de voorzitter, conform artikel 1280 Ger.W. geschorst zolang het echtscheidingsgeding duurt en de gedingvoerende partijen gehuwd zijn (Beslagr. Charleroi 28 oktober 2003, *RTDF* 2005, 866).

**92** Dat artikel 2253 BW uitsluitend van toepassing is op het huwelijk en niet op andere vormen van samenleven buiten het huwelijk, schendt volgens het Arbitragehof het gelijkheidsbeginsel niet (Arbitragehof 14 september 2006, nr. 140/2006, *Div.Act.* 2007, 8, kritische noot J.-C. BROUWERS, *JT* 2007, 52, *EJ* 2006, 97, kritische noot P. SENAEVE en *RTDF* 2007, 234).

Het hof steunde zich op de vaststelling dat de wetgever de stabiliteit van de huwelijksband heeft willen bevorderen en het risico heeft willen vermijden dat de relatie zou verslechteren door een gerechtelijk optreden om de verjaring van de alimentatievordering te stuiten. *In casu* ging het echter om een situatie waarbij al een beschikking was geveld door de vrederechter op grond van de artikelen 221 en 223 BW zodat er tussen de echtgenoten die feitelijk gescheiden leefden al een ernstig conflict bestond en de redengeving van het hof dus niet erg overtuigend overkomt.

**93** De onderhoudsschuldeiser kan interesten vorderen op de niet-betaalde achterstallen voor zover deze niet verjaard zijn. De grondslag daartoe is artikel 1153 BW dat enkel de vertraging in de betalingsverplichting sanctioneert die toerekenbaar is aan de fout van de schuldenaar (Cass. 17 oktober 2002, *RTDF* 2003, 585, *Pas.* 2002, I, 1974 en *RGDC* 2003, 393). De vordering tot het bekomen van intresten kan gesteld worden los van de alimentatievordering en daarna (Cass. 19 maart 1992, *Pas.* 1992, I, 660). De interest is verschuldigd te rekenen van de dag van de aanmaning tot betaling.

### AFDELING III

## AFSTAND EN RECHTSVERWERKING

**94** In het geval dat een onderhoudsgerechtigde nalaat betaling na te streven van de vervallen en verschuldigde alimentatie en over een zekere periode een werkelijke kapitaalschuld heeft opgebouwd, wordt op het ogenblik dat dan toch wordt overgegaan tot de invordering ervan, veelal als verweermiddel de afstand van recht of de rechtsverwerking ingeroepen door de onderhoudsplichtige.

De vraag rijst of dit een valabel verweermiddel is, zodat de achterstallen niet langer opeisbaar zijn. In de eerste plaats dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen afstand van recht enerzijds en rechtsverwerking anderzijds, temeer daar in de rechtspraktijk niet zelden deze twee rechtsfiguren ten onrechte met elkaar vermengd worden.

### § 1. Afstand van recht

**95** De vrijwillige afstand van recht is een eenzijdige rechtshandeling, die een formele wilsuiting vereist, hetzij uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend, waaruit blijkt dat van een bepaald recht afstand gedaan wordt. Bijgevolg is het intentioneel element doorslaggevend en wordt de afstand niet vermoed (S. STIJNS, “La ‘rechtsverwerking’: dix ans déjà”, *RRD* 1990, 206).

Onverminderd de toepassing van de vijfjarige verjaringstermijn, impliceert het (jarenlang) stilzitten van de schuldeiser, om tot indexaanpassing van de onderhoudsuitkering over te gaan, niet noodzakelijk de wil om afstand te doen van zijn recht hierop (Brussel 7 april 2000, *JT* 2000, 776).

Uit de bijzondere feitelijke omstandigheden kan de bodemrechter weerhouden dat de onderhoudsgerechtigde in het verleden genoeg genomen heeft met de hoofdsom als onderhoudsuitkering en aldus de indruk opwekte bij de onderhoudsplichtige dat niet op de betaling van de indexaanpassingen werd aangestuurd. De loutere (ongenuanceerde) passiviteit in hoofde van de onderhoudsgerechtigde volstaat dus niet om aan te nemen dat de wil aanwezig was



om verder geen aanspraak te maken op de indexaties van het basisbedrag (Beslagr. Gent 18 december 2001, *TGR* 2002, 76; Beslagr. Gent 8 januari 2002, *TGR* 2002, 74).

Eveneens moet de afstand van recht vrij zijn van wilsgebreken, terwijl de afstanddoener over de nodige bekwaamheid dient te beschikken (P. VAN OMMESLAGHE, "Rechtsverwerking en afstand van recht", *TPR* 1980, 746-747).

Ingevolge deze vrijwillige, eenzijdige rechtshandeling wordt afstand gedaan van een recht, zonder dat dit recht aan een derde wordt overgedragen, noch dat er een beneficiaris is. Uit dit ontbreken van een overdracht volgt dat afstand van recht niet als een schenking kan gekwalificeerd worden.

Het recht verdwijnt eenvoudigweg uit het vermogen van de gerechtigde (A. VERBEKE, "Niet gevorderde onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming" (noot onder Rb. Brussel 18 april 1989), *T.Vred.* 1991, 21 e.v.). Deze stapt met andere woorden uit de rechtsverhouding met de schuldenaar, zodat laatstgenoemde van zijn verplichting wordt bevrijd (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 907).

Het verzaken aan achterstallige alimentatie is niet in strijd met het dwingend karakter van het alimentatierecht, voor zover geen afstand wordt gedaan van het "recht op" de onderhoudsuitkering (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 151-152).

## § 2. Rechtsverwerking

**96** Rechtsverwerking daarentegen vereist geen eenzijdige rechtshandeling, noch de uitdrukking van een bepaalde wil. Daarentegen veronderstelt deze rechtsfiguur in essentie een bepaalde houding die door de schuldeiser wordt aangenomen en waarop deze niet langer kan terugkomen.

Het is aldus nutteloos om naar de intentie van de schuldeiser te gaan peilen, met name of hij al dan niet van een bepaald recht heeft afgezien. Het is louter zijn objectief gedrag dat aan de basis ligt van de uitdoving van zijn subjectief recht, waarvan hij de titularis is (S. STIJNS, "La 'rechtsverwerking': dix ans déjà", *RRD* 1990, 206).

De houding die werd aangenomen moet dus onverenigbaar zijn met de uitoefening van het recht. Aan de basis van de rechtsverwerking ligt dan ook de goede trouw en het is een verschijningsvorm van de derogerende werking van die goede trouw. Ingevolge het door de schuldeiser opgewekt vertrouwen, wordt de schuldenaar beschermd en zijn benadeling voorkomen of hersteld (L. CORNELIS, "Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?", *TPR* 1990, 635 e.v.).

De benadeling is dan ook een noodzakelijk gegeven opdat de rechtsverwerking zou kunnen ingeroepen worden. Deze heeft zodoende een sanctionerend effect ingevolge een bepaalde aangenomen houding, ongeacht of deze al dan niet een foutief karakter heeft (P. VAN OMMESLAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980, 755).

De titularis van het recht heeft een houding aangenomen die onverzoenbaar is met het recht dat hij inroept. In tegenstelling tot de afstand van recht, verdwijnt in geval van rechtsverwerking het recht niet (A. VERBEKE, “Niet gevorderde onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel 18 april 1989), *T.Vred.* 1991, 25 e.v.).

Het louter stilzitten volstaat echter niet; de rechtsverwerking vereist concrete, begeleidende gedragingen van de schuldeiser, die het oordeel rechtvaardigen van de schuldenaar en waarop deze naderhand niet meer kan terugkomen (Cass. 12 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1062; Antwerpen 7 september 1998, *AJT* 1999-2000, 395, noot R. STEENNOT).

Ten slotte dient eveneens opgemerkt te worden dat deze creatie van de rechtsleer niet als een autonoom, algemeen rechtsbeginsel kan worden weerhouden (Cass. 17 mei 1990, *RW* 1990-91, 1085; Cass. 1 oktober 1993, *RW* 1995-96, 236 en *T.Not.* 1994, 385; Cass. 20 februari 1992, *JLMB* 1992, 530; Cass. 6 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 315). Dit wil echter niet zeggen dat rechtsverwerking niet wordt erkend. Enkel geldt dat de miskennis van het principe als dusdanig geen grond tot een cassatiemiddel kan uitmaken (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 406-407).

### § 3. Toepassing van de twee rechtsfiguren op de onderhoudsverplichting

97 Met betrekking tot de alimentatieverplichting geldt als principe dat van een wettelijke onderhoudsverplichting geen afstand kan gedaan worden, vermits deze van openbare orde, minstens van dwingend recht is. Wel zou afstand kunnen gedaan worden van achterstallige alimentatie (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, volume I, Brussel, Bruylant, 1990, 500, nr. 478; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32, voetnoot 111; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 151-152).

Dit betekent ook dat van de verplichtingen ex artikel 203 BW, die van openbare orde zijn en wegen op de ouders om, in evenredigheid tot hun middelen bij te dragen in het onderhoud en de opvoeding van het kind er geen afstand van recht kan gedaan worden, ook niet van de indexatie der onderhoudsbijdrage (Vred. Gent 8 januari 1997, *TGR* 1997, 131; *RPDB*, compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, nr. 110).

Terloops dient aangestipt dat naast de eenzijdige rechtshandeling, met name de afstand van recht, de alimentatie het voorwerp van overeenkomst kan uitmaken, t.t.z. een wederkerig contract uitmaakt, waarop artikel 1134 BW van toepassing is. De rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomst kan afhankelijk zijn van de homologatie door de rechtbank, zoals het geval is bij een echtscheiding door onderlinge toestemming of in geval van de kapitalisatie van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feiten.

Bovendien kan een dergelijke overeenkomst ook conventioneel gewijzigd worden, zoals dit ook het geval is indien de onderhoudsverplichting werd vastgelegd bij een gerechtelijke uitspraak doch voor zover niet op een regel van openbare orde inbreuk wordt gemaakt (A.-C. VAN GYSEL, “Examen de Jurisprudence (1991 à 2002), Les personnes”, *RCJB* 2003, 394 e.v.).

**98** Een onderhoudsgerechtigde kan zodoende ook geen afstand doen van zijn middelen van bestaan. De gemeenrechtelijke onderhoudsplichten (art. 205 e.v. BW) overstijgen de vrije wil van de betrokken partijen en vloeien voort uit de familiale solidariteit. Afstand doen van het recht op levensonderhoud resulteert in het ten laste leggen van de gemeenschap (OCMW) van de middelen om in een waardig bestaan te voorzien, terwijl dit tot de wettelijke verplichting van de onderhoudsschuldenaar behoort (Luik 4 november 1996, *Div.Act.* 1998, 140; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, volume I, Brussel, Bruylant, 1990, 500, nr. 478).

Dit beginsel is trouwens wettelijk bepaald in de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie. Artikel 4, § 2 van die wet bepaalt immers uitdrukkelijk dat overeenkomsten met betrekking tot onderhoudsverplichtingen aan het OCMW niet tegenstelbaar zijn (*BS* 31 juli 2002).

Deze problematiek zal zich hoofdzakelijk voordoen, wanneer de steunzoekende in het kader van de familierechtelijke overeenkomst, voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming wetens en willens afstand heeft gedaan van een onderhoudsuitkering. Artikel 4, § 2 is niet van toepassing op onderhoudsverplichtingen vastgelegd in een gerechtelijke uitspraak (A. RUPPOL, “Le droit à l’intégration sociale et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel”, *Div.Act.* 2004, 70 e.v.).

**99** Het nihil-beding in een familierechtelijke overeenkomst, kaderend in een echtscheiding door onderlinge toestemming onderscheidt zich van de afstand van recht. Dit beding is herroepelijk en het is vatbaar voor herziening ingevolge het belang van het kind, terwijl zulks niet het geval is bij afstand van recht. Het nihil-beding heeft betrekking op de *contributio* en niet op de *obligatio*. Alleen het *contributio*-aspect van de onderhoudsbijdrage (dus de verdeelsleutel tussen de ouders), maar alleen dit, staat ter vrije beschikking van de echtgenoten.

Derhalve is het toegelaten om inzake het onderhoud van de kinderen een nihil-beding overeen te komen, d.w.z. een overeenkomst dat één van de ouders voor het geheel zal instaan en de andere niet zal bijdragen, voor zover dergelijk beding niet derwijze is opgevat dat één van de echtgenoten ontslagen wordt van zijn verplichting tegenover het kind zelf (Brussel 1 december 1998, *EJ* 1999, 66 noot J. GERLO).

**100** Afstand van de onderhoudsbijdrage is enkel maar mogelijk wat het verleden betreft, met name de achterstallen en voor zover het kind hierdoor geen nadeel ondervindt. Dit veronderstelt echter dat de onderhoudsplicht nagekomen werd. Afstand van het recht op onderhoudsbijdrage naar de toekomst toe is niet mogelijk.

Ingevolge het feit dat de afstand van recht onherroepelijk is, kan het gevaar ontstaan dat de kapitaalkrachtige ouder die afstand deed op een bepaald ogenblik zelf niet meer kan voldoen aan de *obligatio* ten overstaan van het kind, zodat aan diens recht op onderhoud en opvoeding niet meer zou worden voldaan.

Louter verzaken aan de uitoefening van het recht op onderhoud (*contributio*) naar de toekomst toe, is echter wel mogelijk, gezien op de verzaking kan teruggekomen worden en deze niet, zoals bij de afstand van recht, onherroepelijk is (A. VERBEKE, "Niet gevorderde onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming" (noot onder Rb. Brussel 18 april 1989), *T.Vred.* 1991, 24-25).

**101** Met betrekking tot de toepassing van de rechtsverwerking geldt hetzelfde principe. Geen rechtsverwerking is mogelijk wanneer het gaat om een plicht die tot de openbare orde behoort, omdat daarvan geen afstand zou kunnen gedaan worden (Arbh. Antwerpen 16 oktober 1992, *JTT* 1993, 178; de vraag rijst echter of bij rechtsverwerking wel afstand van een recht wordt gedaan). Dit geldt dus ook voor de onderhoudsverplichtingen (Vred. Gent 8 januari 1997, *TGR* 1997, 131).

De verwerking van het recht op een onderhoudsbijdrage is dan ook uitgesloten. Anders uitgedrukt: de onmogelijkheid tot het nastreven van de uitoefening van het recht op levensonderhoud naar de toekomst toe is uitgesloten. Enkel wat het verleden betreft, met name de achterstallen, kan de theorie van de rechtsverwerking toegepast worden.

De nalatigheid om betaling van de onderhoudsuitkering te vorderen kan aldus leiden tot de verwerking van het recht op de ontstane achterstallen. Nochtans wordt er slechts zelden gebruikgemaakt van de rechtsverwerking in geval van het opeisen van achterstallen, of van de indexatie van de alimentatie met terugwerkende kracht (Vred. Antwerpen 9 mei 1989, *RW* 1989-90, 756, noot J. GERLO).

Met betrekking tot het jarenlang niet-aandringen op de aanpassing van de alimentatie aan de schommelingen van het indexcijfer, werd gesteld dat het toekennen van deze indexachterstallen, louter overeenkomstig de automatische toepassing van de geldende indexatieregels (het vonnis gebruikt de term “l’indexation théorique”) een misbruik van recht uitmaakt, indien de onderhoudsschuldenaar daardoor in een financieel catastrofale situatie zou terechtkomen (Rb. Brussel 12 mei 1992, *T.Vred.* 1993, 114: de rechtsverwerking werd beperkt weerhouden, meer bepaald voor de periode dat op de indexaanpassing niet aangedrongen werd).

**102** Ook al wordt de rechtsverwerking in de rechtspraak – zij het eerder zeldzaam – weerhouden, teneinde te vermijden dat de onderhoudsplichtige met een ware kapitaalschuld geconfronteerd wordt, de toepassing ervan is niet altijd noodzakelijk.

Zo oordeelde het hof van beroep te Brussel dat, op grond van het alimentatierecht zelf, met betrekking tot een onderhoudsbijdrage conform artikel 203 BW, kan worden aangenomen dat de onderhoudsgerechtigde ouder geen behoefte had aan de financiële tussenkomst van de andere ouder.

Het toepassen van de gewone maatstaven ter beoordeling van de omvang van de onderhoudsbijdrage naar het verleden toe, zou dan weer neerkomen op een persoonlijke verrijking van de onderhoudsgerechtigde ouder, hetgeen niet de bedoeling is van de onderhoudsbijdrage ten behoeve van het gemeenschappelijke kind.

Anderzijds heeft het kind jarenlang niet gekregen waarop het principieel recht had, maar dit kon niet meer rechtgezet worden. Bijgevolg bestaat er geen aanleiding om de onderhoudsplichtige ouder te veroordelen tot een hoge achterstallige onderhoudsschuld, ook al was het zijn plicht om spontaan tussen te komen in het onderhoud van het kind. Op grond van deze argumentatie kon het hof vermijden dat toepassing diende gemaakt te worden van de rechtsverwerking (Brussel 7 oktober 2003, *NJW* 2003, 1302, noot R.D.C.).

In een geval waarin de moeder gedurende jaren de onderhoudsbijdragen voor het kind niet opvorderde oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat het loutere tijdsverloop niet kon volstaan om bij de vader het rechtmatige vertrouwen te wekken dat zij haar rechten niet meer zou uitoefenen. Evenmin kon het tijdsverloop volstaan om haar de uitoefening van het recht te ontzeggen. Rechtsverwerking is immers geen algemeen rechtsbeginsel. Er was volgens het hof ook geen rechtsmisbruik. Wel werd de verjaring toegepast in overeenstemming met de hierboven beschreven principes (Antwerpen 23 maart 2005, *NJW* 2006, 268, noot G. VERSCHULDEN; zie i.v.m. een geval van afstand van het recht op terugvordering van teveel betaalde alimentatie: Rb. Leuven 7 april 2006, *RABG* 2007, 762, de rechtbank was van oordeel dat de figuur van de rechtsverwerking niet bestaat).

In een gelijkaardig geval van langdurige inertie van de onderhoudsschuldeiser meende het hof van beroep te Bergen dat afstand van recht toegestaan is met betrekking tot alimentatie op voorwaarde dat dit af te leiden valt uit feitelijkeheden die niet voor een andere interpretatie vatbaar zijn. *In casu* zou de toepassing van dit beginsel echter strijdig zijn met de openbare orde vermits het een kind betrof. Het hof sanctioneerde de moeder wel door de onderhoudsbijdragen niet toe te staan voor bepaalde periodes en dit op basis van het rechtsmisbruik (Bergen 28 november 2005, *Div.Act.* 2006, 74 en *JT* 2006, 47).

## AFDELING IV

*REBUS SIC STANTIBUS*

**103** De onderhoudsverplichting is, overeenkomstig de artikelen 208-209 BW veranderlijk, hetgeen betekent dat ze steeds vatbaar is voor aanpassing, zijnde verlaging of verhoging in functie van wijzigingen op het vlak van de inkomsten van de schuldenaar en de behoeften van de onderhoudsgerechtigde (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32-33).

Een algemene formulering van het beginsel staat in artikel 209 BW: “Wanneer hij die het levensonderhoud verstrekt of hij die het geniet, tot zodanige staat komt dat de ene het niet meer kan verschaffen of de andere het niet meer nodig heeft, hetzij voor het geheel, hetzij voor een gedeelte, kan ontheffing of vermindering ervan gevorderd worden”.

Meer specifiek is het onder meer terug te vinden in het nieuwe artikel 301, § 7 BW en het artikel 1288, 4<sup>o</sup> Ger.W. m.b.t. de uitkering na echtscheiding, verder het artikel 1253<sup>quater</sup>, e) Ger.W. betreffende het onderhoudsgeld en de bijdrage in de lasten van het huwelijk tussen echtgenoten, en artikel 1479 BW tussen wettelijk samenwonenden.

Het beginsel van de wijzigbaarheid is zowel van toepassing in het geval van alimentatie opgelegd in een gerechtelijke beslissing als vastgesteld in een overeenkomst. Het is een beginsel van *o p e n b a r e o r d e*.

**104** In toepassing van het beginsel kunnen de omvang en de modaliteiten van de onderhoudsverplichting niet definitief en forfaitair bij overeenkomst worden bepaald dan met uitzondering van de uitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming. Ook hier werd echter de principiële wijzigbaarheid ingevoerd met het nieuwe artikel 301, § 7, eerste lid BW weliswaar met de uitdrukkelijke mogelijkheid het tegenovergestelde overeen te komen. Minstens op grond van het dwingende karakter van de onderhoudsverplichting zou een definitieve en forfaitaire overeenkomst nietig zijn (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 21).

**105** Opdat een aanpassing kan doorgevoerd worden, draagt diegene die zich beroept op de veranderlijkheid de bewijslast van de nieuwe, gewijzigde omstandigheden. Hierbij wordt uitgegaan van de uitspraak, die de onderhoudsverplichting heeft bepaald en die met gezag van gewijsde is bekleed. Zij heeft gezag van gewijsde wat de erin weerhouden toestand betreft, met name *rebus sic stantibus*. Letterlijk vertaald in het Nederlands betekent het adagium “bij deze stand van zaken”.

**106** Logischerwijze staat het de bodemrechter vrij om de onderhoudsuitkering aanpasbaar te verklaren aan de schommelingen van het indexcijfer (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 33; J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998* in de reeks *Les dossiers du JT*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2000, 70). De indexatie van de alimentatie strekt trouwens enkel maar tot de instandhouding van de koopkracht van de onderhoudsgerechtigde (Brussel 12 juni 1997, *JLMB* 198, 365). Terecht wordt gesteld dat de elementen die weerhouden worden om de onderhoudsuitkering te begroten op zich reeds onderhevig zijn aan de index der consumptieprijzen, zoals onder meer de inkomsten uit arbeid en de huurprijzen (Jeugdrb. Namen 13 juni 1995, *Div.Act.* 1995, 140, noot J.-L. FRANEAU en E. DE WILDE D'ESTMAEL).

**107** Onder het begrip "gewijzigde omstandigheden" wordt begrepen, iedere verandering sedert de uitspraak, in de factoren die determinerend zijn geweest om de onderhoudsverplichting te weerhouden (J. ROODHOOFT, *Artikelsgewijze commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, art. 208-22). Dat hieraan een ruime interpretatie wordt gegeven, stemt overeen met het beginsel van de veranderlijkheid doch kent eveneens haar beperkingen, die bepaald worden door het gezag van gewijsde waarmede de uitspraak, die de onderhoudsuitkering heeft bepaald, bekleed is.

**108** Een eerste strekking gaat uit van het begrip nieuw feitelijk gegeven, zijnde een wijziging in de situatie van ofwel de onderhoudsgerechtigde dan wel de onderhoudsplichtige in de meest ruime zin. Dit houdt in dat de feitenrechter kan rekening houden met alle feitelijke gegevens, zelfs deze die hem voorheen, t.t.z. vóór de vorige uitspraak verborgen of onbekend waren (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen en familierecht (1988-1994)", *TPR* 1996, 2288-2290; J.-L. RENCHON, noot onder Rb. Brussel 22 december 1981, *RTDF* 1982, 455).

Zulks biedt de mogelijkheid aan de feitenrechter om met feitelikheden als "nieuw gegeven" rekening te houden die dateren van vóór de vorige uitspraak, en aldus met terugwerkende kracht tot herziening van de onderhoudsuitkering over te gaan (S. THIELEN, "Sanctions des dissimulations frauduleuses dans les procédures en matière d'aliments" (noot onder Rb. Luik 21 september 2000), *Act.dr.* 2001, 346; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 34-35; J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 102, nr. 224).

**109** Tegenover de ruime interpretatie stelt een andere strekking dat het gezag van gewijsde verhindert dat rekening gehouden kan worden met feitelikheden die dateren van vóór de uitspraak die het voorwerp tot herziening uitmaakt. De "gewijzigde situatie" incorporeert niet de ontdekking van een feitelijk gegeven dat door een partij, onderhoudsgerechtigde dan wel on-

derhoudsplichtige geheim of verborgen werd gehouden aan de beoordeling door de feitenrechter, alleszins op het ogenblik dat deze tot uitspraak overging. Het gezag van gewijsde, waarmede deze uitspraak bekleed is, maakt een latere wijziging ervan onmogelijk (Antwerpen 11 februari 1986, *RTDF* 1996, 194, noot A. KOHL; A.-C. VAN GYSEL, “Pension alimentaire rétroactivité et critères de modifications” (noot onder Cass. 16 juni 1995), *Div.Act.* 1997, 29).

**110** Indien een bedrieglijk optreden kan vastgesteld worden vooraleer de uitspraak kracht van gewijsde bekomt, bestaat nog altijd de mogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden, zijnde hoger beroep dan wel verzet in het geval van een verstekvonnis. De situatie is echter anders wanneer de uitspraak in kracht van gewijsde getreden is. In dergelijk geval biedt enkel nog een buitengewoon rechtsmiddel soelaas, in het bijzonder de herroeping van het gewijsde, conform artikel 1133, 1° Ger.W. (Cass. 16 mei 2002, *RW* 2002-03, 659, noot V. SAGAERT; S. THIELEN, “Sanctions des dissimulations frauduleuses dans les procédures en matière d’aliments” (noot onder Rb. Luik 21 september 2000) *Div.Act.* 2001, 347-348).

De gehoudenheid tot de alimentatie vindt haar rechtsgrond in de uitspraak, bekleed met gezag van gewijsde, die aldus de *causa judicati* uitmaakt. Iedere betaling, t.t.z. uitvoering van dergelijke uitspraak maakt aldus een vordering op grond van een onverschuldigde betaling onmogelijk, juist omwille van het gezag van gewijsde waarmede deze uitspraak bekleed is. Naast de herroeping van het gewijsde, kan de ongelukkige onderhoudsplichtige enkel nog een vordering in aanvullende schadevergoeding, in overeenstemming met artikel 1382 Ger.W., instellen ten overstaan van de te kwader trouw zijnde onderhoudsgerechtigde (Rb. Luik 21 september 2000, *Act.dr.* 2001, 341).

Deze laatste strekking verdient goedkeuring, vermits het gezag van gewijsde van de uitspraak, die tot grondslag tot herziening aanleiding geeft, gerespecteerd wordt en tot rechtszekerheid strekt. Wanneer de ongelukkige onderhoudsplichtige genooddaakt wordt tot de aanwending van het voormeld buitengewoon rechtsmiddel van de herroeping van gewijsde, verdient de bedrieglijke onderhoudsgerechtigde gesanctioneerd te worden door middel van een aanvullende schadevergoeding, die de onderhoudsgerechtigde herstelt in de door hem reëel geleden nadeel, overeenkomstig artikel 1382 BW.

Kortom, op grond van het principe van de veranderlijkheid van de onderhoudsverplichting (art. 209 BW), kan er uitsluitend rekening gehouden worden met feitelijkheden die zich hebben voorgedaan sedert de uitspraak, die de onderhoudsverplichting weerhoudt.

**111** De nieuwe omstandigheden moeten uiteraard een dusdanige impact hebben dat er een belang is in de zin van artikel 17 Ger.W. Onbelangrijke wijzigingen komen niet in aanmerking. Dit wordt geïllustreerd door de hiernavolgende rechtspraak.



In een geval waarin een verhoging werd gevorderd zowel van de onderhoudsbijdrage voor het kind als van de uitkering na echtscheiding op grond van 2 jaar feitelijke scheiding vernietigde het Hof van Cassatie in een arrest van 12 april 2002 het bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi als volgt (Cass. (1ste kamer) 12 april 2002, *Pas.* 2002, afl. 4, 875 en *RTDF* 2003, 89):

“Overwegende dat het bestreden vonnis het beroepen vonnis bevestigt dat de vordering van verweerster had toegewezen waarin zij de verhoging van de onderhoudsbijdrage vroeg; dat het eerst de financiële toestand van eiser, van verweerster en van het gemeenschappelijke kind onderzoekt; dat het uit dat onderzoek opmaakt dat ‘de financiële toestand van (verweerster) en van haar dochter niet aanzienlijk is verbeterd’ dat ‘de materiële toestand (van eiser) niet aanzienlijk is verslechterd’;

Dat het bestreden vonnis, dat niet vaststelt dat de toestand van de schuldenaar van de uitkering of die van de uitkeringsgerechtigde gewijzigd is, aldus zijn beslissing niet naar recht verantwoordt”.

Geheel in dezelfde lijn ligt de uitspraak van de vrederechter van Veurne die oordeelde dat in toepassing van artikel 209 BW voor een aanspraak op vermindering of afschaffing van de onderhoudsbijdrage een *s u b s t a n t i ë l e w i j z i g i n g* wordt vereist, hetzij van de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde, hetzij van de financiële draagkracht van de onderhoudsplichtige. Deze wijziging moet worden vastgesteld t.a.v. de toestand ten tijde van het vaststellen van deze onderhoudsbijdrage (Vred. Veurne 10 mei 2001, *TWVR* 2001, afl. 2, 98).

In een zaak van onderhoudsbijdrage voor een minderjarig kind, oordeelde de vrederechter van Zelzate dat een zeer beperkte onderhoudsbijdrage ex artikel 203 BW door de ouder niet langer moet worden betaald vanaf het ogenblik dat het minderjarige kind in het raam van een deeltijdse tewerkstelling o.g.v. een stagecontract bij de VDAB, een vergoeding wordt uitbetaald die ongeveer gelijk is aan het dubbele van het door de uitkeringsplichtige ouder verschuldigde onderhoudsgeld (Vred. Zelzate 26 december 2002, *RABG* 2004, 1249, noot E. ALOFS).

**112** Ten slotte moet het gaan om omstandigheden onafhankelijk van de wil. Deze voorwaarde mag echter niet te letterlijk worden genomen. Het is niet de bedoeling elk intentioneel element uit te sluiten maar wel om te vermijden dat wijzigingen die het resultaat zijn van vrijwillig en bedrieglijk genomen beslissingen om zich onvermogen te maken, in aanmerking zouden komen. Zo moet er rekening kunnen gehouden worden met toegenomen familiale lasten die het gevolg zijn van de geboorte van een kind of hertrouw alhoewel dit gebeurtenissen zijn die niet onafhankelijk zijn van de wil. Het zijn gebeurtenissen die een legitiem karakter hebben en die hun plaats hebben in de normale loop der dingen (Bergen 10 februari 2003, *RTDF* 2004, 429; Rb. Brussel 6 februari 2001, *Div.Act.* 2001, 73; *anders* Luik 3 februari 2003, *JT* 2004, 383; Vred. Verviers 21 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1778).

**113** De beslissing die voorziet in de vermindering of afschaffing van de onderhoudsuitkering, vormt de uitvoerbare titel, op grond waarvan de recuperatie van het teveel betaalde nagestreefd kan worden. Enkel en alleen is vereist dat deze titel de vereiste elementen bevat om het teveelbetaalde exact te kunnen begroten. Een nieuwe titel is dus niet steeds noodzakelijk (Antwerpen 27 juni 2000, *P&B* 2001, 79, noot S. BRIJS).

HOOFDSTUK VI  
**ALGEMENE BEGINSELEN GEKOPPELD AAN DE FACTOR  
 “UITVOERING”**

AFDELING I

UITVOERING IN NATURA (ART. 210 EN 211 BW)

**114** Niets belet dat de bij de onderhoudsverplichting betrokken partijen conventioneel de wijze van nakoming van de onderhoudsverplichting bepalen. Bij gebreke aan akkoord en/of vrijwillige uitvoering, zal er een gerechtelijke tussenkomst zijn, die in regel de betaling van een bepaald bedrag op regelmatige tijdstippen, gewoonlijk maandelijks en vooraf, zal opleggen. Dit is de uitvoering bij equivalent.

De wetgever heeft uitdrukkelijk bepaald wanneer van deze geldelijke nakoming van de onderhoudsplicht afgeweken kan worden. De bodemrechter kan in overeenstemming met artikel 210 BW bevelen, indien de onderhoudsplichtige aantoonde dat hij niet bij machte is om de onderhoudsuitkering te betalen, dat hij de onderhoudsgerechtigde in huis neemt en hem daar onderhoud verschafft. Wel te verstaan zal de feitenrechter hierbij rekening houden met de bijzondere omstandigheden, onder meer met de verstandhouding die bestaat tussen onderhoudsgerechtigde en -plichtige (J. GERLO, *Handboek voor Familierecht*, I, *Personen- en Familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 98). De wettelijke vereisten tonen op zich al genoegzaam aan dat slechts zelden van deze afwijking gebruik wordt gemaakt.

**115** Vader of moeder kunnen het hulpbehoevende kind aanbieden om kost en onderhoud te verstrekken door de opname in hun woning. Artikel 211 BW luidt als volgt: “De rechtbank beslist eveneens of de vader of de moeder die aanbiedt het kind waaraan levensonderhoud verschuldigd is, bij zich in huis te nemen en het aldaar kost en onderhoud te verschaffen, alsdan zal vrijgesteld zijn van de verplichting om de uitkering tot onderhoud te betalen”. Vergelijk met artikel 210 BW: “Wanneer de persoon die het levensonderhoud moet verstrekken, bewijst dat hij de uitkering tot onderhoud niet kan betalen, kan de rechtbank, met inachtneming van de omstandigheden der zaak, bevelen dat hij degene aan wie hij levensonderhoud verschuldigd is, bij zich zal in huis nemen en hem aldaar kost en onderhoud zal verschaffen” (eigen spatiëring).

Beide artikelen bleven ongewijzigd sedert het in voege treden van de *Code civil des Français* (1804, wet van 30 ventôse jaar XII) daarna is dit de *Code Napoléon* geworden (wet van 3 september 1807).

**116** Zoals hierboven al werd gesteld is het eerder uitzonderlijk dat zulk aanbod door de vader of de moeder geformuleerd wordt, doch het behoort tot de bevoegdheid van de bodemrechter om over de redelijkheid ervan te oordelen (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998* in *Les dossiers du JT* nr. 25, Brussel, De Boeck & Larcier, Brussel, 2000, 71; Vred. Sint-Gillis 9 juni 1994, *T.Vred.* 1997, 311). Hieruit volgt logischerwijze dat het inwonend kind, geen verdere vordering tot levensonderhoud ten overstaan van die ouder kan stellen (Vred. Berchem 27 maart 1984, *RTDF* 1986, 265).

Zekere rechtspraak meent dat het verstrekken van alimentatie, conform artikel 205 BW in ruime zin dient geïnterpreteerd te worden, waarin ook begrepen wordt het aanbieden van gratis woonst, wat een vervanging van huurgelden inhoudt (Vred. Vielsalm-La Roche en Ardenne-Houffalize 29 juli 2002, *JLMB* 2003, 1641). Dit sluit aan bij het beginsel dat de onderhoudsverplichting geen geldschuld uitmaakt doch wel een verplichting *de facere* is (Vred. Luik 17 juni 1997, *TBBR* 1999, 584; P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 771-772). De omstandigheden van de zaak zullen doorslaggevend zijn om al dan niet te beslissen of het onderhoudsgerechtigd zelfstandige kind dient in te gaan op het aanbod van de onderhoudsplichtige ouders om terug bij hen zijn intrek te nemen (Rb. Leuven 8 januari 1988, *Pas.* 1988, III, 49).

Wanneer de ouders alle kosten betaalden betreffende het onderhoud en de passende opleiding van het kind en er zodoende geen bewijs voorligt dat zij tekort geschoten zijn in hun onderhoudsplicht, terwijl evenmin blijkt dat de samenwoning tussen de ouders en het kind onmogelijk is, dient het aanbod van deze ouders weerhouden te worden. Bijgevolg oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Gent dat de ouders niet door het OCMW konden worden aangesproken om bijkomend bij te dragen in het onderhoud van hun dochter. De vordering tot terugbetaling van het bestaansminimum werd ongegrond verklaard (Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539, noot R. DE CORTE).

Alleszins wordt rekening gehouden met de actuele maatschappelijke opvattingen over opvoeding en verhouding tussen jonge volwassenen en hun ouders. Indien moet vastgesteld worden dat er geen bereidheid bestaat van de descendent om verder in te wonen bij een ouder, zoals bij een verstoorde ouder-kindrelatie, waarbij steeds mag aangenomen worden dat een zekere vorm van gezag zal uitgaan van de ouder, zal het aanbod worden afgewezen (Rb. Luik 7 december 1998, *TBBR* 1999, 586; Rb. Gent 8 mei 2003, *NJW* 2003, 1409, noot R. DE CORTE; Vred. Luik 17 juni 1997, *TBBR* 1999, 584). Het gevolg van de geciteerde beslissing van de rechtbank van eerste aanleg te Gent was dat het OCMW het door haar betaalde bestaansminimum wel op de ouders kon verhalen.

De ouder kan zich niet beroepen op een tekort aan eerbied in hoofde van het kind, waartoe dit gehouden is conform artikel 371 BW, zeker niet wanneer blijkt dat het generatieconflict terug te brengen is tot een normaal proces van volwassen worden. Wanneer aldus een meerderjarige dochter wil gaan samenwonen met haar vriend, dient zulk verlangen, alsmede haar wil om het conflict

en de spanningen met haar ouders te ontvluchten, als volkomen achtenswaardig en opbouwend beschouwd te worden, zodat het aanbod van de ouders, in overeenstemming met artikel 211 BW niet weerhouden kan worden (Vred. Brussel 2 mei 1996, *J.dr.jeun.* 1996, 430, noot).

De bodemrechter heeft dus een ruime appreciatiebevoegdheid om al dan niet in te gaan op het aanbod van de onderhoudsplichtige ouder. Indien blijkt dat het verstrekken van kost en onderhoud aanleiding zal geven tot conflicten en spanningen tussen ouder en kind, kan het aanbod, conform artikel 211 BW niet weerhouden en toegepast worden, vermits de familiale rust en verstandhouding primeert.

## AFDELING II

### HET VERHAAL

#### § 1. Het gemeenrechtelijke verhaalsrecht

**117** Er kan verhaal zijn van:

- de schuldenaar tegen de schuldeiser;
- de schuldenaar tegen zijn medeschuldenaars;
- een derde tegen de schuldenaar of de schuldeiser;
- het OCMW.

**118** De onderhoudsverplichting bestaat zolang de onderhoudsgerechtigde zich, conform de gemeenrechtelijke onderhoudsplicht (art. 205 e.v. BW), in een staat van behoeftigheid bevindt. Wanneer deze toestand ophoudt te bestaan, als gevolg van het feit dat de onderhoudsschuldeiser zich uit deze toestand heeft weten te bevrijden en over voldoende eigen middelen en mogelijkheden beschikt om verder in zijn onderhoud te voorzien, is geen alimentatie meer verschuldigd. In deze omstandigheden kan echter de onderhoudsplichtige, ook al is de onderhoudsgerechtigde voldoende kapitaalkrachtig, de in het verleden verstrekte steun niet terugvorderen.

Het betreft *in casu* een persoonlijke schuld vanwege de onderhoudsplichtige en deze is niet terugvorderbaar wanneer naderhand de onderhoudsgerechtigde over voldoende eigen middelen beschikt. De verstrekte alimentatie kan evenmin als een voorschot op de nalatenschap worden aangerekend (J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 96; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 780).

Daartegenover staat dat de verstrekte alimentatie wel teruggevorderd kan worden, indien naderhand blijkt dat de onderhoudsgerechtigde op bedrieglijke wijze de uitkeringen afdwongen heeft en in werkelijkheid

helemaal niet behoeftig was en/of de werkelijke situatie verzwegen heeft. De betalingen van de alimentatie hebben dan ook een onverschuldigd karakter en zijn daardoor terugvorderbaar.

**119** Het verhaal van de onderhoudsplichtige, die samen met andere onderhoudsplichtigen gehouden was, doch zelf de volledige onderhoudsschuld voldeed, is omstreden. Zij die menen dat deze onderhoudsplichtige wel over een juridische grondslag beschikt, beroepen zich op het persoonlijk karakter van de onderhoudsverplichting, tenzij het verstrekken van de onderhoudsteun *animo donandi* is geschied (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 96; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 781).

Ook wordt de hiërarchie tussen de onderhoudsplichtigen ingeroepen en wordt gesteld dat het Hof van Cassatie bij arrest van 16 maart 1995 ook impliciet het recht op verhaal ten overstaan van de overige onderhoudsplichtigen zou erkend hebben (Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *JT* 1995, 517, *Div.Act.* 1996, 28, *RTDF* 1997, 415 en *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOFD). Dit zou betekenen dat de onderhoudsplichtige, die de volledige onderhoudsschuld voldeed, zou beschikken over de *actio de in rem verso* (N. HUSTIN-DENIES, "Hiërarchie des débiteurs d'aliments", *RTDF* 1997, 285).

In het verleden werd naast de vermogensverschuiving zonder oorzaak ook vruchteloos gepoogd beroep te doen op de zijdelingse vordering, de zaakwaarneming, het stilzwijgend mandaat of de wettelijke indeplaatsstelling (L. SWENNEN, "De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen" in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 24).

In principe is er geen wettelijk verhaalsrecht ingebouwd tussen onderhoudsplichtigen van dezelfde rangorde, waardoor de ene onderhoudsplichtige ten overstaan van de andere onderhoudsplichtige, de mogelijkheid geboden wordt het deel van de betaalde bijdrage dat zijn wettelijke onderhoudsverplichting overschrijdt, in rechte terug te vorderen (Antwerpen 19 mei 1999, *AJT* 1999-2000, 476).

De steun die door de onderhoudsplichtige supplementair, bovenop zijn wettelijke onderhoudsverplichting, verleend werd, is niets meer dan de naleving van zijn natuurlijke verbintenis, of een vorm van een zuivere vrijgevigheid, gesteund op de familiale solidariteit. Bijgevolg geeft de steunverlenende onderhoudsplichtige zelf de oorzaak aan om de onderhoudsgerechtigde te ondersteunen, zodat hij naderhand ten overstaan van de overige onderhoudsplichtigen geen verhaalsrecht kan uitoefenen op grond van de verrijking zonder oorzaak. In de rechtsleer blijft deze stellingname, die een verhaalsrecht jegens de andere onderhoudsplichtige uitsluit, omstreden, en wordt gesteld dat deze te absoluut is, alleszins wanneer een van de kinderen, uitsluitend voor het onderhoud voor de hulpbehoevende ouders heeft ingestaan. Een recht van

verhaal zou zich opdringen om billijkheidsredenen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 71) of om reden dat de onderhoudsverplichting een wettelijk en globaal karakter heeft dat in wezen op alle onderhoudsplichtigen van gelijke rang rust en zulks ondanks het feit dat zij door een vonnis of vrijwillige uitvoering werd gepersonaliseerd in hoofde van één schuldenaar (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 25).

**120** De problematiek van het verhaal van een onderhoudsplichtige ten overstaan van de andere onderhoudsplichtigen zal zich meestal voordoen in de relatie behoeftige ouder ten overstaan van zijn verschillende (vermogende) kinderen. Er dient in dat geval uitgegaan te worden van een aantal fundamentele beginselen, waarop de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting, conform artikel 205 BW gesteund is.

Het staat vast dat deze vordering tot levensonderhoud wederkerig is en een persoonlijk karakter heeft, zodat ze enkel kan worden ingesteld door de onderhoudsgerechtigde. Dit betekent eveneens dat de onderhoudsplichtige uitsluitend kan aangesproken worden om naar zijn vermogen bij te dragen in de behoeften van de onderhoudsgerechtigde, zodat van hoofdelijkheid of gehoudenheid *in solidum* met andere onderhoudsplichtigen in dezelfde graad geen sprake kan zijn (Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *JT* 1995, 517, *Div.Act.* 1996, 28, *RTDF* 1997, 415 en *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOFD). Aansluitend hierbij moet weerhouden worden dat de onderhoudsverplichting helemaal niet het karakter heeft van een ondeelbare verbintenis. Elke onderhoudsplichtige moet slechts zijn aandeel dragen in verhouding tot het vermogen van alle onderhoudsplichtigen ongeacht of zij in zake zijn of niet (Cass. 20 februari 1964, *Pas.* 1964, I, 656; Rb. Brussel 12 oktober 1999, *JT* 1999, 812). Met de potentiële debiteurs wordt echter slechts rekening gehouden voor zover zij solvabel zijn.

**121** Bovendien zal de oorzaak en de aard van welbepaalde, door de onderhoudsplichtige gedane betalingen dienen nagegaan te worden. Zo kan een betaling niet worden weerhouden als zijnde de uitvoering van de wettelijke onderhoudsverplichting, conform aan artikel 205 BW, wanneer blijkt dat de onderhoudsplichtige niets anders deed dan het nakomen van zijn verbintenissen, aangegaan in het kader van een aanvaarde schenking met last (Cass. 12 oktober 2001, *RTDF* 2003, 853).

**122** Het Franse Hof van Cassatie erkende in een arrest van 29 mei 1974 het recht van verhaal aan de onderhoudsplichtige die op grond van artikel 205 BW meer had betaald dan zijn aandeel (Cass. fr. 29 mei 1974, *JCP* 1974, IV, 6465; zie ook Cass. fr. 17 maart 1964, *Gaz.Pal.* 1964, II, 56). Het Belgische Hof van Cassatie deed hetzelfde, zij het impliciet, in een zaak van een verhaal van de moeder tegen de vader gesteund op artikel 205 BW voor het teveel door haar betaalde onderhoudsgeld ten behoeve van een meerderjarig kind. Deze uitspraak situeert zich vóór dat het artikel 203bis BW in het Burgerlijk Wetboek werd opgenomen (art. 33 wet van 31 maart 1987 tot wijzi-

ging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *BS* 27 mei 1987; Cass. 7 februari 1963, *Pas.* 1963, I, 647 en *RW* 1962-63, 1946). Dit artikel bepaalt dat de ene ouder ten opzichte van de andere ouder een eigen recht heeft om diens bijdrage te vorderen in de kosten van onderhoud van het (meerderjarig) kind. Hierdoor is een verhaal niet meer nodig.

**123** Ten slotte rijst de vraag of een derde, niet-onderhoudsplichtige, die vrijwillig financieel tussenkwam teneinde de behoefte van de onderhoudsgerechtigde te ledigen, de verrichte betalingen kan recupereren vanwege de onderhoudsplichtigen.

Onder “derde” wordt verstaan, zowel de buitenstaander, die helemaal niet de hoedanigheid van onderhoudsplichtige heeft, als de onderhoudsplichtige die zich echter in een lagere rang bevindt tot het verstrekken van het levensonderhoud.

Behoudens het geval dat de betalingen *animo donandi* werden uitgevoerd, beschikt deze hulpverlenende derde over een verhaalsrecht, meer bepaald op grond van ofwel de zaakwaarneming, ofwel de verrijking zonder oorzaak teneinde de uitgekeerde alimentatie te verhalen (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 97; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 781). Het verhaal kan zijn juridische grondslag niet hebben in de gemeenschappelijke onderhoudsverplichting zelf, met name artikel 205 BW, gezien dit uitsluitend aan de onderhoudsgerechtigde toekomt (Brussel 28 januari 2000, *AJT* 2000-01, 549).

## § 2. Het verhaalsrecht van het OCMW

### A. IN HET KADER VAN DE MAATSCHAPPELIJKE DIENSTVERLENING

**124** Nu het OCMW gehouden is maatschappelijke dienstverlening te verstrekken, beschikt zij krachtens artikel 97 e.v. OCMW-Wet over een eigen recht van verhaal op onder meer de onderhoudsplichtigen van de begunstigde.

Het verhaalsrecht van het OCMW betreffende dienstverlening in het kader van de opname en de huisvesting van de onderhoudsgerechtigde wordt geregeld door het koninklijk besluit van 9 mei 1984 tot uitvoering van artikel 13, tweede lid, 1<sup>o</sup> van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum en artikel 100*bis*, § 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 24 mei 1984), gewijzigd bij het KB van 8 april 1987 (*BS* 15 april 1987), opgeheven wat betreft de bepalingen die van toepassing zijn op de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum en meer bepaald opgeheven bij artikel 64 van het KB van 11 juli 2002 (*BS* 31 juli 2002), met ingang van 1 oktober 2002, afgekort “Terugvorderingsbesluit”.

Onder kosten van maatschappelijke dienstverlening worden onder meer verstaan de betalingen in speciën, de kosten van de *in natura* verleende hulp, de kosten van hospitalisatie en de kosten van huisvesting.

Sinds 7 oktober 2004 is het MB van 2 maart 2005 tot vaststelling van de schaal van tussenkomsten bedoeld in artikel 16 van het koninklijk besluit van 9 mei 1984 tot uitvoering van artikel 100*bis*, § 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn

(BS 23 maart 2005) van toepassing. Bij het bepalen van de tussenkomst van de onderhoudsplichtige dient het OCMW zich te baseren op een schaal van tussenkomsten. Het MB legt de schaal vast van de tussenkomsten die bij de onderhoudsplichtigen kunnen teruggevorderd worden. Het terug te vorderen maandelijks bedrag is afhankelijk van het inkomen en de kinderlast.

Het is in ieder geval beperkt tot het bedrag van de maatschappelijke dienstverlening dat werkelijk is betaald gedurende de maand waarop de terugvordering betrekking heeft.

De bedragen van de schaal gelden voor het geheel van de terugvorderingen die in een bepaalde maand tegen één en dezelfde onderhoudsplichtige kunnen worden ingesteld, zelfs als gelijktijdig kosten van leefloon en van maatschappelijke dienstverlening worden teruggevorderd. Als verschillende OCMW's in een bepaalde maand terugvorderingen doen tegen één en dezelfde onderhoudsplichtige (samenloop) dan wordt het terugvorderbare bedrag proportioneel verdeeld tussen de OCMW's, in functie van het door elk OCMW in die maand terug te vorderen bedrag.

De terugvordering lastens de onderhoudsplichtigen is wettelijk verplicht krachtens artikel 98, § 2, tweede lid OCMW-wet. Bovendien kan het verhaal tezelfdertijd uitgeoefend worden tegenover de descendenten in de eerste graad als hun echtgenoot (Antwerpen 1 juni 2004, *NJW* 2005, 590, noot IC, dit arrest stelt ook dat, om de inkomstengrens te bepalen, de belastingen niet mogen afgetrokken worden van het belastbare inkomen).

**125** De toepassing van de onderhoudsregeling uit het burgerlijk recht op het eigen verhaalsrecht in hoofde van het OCMW kan met zich brengen dat de regels betreffende de alimentatieverplichtingen, in overeenstemming met de artikelen 205 en 207 BW dienen nageleefd te worden. In dat geval is de omvang van het verhaalsrecht dan ook volledig afhankelijk van de mogelijkheden, waarover de onderhoudsplichtige beschikt, en waartoe hij conform de artikelen 205 e.v. BW gehouden is (Bergen 24 juni 1996, *JLMB* 1996, 1705; Rb. Luik 7 december 1998, *JLMB* 1999, 1044, noot E. VON FRENCHELL). Dit heeft voor gevolg dat de rechterlijke controle zich uitstrekt tot de rechtmatigheid van de OCMW-beslissing (Cass. 17 april 2000, *RW* 2000-01, 986, noot D. SIMOENS; D. SIMOENS, "Verhaal van OCMW-hulp op onderhoudsplichtige familieleden: hoe 'discretionair' oordeelt het OCMW?" (noot onder Cass. 17 april 2000), *Soc. Kron.* 2001, 68). De onderhoudsplichtigen kunnen alle excepties, conform het civiele recht inroepen ten aanzien van het verhaal van het OCMW, die zij ook ten aanzien van de onderhoudsgerechtigde zouden kunnen tegenstellen.

Een illustratie hiervan is terug te vinden in een arrest van het hof van beroep te Brussel (Brussel 20 januari 2004, *RW* 2005-06, 625, noot R. BARBAIX; zie voor een andere toepassing Antwerpen 8 november 2005, *NJW* 2006, 947, noot E.A.).

Na het overlijden van een bejaarde vrouw, gaat het OCMW over tot terugvordering van de betaalde kosten voor opvang en huisvesting in een RVT, en later ook de kosten van het (laatste) ziekenhuisverblijf. Het richt zich hiertoe in de eerste plaats tot de echtgenoot van de overledene. In geval van diens onvermogen, richt het OCMW zich subsidiair tot de drie kinderen en nog meer subsidiair tot twee van hen. In eerste aanleg wordt de vordering enkel gegrond verklaard tegen één van de kinderen, tot beloop van 1/3de van het gevorderde bedrag. Het OCMW tekent enkel hoger beroep aan voor zover de vordering tegen een tweede kind als ongegrond werd afgewezen.

Het hof oordeelt dat het OCMW zich in eerste instantie moest richten tot de echtgenoot. Daarbij mag volgens het hof rekening worden gehouden met de nieuwe vermogenstoestand van de man, die het gemeenschappelijke vermogen bij de vereffening-verdeling ervan geheel in volle eigendom



heeft verkregen op basis van een verblijvingsbeding. Verder oordeelt het hof dat de descendenten slechts kunnen worden aangesproken in de mate dat de echtgenoot toch niet voldoende begoed is om alle kosten te dragen. Bovendien moet het OCMW bij de terugvordering tegenover een kind rekening houden met diens persoonlijk inkomen en niet met het gezinsinkomen, ook niet wanneer het kind in gemeenschap van goederen is getrouwd.

**126** Anderzijds kan het OCMW om billijkheidsredenen, krachtens artikel 100*bis*, § 2 OCMW-wet afzien van het verplichte verhaal ten overstaan van de onderhoudsplichtige en dit krachtens een individuele beslissing (zie voor een toepassing: Rb. Gent 10 februari 2005, *NJW* 2005, 598, de rechtbank mag niet in de plaats treden van het OCMW bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van billijkheidsredenen, zij kan maar een marginale toetsing uitoefenen). Billijkheidsredenen kunnen betrekking hebben op inkomsten en lasten, zoals onder meer het bescheiden inkomen van de onderhoudsplichtige als de reële uitgaven waarmee hij te kampen heeft, zoals voor gezondheidszorgen, studiekosten, aflossingen van schulden e.d.

De draagwijdte van deze beoordelingsvrijheid wordt echter nog steeds betwist. Volgens het Hof van Cassatie komt het de bodemrechter niet toe te oordelen of het OCMW al dan niet billijkheidsredenen kon weerhouden, gezien de onderhoudsplichtige niet over een subjectief recht beschikt (Cass. 17 april 2000, *RW* 2000-01, 986, noot D. SIMOENS en *JTT* 2000, 341; anders Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1529, kritische noot D. SIMOENS). De beslissing moet weliswaar gemotiveerd worden, doch de schending van deze motiveringsplicht is niet gesanctioneerd. Daardoor is de onderhoudsplichtige niet geschaad in zijn belangen; hij heeft enkel recht om te weten waarom er geen billijkheidsredenen werden weerhouden, doch hij beschikt niet over een subjectief recht om vrijstelling van het verhaal te bekomen (Antwerpen 2 juni 2003, 1999/AR/3073, onuitg.; Antwerpen 22 september 2003, 2000/AR/2193, onuitg.). Het behoort aldus niet tot de rechterlijke macht om te oordelen of het OCMW om redenen van billijkheid had dienen af te zien van het verhaal. Deze beoordeling komt uitsluitend aan het OCMW zelf toe (Cass. 17 april 2000, *RW* 2000-01, 986, noot D. SIMOENS en *JTT* 2000, 341). Anders is het in het kader van de toepassing van de Wet Maatschappelijke Integratie (zie *verder*).

M.b.t. de motiveringsplicht van een afwijzingsbeslissing, nam het Hof van Cassatie in een arrest van 18 september 2006 het volgende standpunt in. Een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat overgaat tot terugvordering van de kosten van maatschappelijke dienstverlening bij de onderhoudsplichtige familieleden van de geholpen persoon, terwijl deze onderhoudsplichtigen billijkheidsredenen hadden ingeroepen om van deze terugvordering te worden vrijgesteld, moet in zijn terugvorderingsbeslissing motiveren waarom het deze redenen niet aanvaardt. Het centrum kan niet worden gevolgd in zoverre het aanvoert dat enkel een beslissing tot vrijstelling dient te worden gemotiveerd, omdat het, wanneer het tot terugvordering overgaat, enkel de principiële wettelijke plicht tot terugvordering uitvoert (Cass. 18 september 2006, *RW* 2007-08, 309 (verkort)).

**127** Ook op procedureel vlak heeft het eigen recht van het OCMW een zekere impact. Vermits het verhaal geen onderhoudsvordering is, is de vrede-rechter niet exclusief bevoegd op grond van artikel 591, 7<sup>o</sup> Ger.W., doch

bepaalt artikel 590 Ger.W., op grond van de waarde van de vordering, welke rechtsmacht in eerste aanleg over de verhaalsvordering uitspraak zal doen (I. ANNE, “Alimentaire rangorde, gezinslasten van de onderhoudsgerechtigde en tussenkomst OCMW” (noot onder Vred. Oostende 12 juni 1997), *T.Vred.* 2001, 261; D. SIMOENS, noot onder Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1531). Het zijn dus de gemeenrechtelijke bevoegdheidsregels die van toepassing zijn (Cass. 17 september 1982, *RW* 1983-84, 386).

**128** Zie voor een meer uitgebreide bespreking van het verhaalsrecht van het OCMW, zowel op het vlak van de maatschappelijke dienstverlening als dat van het leefloon, *verder* nrs. 1057-1083.

## B. IN HET KADER VAN HET LEEFLOON

**129** Het recht op een leefloon is niet onvoorwaardelijk, de toekenning en het behoud ervan zullen kunnen gepaard gaan met een geïndividualiseerd project voor maatschappelijke integratie (art. 11, § 1 Wet Maatschappelijke Integratie; wet 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002), in werking getreden op 1 oktober 2002 (wordt ook genoemd “Leefloonwet”); N. DE VOS, I. CARLENS en L. VENY, “Procederen namens en tegen OCMW. Bijzondere aspecten inzake individuele steundossiers”, *NJW* 2005, 74 e.v.).

**130** Rechtspraak, daterend van vóór de Wet Maatschappelijke Integratie oordeelde immers al dat het niet-zelfstandige kind, dat vrijwillig het ouderlijke huis verlaat uit zucht naar zelfstandigheid en onafhankelijkheid, zonder over de nodige middelen en mogelijkheden daartoe te beschikken, met als logisch gevolg dat het vervalt in een toestand van armoede, geen aanspraak kan maken op een leefloon. Het kon immers op de materiële bijstand van de ouders rekenen. Deze ouders kwamen zodoende hun onderhoudsverplichting na (*facere*) (Arbh. Luik 13 januari 2000, *J.dr.jeun.* 2000, 36 en *Soc. Kron.* 2002, 407; na de wet: Arbh. Luik 2 augustus 2004, *RRD* 2005, 392; Vred. Charleroi (3de kanton) 13 augustus 2008, *JT* 2008, 592, noot).

**131** De Wet Maatschappelijke Integratie voorziet bovendien ook in de mogelijkheid dat het OCMW van de betrokkene vergt dat hij zijn rechten laat gelden op een onderhoudsuitkering ten overstaan van de onderhoudsplichtigen, zulks echter beperkt tot de echtgenoot, de gewezen (schuldige) echtgenoot, de ascendenten en descendenten in de eerste graad en de adoptant evenals de geadopteerde (art. 4, § 1; A. RUPPOL, “Le droit à l’intégration sociale et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel”, *Div.Act.* 2004, 70-71; D. TORFS, “Maatschappelijke integratie en OCMW-dienstverlening: wetgeving en rechtspraak”, *TSR*, speciaal nummer 2006, 712; zie voor een toepassingsgeval m.b.t. het verhaal op de ouders van meerderjarige kinderen en hun aanbod tot huisvesting: Brussel 14 september 2006, *JT* 2007, 190).

Het artikel 24 Wet Maatschappelijke Integratie biedt de mogelijkheid om tot terugvordering over te gaan van uitgekeerd leefloon, doch zulks uitsluitend in de wettelijk, door artikel 24, § 1 bepaalde omstandigheden (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 486 t.e.m. nr. 505). Bovendien beschikt het OCMW krachtens artikel 26 van dezelfde wet over een eigen recht om het uitgekeerde leefloon te verhalen op de onderhoudsplichtigen, vermeld in artikel 4, § 1, weliswaar binnen de grenzen en volgens de voorwaarden en modaliteiten bepaald bij koninklijk besluit (KB 11 juli 2002 houdende algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 juli 2002). Hierbij moet de inkomstengrens worden gerespecteerd die bepaald is in het artikel 50 Besluit Maatschappelijke Integratie. Het Arbitragehof was van mening dat er geen discriminatie is tussen artikel 26 van de wet en artikel 4, § 3 van diezelfde wet dat geen inkomstengrens hanteert (Arbitragehof 1 maart 2005, *NJW* 2005, 627, noot IVS).

Bij het bepalen van de tussenkomst van de onderhoudsplichtige dient het OCMW de in het MB van 12 december 2002 vastgestelde schaal van tussenkomsten te volgen. Sinds 7 oktober 2004 zijn daartoe nieuwe regels van toepassing, opgelegd door het MB van 2 maart 2005 tot wijziging van het MB van 12 december 2002 tot vaststelling van de schaal van tussenkomsten bedoeld in artikel 51 van het KB van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 23 maart 2005).

Het besluit bepaalt de bedragen van de schaal van tussenkomsten voor het geheel van de terugvorderingen die in een bepaalde maand tegen één en dezelfde onderhoudsplichtige kunnen worden ingesteld.

Dit geldt zelfs als gelijktijdig kosten van leefloon en van maatschappelijke dienstverlening worden teruggevorderd. Het besluit biedt ook een oplossing voor het geval verschillende OCMW's in een bepaalde maand terugvorderingen doen tegen één en dezelfde onderhoudsplichtige (samenloop).

Het terugvorderbare bedrag wordt dan proportioneel verdeeld tussen de OCMW's, in functie van het door elk OCMW in die maand terug te vorderen bedrag.

**132** Van dit verhaalsrecht kan slechts worden afgezien bij een individuele beslissing en om “redenen van billijkheid” die in deze beslissing zijn opgenomen (art. 28 Wet Maatschappelijke Integratie). Thans kan de “betrokkene”, waaronder ook begrepen moet worden, de onderhoudsplichtige, billijkheidsredenen inroepen, wat betekent dat deze laatste over een subjectief recht beschikt om dergelijke redenen in te roepen. Dit heeft voor gevolg dat de bodemrechter, in het bijzonder de vrederechter dan wel de rechtbank van eerste aanleg, in de gelegenheid is om betwistingen aangaande de ingeroepen billijkheidsredenen te beslechten. Als redenen kunnen onder meer worden ingeroepen, het feit dat de begunstigde zijn verplichtingen tegenover de onderhoudsplichtigen niet is nagekomen of de begunstigde al voordien hulp vanwege deze personen bekwam (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 511).

Wanneer het OCMW beslist om af te zien van het verhaal op de onderhoudsplichtigen, dient deze beslissing met redenen omkleed te zijn, behoudens dan de gegevens die een delicaat karakter hebben, en voor zover ze zijn opgenomen in het verslag van het sociaal onderzoek of in het verslag van de beraadslaging (art. 54 Besluit Maatschappelijke Integratie).

Daartegenover voorziet het Besluit Maatschappelijke Integratie niet in een motiveringsplicht in hoofde van het OCMW indien de billijkheidsredenen die door de onderhoudsplichtige werden ingeroepen niet worden weerhouden en bijgevolg het OCMW niet afziet van haar verhaalsrecht. Evenwel dient te worden aangenomen dat op grond van artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (*BS* 12 september 1991) dergelijke beslissingen toch aan de motiveringsplicht onderworpen zijn (*D. SIMOENS, OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 514).

M.b.t. de motiveringsplicht van een afwijzingsbeslissing in geval van ingeroepen billijkheidsredenen, nam het Hof van Cassatie in een arrest van 18 september 2006 het volgende standpunt in, weliswaar in een zaak van maatschappelijke dienstverlening.

Een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat overgaat tot terugvordering van de kosten van maatschappelijke dienstverlening bij de onderhoudsplichtige familieleden van de geholpen persoon, terwijl deze onderhoudsplichtigen billijkheidsredenen hadden ingeroepen om van deze terugvordering te worden vrijgesteld, moet in zijn terugvorderingsbeslissing motiveren waarom het deze redenen niet aanvaardt. Het centrum kan niet worden gevolgd in zoverre het aanvoert dat enkel een beslissing tot vrijstelling dient te worden gemotiveerd, omdat het, wanneer het tot terugvordering overgaat, enkel de principiële wettelijke plicht tot terugvordering uitvoert (*Cass.* 18 september 2006, *RW* 2007-08, 309 (verkort)).

### AFDELING III

#### BEPERKTE BESLAGBAARHEID VAN ONDERHOUDSGELDEN

**133** Krachtens artikel 1410, § 1, 1° Ger.W. zijn de alimentatiegelden vatbaar voor beslag, doch slechts in beperkte mate en meer bepaald overeenkomstig de gedeelten bepaald in artikel 1409 Ger.W.

De tussenkomst van de wetgever was noodzakelijk, alleszins wat de uitkeringen na echtscheiding betreft, daar, ingevolge het indemnitaire karakter ervan, deze uitkeringen volledig voor beslag vatbaar zouden zijn.

De grenzen aan de beslagbaarheid van alimentatiegelden kunnen, rekening houdend met artikel 1412, eerste lid Ger.W., niet worden tegengeworpen aan de vorderingen van de alimentatieschuldeisers van de titularis van het onderhoudsgeld die op zijn beurt onderhoudsplichtig is (*E. ALOFS, "De positie van de insolvente persoon, zijn gezinsleden en alimentatiegerechtigden vanuit welzijnsrechtelijk perspectief bekeken"* in X. (ed.), *Insolventierecht, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 307).

**134** De kapitalisatie van de onderhoudsuitkering na echtscheiding geniet niet de bescherming van artikel 1410, § 1, 1° Ger.W. zodat het kapitaal volledig beslagbaar is. Vandaar wordt in de rechtsleer verdedigd dat, in geval van beslag, het kapitaal dient opgesplitst te worden in maandelijkse uitkeringen. Hierop zouden de beschermingsregels wel toepasbaar zijn, wat de uiteindelijke intentie van de wetgever is geweest. Deze beoogde immers een evenwicht tussen enerzijds de vitale behoeften van de onderhoudsgerechtigde en de belangen van diens schuldeisers (N. GALLUS, "Le recouvrement des aliments en droit interne" in E. VIEUJEAN (ed.), *Les ressources de la famille*, Brussel, Kluwer, 1992, 69-70).

Terloops dient vermeld te worden dat de onderhoudsuitkering conventioneel bedongen in een regelingsakte, voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming wel integraal beslagbaar is (M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, "Le recouvrement des créances alimentaires: état des lieux et perspectives" in X. (ed.), *L'argent pour vivre: vers une réforme globale de l'obligation alimentaire*. Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familierecht van de ULB, Brussel, Kluwer, 2000, 211). Dit is niet het geval voor de overeenkomsten met betrekking tot de onderhoudsbijdragen voor de minderjarige kinderen vermits die gehomologeerd worden door de echtscheidingsrechter.

**135** Voor de bepaling van het beslagbaar gedeelte kan uitsluitend rekening gehouden worden met de onderhoudsuitkering waarop de schuldenaar persoonlijk gerechtigd is en niet op het gedeelte van het uitgekeerd bedrag, waarop een andere onderhoudsgerechtigde aanspraak kan maken, zoals het kind, waarvoor eveneens een onderhoudsbijdrage is bepaald.

In geval van betaling van achterstallige alimentatie dient het beslagbaar deel berekend te worden per maandelijkse uitkering en niet op de totaliteit der achterstallen (Beslagr. Doornik 14 november 1986, *JLMB* 1987, 98).

Indien de schuldenaar, gerechtigd op alimentatiegeld, daarnaast ook nog loon en andere uitkeringen, vermeld in artikel 1409 Ger.W. ontvangt, worden deze bedragen samengeteld, conform artikel 1411 Ger.W. om het bedrag te bepalen dat voor beslag vatbaar is. Dit betekent dat artikel 1411, eerste lid Ger.W. oplegt, teneinde het beslagbaar deel te kunnen bepalen, dat de bedragen die ontvangen worden, zoals bepaald in artikel 1409 en weerhouden in artikel 1410, § 1 Ger.W. dienen gecumuleerd te worden.

Deze situatie doet zich voor wanneer de debiteur beschikt over meerdere uitkeringen, die onder de bescherming van artikel 1409 of van artikel 1410, § 1 Ger.W. vallen en niet enkel in geval van cumulatie van vergoedingen die onder de bescherming van beide bepalingen gecombineerd vallen. Bedoeld wordt de cumul in hoofde van de titularis van deze vergoedingen persoonlijk en niet ingevolge de samenstelling van vergoedingen die een koppel samen ontvangt. Om tot de berekening van het beslagbaar gedeelte te kunnen overgaan, dient de uitvoerende gerechtsdeurwaarder al de gegevens omtrent deze vergoedingen bij de derden-schuldenaars ervan op te vragen en te centraliseren. Het beslagbaar inkomen is samengesteld uit de nettovergoedingen, na

afrok van de verschuldigde fiscale en sociale lasten, zulks in acht genomen de bedragen die, zoals opgesomd in artikel 1410 Ger.W. niet voor beslag vatbaar zijn (N. GALLUS, “Le recouvrement des aliments en droit interne” in E. VIEU-JEAN (ed.), *Les ressources de la famille. 3ème journée d’études de l’association Famille & Droit. Faculté de droit de l’Université de Liège 12 et 13 octobre 1990*, Brussel, Kluwer, 1992, 72-73).

Het risico bestaat dat een beslag onder derden, uitgaande van derde-schuld-eisers op het beslagbaar gedeelte van alimentatie, aanleiding kan geven tot een herziening-verhoging van deze alimentatie, indien komt vast te staan dat ingevolge deze uitvoeringsmaatregel de onderhoudsgerechtigde opnieuw in een staat van behoefte terechtkomt (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Faculté de Liège, 1988, 164). Met andere woorden, de behoefte van de onderhoudsgerechtigde enerzijds en de rechten van diens schuldeisers anderzijds, kunnen ertoe leiden dat de onderhoudsplichtige tot een hoger alimentatiegeld gehouden wordt.

**136** Volledigheidshalve wordt ook verwezen naar de toepassing van artikel 1409 Ger.W. op gezinsbijslagen, overeenkomstig artikel 1410, § 2, 1° Ger.W. Beslag op kinderbijslag is dan ook enkel mogelijk indien de vordering, die het voorwerp van gedwongen uitvoering uitmaakt, betrekking heeft op een verschuldigde onderhoudsbijdrage (art. 1412, 1° Ger.W.; A. VANCLOOSTER, “Over kinderbijslagen, driehoeksverhoudingen en andere verhalen. Stand van zaken na zeventig jaar kinderbijslag voor werknemers in België”, *TSR* 2000, 235).

**137** De beperkingen en uitsluitingen, zoals bepaald in artikel 1409, 1409bis en 1410 Ger.W. werden verder uitgebreid door de nieuwe artikelen 1411bis-1411quater Ger.W., in zoverre dat de in voormelde artikelen bedoelde bedragen worden gecrediteerd op een zic h t r e k e n i n g. Dit betekent dat, naast inkomsten verworven als gevolg van de uitvoering van een arbeidsovereenkomst en sociale uitkeringen, ook de betaalde alimentatie in aanmerking komt. Hiertoe werd een coderingssysteem ingevoerd, dat via een koninklijk besluit werd uitgewerkt (ingevoerd bij de wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening (*BS* 2 juli 2004)). De wet moest in werking treden vanaf 1 juli 2005 maar gelet op de techniciteit van de materie werd deze datum niet gehaald. De betrokken artikelen werden opnieuw ingevoegd bij de artikelen 4 t.e.m. 6 wet van 27 december 2005 (*BS* 30 december 2005 ed. 2) in werking sinds 1 januari 2007 (art. 4, 1° KB 4 juli 2006, *BS* 14 juli 2006, ed. 2; M. DE THEËJE, “De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening”, *RW* 2004-05, 721 e.v.).

Iedere opdrachtgever van een betaling van een bedrag, bedoeld in de artikelen 1409 en 1410, § 1, 2° tot 8° en § 2 Ger.W. is ertoe gehouden een code toe te kennen aan deze betaling, waardoor de beschermde bedragen ook na creditering op een zichtrekening herkenbaar blijven. Van deze verplichte codering zijn echter private betalers ontslagen, met andere woorden ze zijn niet verplicht een codering toe te kennen aan hun betaling. Dit betekent dan ook dat de onderhoudsplichtige die via overschrijving van de alimentatie op de zichtrekening van de onderhoudsgerechtigde niet gesanctioneerd kan worden in geval van verzuim van de toepassing van de codering.

Zodoende wordt de volledige bescherming van artikel 1409 e.v. Ger.W. automatisch toegepast op betalingen van alimentatie verricht op een zichtrekening, doch uitsluitend op deze bedragen. Wordt aldus beslag gelegd op deze bedragen, dan is de beslagene-onderhoudsgerechtigde in de

gelegenheid het bewijs te leveren, door alle middelen van recht, dat de in beslag genomen gelden onder de wettelijke bescherming vallen, ongeacht of de codering al dan niet van verplichtend is.

**138** Indien de derde-beslagene op grove wijze verzuimt een waarheidsgetrouwe en volledige verklaring van derde-beslagene over te maken, kan hij rechtstreeks schuldenaar worden verklaard voor het geheel van de oorzaken van het beslag. Dit houdt eveneens in dat hij, in overeenstemming met artikel 1494, tweede lid Ger.W. schuldenaar wordt verklaard voor de maandelijksse onderhoudsuitkeringen die vervallen zijn na het tijdstip van het beslag, t.t.z. voor alle bedragen die na het beslag en tijdens de procedure vervallen zijn (Antwerpen 26 juli 2005, *NJW* 2006, 370, noot KB).

#### AFDELING IV

### DE SCHULDVERGELIJKING

**139** Afgezien van de beperkte beslagbaarheid van alimentatiegelden, rijst de discussie betreffende de compenseerbaarheid met en tussen alimentatieverplichtingen. Artikel 1293, 3° BW bepaalt immers dat schuldvergelijking uitgesloten is voor een schuld uit hoofde van levensonderhoud “dat verklaard is niet voor beslag vatbaar te zijn”. Bijgevolg wordt impliciet verwezen naar artikel 1409 Ger.W. dat bepalend is met betrekking tot de al dan niet beslagbaarheid van alimentatiegelden. Uit de samenhang van de artikelen 1409, § 1 en 1410, § 1, 1° Ger.W. volgt dat een onderhoudsuitkering niet vatbaar is voor beslag wanneer dit een in die artikelen bepaald bedrag per maand niet overtreft. Alle onderhoudsuitkeringen zijn bij toepassing van voormelde wetsbepalingen, vatbaar voor beslag, doch slechts vanaf een welbepaald bedrag en in bepaalde mate. Aldus is schuldvergelijking mogelijk, voor zover de toepassing van artikel 1409 Ger.W. dit mogelijk maakt. In de rechtspraak bestaat nochtans terughoudendheid m.b.t. de mogelijkheid tot compensatie, bijvoorbeeld wanneer een alimentatiegeld na herziening verminderd werd en er bijgevolg teveel werd betaald. In dat geval oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat compensatie krachtens artikel 1293, 3° BW uitgesloten is en een afwijking aan de schuldenaar van de onderhoudsbijdrage niet kan worden toegestaan (Antwerpen 25 maart 1991, *RW* 1991-92, 509).

**140** Tegen deze rechtspraak werd door de rechtsleer terecht kritiek uitgeoefend. Het is immers duidelijk dat uit de bewoordingen van artikel 1293, 3° BW volgt dat compensatie uitgesloten is voor zover een bepaalde schuld “verklaard is niet vatbaar voor beslag te zijn”. Bijgevolg dient ook met betrekking tot de schuldvergelijking, toepassing gemaakt te worden van artikel 1409 Ger.W., zodat wel degelijk doch in beperkte mate door de schuldenaar van het alimentatiegeld de compensatie ingeroepen kan worden (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Faculté de Liège, 1988, 166; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Antwerpen, Kluwer en Story-Scientia, 2001, 117; J.-P. MASSON

en N. MASSAGER, “Chronique de jurisprudence (1991 à 1993) Les personnes”, *JT* 1994, 735; A.-C. VAN GYSEL, “Sur quelques idées reçues à propos des obligations alimentaires”, *JT* 1987, 341, nr. 3; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer 2001, 107).

Zekere rechtsleer nuanceert zulks ingeval de schuldenaar van het alimentatiegeld zelf over een vordering met een alimentair karakter beschikt in de zin van artikel 1412 Ger.W. In dergelijk geval zou de compensatie onbeperkt kunnen toegepast worden, zelfs in het geval van terugvordering van teveel betaalde alimentatie (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, 108; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 320; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Faculté de Liège, 1988, 166; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, 77; zie ook in de rechtspraak: Bergen 21 juni 1988, *Pas.* 1988, II, 239; Beslagr. Brussel 25 november 1987, *RTDF* 1988, 385).

**141** Het gegeven dat compensatie uitgesloten is voor zover de bepaalde schuld “verklaard is niet vatbaar voor beslag te zijn” werd uitdrukkelijk weerhouden door het Hof van Cassatie in het arrest van 7 maart 2003 dat stelt dat wettelijke compensatie niet plaats heeft voor een schuld tot betaling van levensonderhoud tot beloop van het niet voor beslag vatbare gedeelte. Het ging *in casu* echter om een geval van schuldvergelijking tussen een schuld tot levensonderhoud en een schuldvordering tot terugbetaling van huurgelden. Uit het arrest van het Hof van Cassatie kan bijgevolg niet afgeleid worden wat het standpunt zou zijn geweest in het specifieke geval van twee onderhoudsschulden (Cass. 7 maart 2003, *NJW* 2003, 1040 en *RW* 2004-05, 225, noot; Rb. Mechelen 23 november 2001, *RABG* 2003, 119, noot M. GOVAERTS).

**142** In de eerste plaats moet opgemerkt worden dat het compensatieverbod niet van openbare orde is, hetgeen betekent dat de schuldeiser-onderhoudsgerechtigde er geheel dan wel gedeeltelijk kan van afzien, meer nog, zelf de compensatie kan voorstellen teneinde een schuld die hij heeft ten overstaan van de onderhoudsplichtige te vereffenen (Cass. 19 februari 1979, *Pas.* 1979, 722; Beslagr. Brussel 16 september 1987, *JLMB* 1987, 1431; Beslagr. Antwerpen 9 januari 2001, AR 00-4361-A, onuitg.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: le régime générale de l’obligation (1985-1995)”, *JT* 1999, 847). De onderhoudsgerechtigde kan ook met de schuldenaar een akkoord treffen omtrent de toepassing van de schuldvergelijking met betrekking tot een andere vordering, zoals onder meer betaling van schulden namens de onderhoudsgerechtigde (E. LEROY, “De la condition du créancier alimentaire envers son débiteur et à l’égard des autres créanciers”, *JT* 1998, 483, nr. 25).



Deze contractuele vrijheid is echter beperkt tot de alimentatie, verschuldigd aan de onderhoudsgerechtigde persoonlijk. De onderhoudsbijdrage, overeenkomstig artikel 203 BW raakt wél de openbare orde en staat onder de controle van de rechterlijke macht, zodat de ouders onderling niet gerechtigd zijn hierover een regeling van schuldvergelijking te treffen. Bijgevolg en ondanks de afwijkende afspraken, blijft de titel actueel en zodoende haar uitvoerbare kracht behouden (N. GALLUS, "Le recouvrement des aliments en droit interne" in E. VIEUJEAN (ed.), *Les ressources de la famille*, Brussel, Kluwer, 1992, 57).

Anderzijds kan, ingeval een verlaging of afschaffing (met retroactieve kracht) wordt nagestreefd, de onderhoudsplichtige ten overstaan van de bodemrechter machtiging vragen om tot compensatie te mogen overgaan. Ook kunnen de modaliteiten dan vastgelegd worden met betrekking tot de vereffening van de eventuele onverschuldigde uitkeringen en de alimentatie die verder in de toekomst zal vervallen (J.-Ch. BROUWERS, "Exécution provisoire et réformation subséquente: quelques réflexions spécialement en matière alimentaire", *Div.Act.* 2001, 86-87).

**143** Verder vereist een gerechtelijke compensatie dat de vordering van de v a s t s t a a n d , z e k e r e n o p e i s b a a r i s, bij gebreke waaraan de voorwaarden om tot compensatie over te gaan, krachtens artikel 1291, eerste lid BW niet vervuld zijn. Zodoende is gerechtelijke compensatie uitgesloten wanneer één van de schulden nog niet bij vonnis is vastgelegd. Het behoort daarbij niet tot de bevoegdheid van de beslagrechter om uitspraak te doen over de opheffing of wijziging van de onderhoudsverplichting, hetgeen *a fortiori* ook geldt voor ten onrechte betaalde alimentatie die ter compensatie wordt ingeroepen doch waarover de bodemrechter nog geen uitspraak heeft gedaan (Beslagr. Brugge 12 maart 2002, *T.Not.* 2003, 643).

Compensatie werd afgewezen tussen twee vorderingen met een alimentair karakter, door te verwijzen naar de aard van de onderhoudsbijdrage en de belangen van de kinderen, die niet in het gedrang mogen komen.

Schuldvergelijking is uitgesloten, wanneer de onderhoudsuitkering betrekking heeft op een onderhoudsverplichting die van openbare orde is, zoals overeenkomstig artikel 203 BW. Wanneer bij ieder der ouders een kind verblijft en zij wederzijds tot een onderhoudsbijdrage gehouden zijn, is de onderlinge compensatie uitgesloten, gezien de twee ouders niet elkaanders schuldenaar zijn, doch ieder van hen schuldenaar is ten overstaan van het kind dat de hoedanigheid van schuldeiser heeft (Beslagr. Brussel 16 juli 1992, *TBBR* 1993, 272; Beslagr. Verviers 6 oktober 1995, *Act.dr.* 1996, 318; Beslagr. Nijvel 19 maart 2003, *Div.Act.* 2004, 24, noot J.-C. BROUWERS).

Voor zover de onderhoudsuitkering geheel of gedeeltelijk, krachtens de artikelen 1409-1410, § 1, 1<sup>o</sup> Ger.W. niet voor beslag vatbaar is, kan deze niet gecompenseerd worden met de schuld in hoofde van het onderhoudsgerechtigde kind (KG Neufchâteau 21 december 1999, *RTDF* 2000, 478; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: le régime générale de l'obligation (1985-1995)", *JT* 1999, 832).

Een vader had oorspronkelijk de opheffing gevraagd van de onderhoudsbijdrage die hij zelf betaalde aan de moeder voor het andere kind dat bij haar verbleef doch de vrederechter van

Grâce-Hollogne is hierop niet willen ingaan omdat onderhoudsgelden in overeenstemming met artikel 1293, 3° BW niet kunnen worden gecompenseerd. Beide ouders hadden vergelijkbare inkomsten. De oplossing was bijgevolg dat de moeder hetzelfde bedrag zou betalen aan de vader voor het kind dat bij hem verbleef en dit ook voor de buitengewone onkosten (Vred. Grâce-Hollogne 14 november 2006, *JLMB* 2007, 768).

**144** Voormelde stelling wordt terecht in de rechtsleer bekritiseerd. Ingevolge de invoering van artikel 203*bis* BW wordt de onderhoudsbijdrage voor het gemeenschappelijke kind niet altijd in naam van het kind doch ook wel in persoonlijke naam vanwege de andere ouder gevorderd, zodat deze onderhoudsvordering een persoonlijk karakter heeft. Aldus dienen de twee vorderingen wel als wederkerig, zeker en opeisbaar beschouwd te worden. Bijgevolg, wanneer de ene onderhoudsvordering zijn grondslag vindt in de hoedanigheid van ouder en de andere als (ex-)echtgenoot, terwijl de partijen beide hoedanigheden cumuleren, worden zij als persoonlijke schuldeisers van elkaar beschouwd, zodat de schuldvergelijking mogelijk is.

Ook al hebben beiden onderhoudsverplichtingen een verschillende rechtsgrond, ze zijn wederkerig, zeker en opeisbaar, terwijl beide partijen zelf persoonlijk onderhoudsplichtigen zijn (J.-C. BROUWERS, noot onder Beslgr. Nijvel 19 maart 2003, *Div.Act.* 2004, 30-31; anders M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, “Le recouvrement des créances alimentaires: états des lieux et perspectives” in *L'argent pour vivre: vers une réforme globale de l'obligation alimentaire*, Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familierecht van de ULB, Brussel, Kluwer, 2000, 233).

**145** Indien er tussen twee alimentatievorderingen een voldoende nauwe band bestaat, kan volgens bepaalde rechtspraak en rechtsleer de toepassing van artikel 1293, 3° BW niet ingeroepen worden en is een volledige compensatie mogelijk (J.-C. BROUWERS, “Exécution provisoire et réformation subséquente: quelques réflexions, spécialement en matière alimentaire” (noot onder Antwerpen 27 juni 2000), *Div.Act.* 2001, 91-92; J.-C. BROUWERS, noot onder Beslgr. Nijvel 19 maart 2003, *Div.Act.* 2004, 27 e.v.; zie ook m.b.t. compensatie tussen een vordering buitengewone uitgaven en andere onderhoudsvorderingen: J.-E. BEERNAERT en A. RUPPOL, “A propos des fameux ‘frais extraordinaires’ (2<sup>ième</sup> partie)”, *Div.Act.* 2007, 44).

**146** De volledige schuldvergelijking werd terecht afgewezen tussen een vordering wegens achterstallige onderhoudsbijdragen en een aandeel in de tussen te komen vereffening en verdeling. Er dient immers een nauwe samenhang te bestaan tussen de wederzijdse vorderingen opdat het beperkt compensatieverbod, conform artikel 1293, 3° BW niet van toepassing zou zijn (Beslgr. Brussel 16 september 1987, *JLMB* 1987, 1431; Beslgr. Brussel 30 maart 1992, *RRD* 1993, 15; Rb. Brussel 19 januari 2001, *Rev.not.b.* 2001, 601). M.a.w. de onderhoudsschuldenaar kan zich van zijn onderhoudsverplichting niet onttrekken door te verwijzen naar een vordering die hij kan

laten gelden in het kader van de bewerkingen van vereffening en verdeling na echtscheiding om zodoende zijn onderhoudsschuld te zien compenseren met zijn aandeel in de bestaande onverdeeldheid. Bijgevoelg dient de boedelnotaris in principe geen rekening te houden met betwistingen die zich voordoen op het vlak van de onderhoudsverplichtingen.

**147** Tussen de te compenseren onderhoudsuitkeringen dient een gelijke juridische oorzaak of grondslag te bestaan, alsook een zekere continuïteit in de tijd. Op grond van deze vereisten is dan ook een compensatie uitgesloten tussen enerzijds een teveel betaald onderhoudsgeld, verschuldigd tijdens de echtscheidingsprocedure en de onderhoudsuitkering na echtscheiding, bij gebreke aan voldoende nauwe samenhang tussen beide vorderingen, zowel op gebied van de juridische oorzaak als de termijn die voorbijging sedert de teveel betaalde alimentatie effectief werd betaald (Gent 26 maart 1996, *TGR* 2000, 111). De wettelijke uitzondering op de toepassing van de schuldvergelijking tussen schulden uit hoofde van levensonderhoud wordt immers hierdoor verklaard dat de onderhoudsgerechtigde de alimentatie onmiddellijk nodig heeft om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien (M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, "Le recouvrement des créances alimentaires: états des lieux et perspectives" in *L'argent pour vivre: vers une réforme globale de l'obligation alimentaire*. Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familierecht van de ULB, Brussel, Kluwer, 2000, 232).

Zo zou enkel het bedrag dat betaald werd vóór het vonnis, dat een veroordeling inhoudt tot betaling van alimentatie, voor compensatie kunnen weerhouden worden, indien deze betaling in handen van de onderhoudsgerechtigde gold als een onderhoudsuitkering (Beslagr. Luik 14 december 1983, *RTDF* 1985, 337). Daarentegen werd de compensatie wel en in onbeperkte mate weerhouden na herziening van de onderhoudsbijdrage, meer bepaald met betrekking tot de in het verleden te veel betaalde onderhoudsbijdragen (Gent 7 februari 1995, *RW* 1995-96, 643, *Pas*, 1994, II, 43 en *Soc. Kron.* 1998, 85).

**148** Compensatie heeft zeker zijn nut wanneer terugbetaling door de onderhoudsgerechtigde problematisch is bij gebreke aan de nodige financiële middelen, terwijl de onderhoudsplichtige, die teveel betaalde geconfronteerd wordt met een gedwongen terugvordering, wanneer de onderhoudsgerechtigde weigert tot vereffening van het onverschuldigde over te gaan.

Er moet echter verwezen worden naar het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 25 maart 1991, waardoor de stelling, dat het toch, zij het in beperkte mate, compenseren van het teveel betaalde met alimentatie die in de toekomst zal vervallen, als controversieel dient beschouwd te worden. Voormelde strekking in de rechtspraak sluit de schuldvergelijking volledig uit en past artikel 1293, 3° BW strikt toe, ook wat teveel betaalde alimentatie betreft met de in de toekomst nog te vervallen onderhoudsuitkeringen (Antwerpen 25 maart 1991, *RW* 1991-92, 509).

**149** De andere strekking in rechtspraak en rechtsleer meent dat de niet toepasselijkheid van artikel 1293, 3° BW dient aanvaard te worden wanneer de tegenvordering gesteund is op ten onrechte of teveel betaalde alimentatie, als gevolg van de werking van het herzieningsvonnis.

Aldus zou het verbod van schuldvergelijking niet gelden tussen de in het verleden ten onrechte of teveel betaalde alimentatie met de nieuwe vervallen onderhoudsuitkeringen, voor zover echter de bodemrechter de schuldvergelijking niet uitgesloten heeft (J.-C. BROUWERS, “Exécution provisoire et réformation subséquente: quelques réflexions spécialement en matière alimentaire”, *Div.Act.* 2001, 86; P. ARNOU, “Verlating van familie, niet meer eisbare achterstallen en schuldvergelijking” (noot onder Antwerpen 11 april 1986), *RW* 1986-87, 1223).

**150** Uit het voorgaande kunnen de volgende drie regels worden weerhouden:

- het wettelijke principe van beperkte schuldvergelijking volgens artikel 1293, 3° BW is niet van openbare orde;
- een gewone schuldvordering is compenseerbaar met een onderhoudsschuld tot beloop van de beslagbare gedeelten;
- er is volledige compensatie mogelijk tussen twee onderhoudsschulden voor zover die wederkerig, zeker en opeisbaar zijn, er een voldoende nauw verband bestaat en het persoonlijke vorderingen betreft die in dezelfde hoedanigheid worden gesteld.

## AFDELING V

### BEWAREND EN UITVOEREND BESLAG OP GROND VAN EEN ONDERHOUDSVORDERING

**151** Teneinde de uitvoering van de onderhoudsverplichting te verzekeren, wordt de onderhoudsgerechtigde regelmatig geconfronteerd met de noodzaak tot het nemen van bewarende dan wel uitvoerende maatregelen. Alvorens nader in te gaan op de wettelijke vereisten en het nut van een beslagmaatregel, dient vooreerst gewezen te worden op de problematiek die bestaat m.b.t. de aard van de goederen, vatbaar voor inbeslagname.

**152** Beslag op lichamelijk roerende goederen is ook in het geval van een alimentatievordering uitgesloten op de goederen die, overeenkomstig artikel 1408 Ger.W. niet vatbaar voor beslag zijn verklaard. Bovendien voorziet artikel 215, § 1, tweede lid BW in een bescherming van de stofferende huisraad van de echtelijke verblijfplaats, zonder evenwel aan de onderhoudsgerechtigde echtgenoot het recht te ontnemen tot een beslagmaatregel op dergelijke roerende goederen (N. GALLUS, “Le recouvrement des aliments et droit interne” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les ressources de la famille*, Brussel, Kluwer, 1992, 66; anders: Beslagr. Brugge 13 november 1979, *RW* 1980-81, 2084; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Brussel, Bruylant, 2003, 18, nr. 17).

**153** Ingeval echtgenoten gehuwd zijn volgens een gemeenschapsstelsel, is in principe artikel 1450, eerste lid BW van toepassing, hetgeen voor gevolg heeft dat de onderhoudsgerechtigde echtgenoot, zolang het huwelijk niet ontbonden is, geen vordering kan verhalen op goederen die tot de huwgemeenschap behoren. Dit belet evenwel niet dat deze vorderingen wel verhaald kunnen worden op de eigen goederen van de onderhoudsplichtige echtgenoot (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, III.21.-1; J. GERLO, *Handboek voor familierecht, 2. Huwelijksvermogensrecht*, Brugge, die Keure, 1996, 152; E. DIRIX, "Executierechten en huwelijksvermogensrecht" in H. CASMAN en M. VAN LOOK (ed.), *Huwelijksvermogensrecht*, Topics 2, Antwerpen, Kluwer, losbl., TXII.6.-1).

**154** Met betrekking tot de beslagbaarheid van goederen, afhankelijk van het gemeenschappelijk vermogen, bestaat in de rechtspraak en rechtsleer evenwel geen eensgezindheid.

Volgens een eerste strekking is bewarend of uitvoerend beslag wel mogelijk voor alimentatievorderingen (E. DIRIX, "Executierechten en huwelijksvermogensrecht" in W. PINTENS (ed.), *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. De wet van 14 juli 1976. Een evolutie*, Antwerpen, Maklu, 1997, 228; Agen 11 juli 1945, *JT* 1947, 23; Gent 3 juli 1947, *Reg.gén.enr.not.* 1949, nr. 18761, 90). Een andere strekking meent dat dergelijke beslagmaatregel een inbreuk uitmaakt op het imperatieve principe van de onveranderlijkheid inzake de gemeenschap van goederen die slechts vereffend kan worden bij de ontbinding van het huwelijk (Beslagr. Brussel 18 januari 1974, *RW* 1974-75, 1847).

Dergelijke problemen zullen principieel niet rijzen in het geval dat de echtgenoten gehuwd zijn volgens het stelsel van scheiding van goederen. De onderhoudsgerechtigde echtgenoot kan dan zijn vordering verhalen op de eigen goederen van de onderhoudsplichtige (Cass. 6 mei 1974, *RW* 1974-75, 690), terwijl in overeenstemming met artikel 1469 BW steeds de verdeling gevorderd kan worden van goederen die zich in onverdeeldheid bevinden.

Ook na de echtscheiding, meer bepaald wanneer de onderhoudsplichtige getrouwd is, rijst een probleem van beslagbaarheid van bepaalde goederen. Achterstallige onderhoudsbijdragen betreffende de kinderen uit de eerste echt, kunnen verhaald worden, niet enkel op de eigen goederen van de onderhoudsplichtige, doch eveneens op het gemeenschappelijke patrimonium van het tweede huwelijk (Rb. Bergen 10 april 2002, *JLMB* 2002, 1513).

**155** Wanneer de goederen waarop beslag wordt gelegd in onverdeeldheid toebehoren aan de onderhoudsschuldenaar en een derde die niet tot de schuld gehouden is, blijft beslag mogelijk maar de uitvoering ervan wordt opgeschort totdat de onverdeelde eigenaar die niet de debiteur is of de beslaglegger de uit onverdeeldheidtrekking hebben bekomen. De schuldeiser heeft daartoe een eigen recht. De schuldeiser is wel verplicht overeenkomsten van onverdeeld-

heid te respecteren voor zover de duurtijd ervan de vijf jaar niet overschrijdt (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 324, nr. 415).

**156** Artikel 1412, eerste lid, 1° en 2° Ger.W. bepaalt dat de beperkingen en uitsluitingen van het beslag, zoals bepaald in de artikelen 1409 en 1410 Ger.W. niet tegenstelbaar zijn aan de onderhoudsgerechtigde, en aldus niet van toepassing in het kader van de gedwongen uitvoering van onderhoudsvorderingen. In de rechtsleer wordt hieromtrent dan ook gesproken van een “supervoorrecht” niettegenstaande het niet gaat om een “voorracht” in de zin van de Hypotheekwet.

Uitsluitend de bedragen uitgekeerd als maatschappelijke dienstverlening door het OCMW kunnen niet het voorwerp van beslag uitmaken (art. 1410, § 2, 8° Ger.W.; E. LEROY, “De la condition du créancier alimentaire envers son débiteur et à l’égard des autres créanciers”, *JT* 1998, 481; G. DE LEVAL, “Saisies des meubles incorporels” in *Droit de l’exécution. Formation permanente de huissiers de justice*, Brussel, Story-Scientia, 1996, 105; N. GALLUS, “Le recouvrement des aliments et droit interne” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les ressources de la famille*, Brussel, Kluwer, 1992, 101; M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, “Le recouvrement des créances alimentaires: état des lieux et perspectives” in *L’argent pour vivre: vers une réforme globale de l’obligation alimentaire*. Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familierecht van de ULB, Brussel, Kluwer, 2000, 214; m.b.t. de maatschappelijke dienstverlening, zie art. 1 *juncto* art. 57 Organieke Wet 8 juli 1976 betreffende de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn, de “OCMW-wet”).

Het OCMW kan niet weigeren een leefloon (verder) toe te kennen, om reden dat dit bedrag in beslag wordt genomen door de alimentatieschuldeisers van de leefloontrekkende en deze laatste tevens maatschappelijke dienstverlening geniet (E. ALOFS, “De positie van de insolvente persoon, zijn gezinsleden en alimentatiegerechtigden vanuit welzijnsrechtelijk perspectief bekeken” in X. (ed.), *Insolventierecht, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 306).

De onderliggende grondslag van de uitzondering op de beslagbaarheidsdrempels voor alimentatieschuldeisers ligt in het gegeven dat bij de vaststelling van het onderhoudsgeld de rechter reeds rekening heeft gehouden met de financiële draagkracht van de alimentatiepartijen (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Antwerpen, Kluwer en Story-Scientia, 2001, 117; in dezelfde zin Rb. Luik 12 juni 1989, *TBBR* 1990, 174).

Niet alleen de inkomsten uit arbeid, maar eveneens de schuldvorderingen, vreemd aan de beroepsactiviteit van de schuldenaar zoals bijvoorbeeld huurinkomsten, als de schadevergoedingen die de onderhoudsplichtige toekomen de zgn. overige inkomsten (art. 1409bis Ger.W. niet te verwarren met de “inkomsten uit andere activiteiten” vermeld onder art. 1409, § 1bis Ger.W.), zijn onbeperkt vatbaar voor uitvoering van de onderhoudsvordering

(N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, Editions Larcier, 2006, 326, nr. 421) voor zover de onderhoudsplichtige niet over (de noodzakelijke) inkomsten uit loon beschikt. Is dit laatste echter wel het geval dan komt de onderhoudsgerechtigde schuldeiser in concurrentie met de overige schuldeisers van de onderhoudsplichtige. De regels van de samenloop dienen dan toegepast te worden. Dit betekent dat voor deze bronnen van inkomsten en geldsommen artikel 1412 Ger.W. dan niet van toepassing is (K. VANLEDE, “Het belang van een uniforme kwalificatie van de ontvangstmachtiging”, *EJ* 2001, 45-46).

De niet-toepasselijkheid van de beslagbaarheidsdrempels geldt wanneer de overdracht of het beslag wordt verricht voor één van de wettelijk ingestelde onderhoudsverplichtingen:

- van de ouders t.o.v. hun kinderen (art. 203, 203bis BW);
- van de vermoedelijke verwekker van een kind t.o.v. dit kind (art. 336 BW);
- tussen adoptant en geadopteerde en diens afstammelingen (art. 364 (oud) BW en art. 353-14 BW);
- t.o.v. van descendente(n) en/of ascendenten en tussen schoonkinderen en schoonouders (artt. 205, 206, 207 BW); of
- tussen echtgenoten, zowel tijdens het huwelijk (art. 213, 221 BW), als tijdens de scheiding van tafel en bed (art. 1306 Ger.W.) of tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.), als na de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding (art. 301 en de oude artt. 301, 306, 307 BW, verder art. 1288 Ger.W.).

Het supervoorrecht strekt enkel ten voordele van de alimentatieschuldeiser persoonlijk en geldt dus niet voor diens rechtsoptvolgers (Luik 23 oktober en 21 december 2006, *Rev.not.b.*2007, 335, *in casu* de erfgenamen die de vordering van hun overleden moeder uitoefenden, aangehaald in E. DIRIX, “Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (2002-2007)”, *TPR* 2007, 2079).

De onderhoudsvordering die in het actief van de opengevallen nalatenschap van de overleden moeder valt, heeft ingevolge het overlijden het karakter van een vordering *intuitu personae* verloren en bijgevolg ook de bescherming van artikel 1412 Ger.W. (Luik 23 oktober 2006 en 21 december 2006, *JLMB* 2007, 642, met verwijzing naar N. GALLUS en U. LEBE-DESSARD, *Rép.Not.*, tome III, livre IV, 322, n° 413 en H. DE PAGE en J.-M. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les Personnes*, vol. 1, Brussel, Bruylant, 1990, 502).

**D w a n g s o m m e n** die door de rechter worden opgelegd bij toepassing van artikel 387ter, § 1, voorlaatste lid BW in geval van uitvoeringsmoeilijkheden van rechterlijke beslissingen met betrekking tot de huisvesting van de kinderen of het recht op persoonlijk contact, vallen ook onder het “supervoorrecht” van artikel 1412 Ger.W. (3° ingevoegd bij art. 5 wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *BS* 4 september 2006).

**157** Naast de voormelde regel van niet-tegenstelbaarheid van de beslagbeperkingen aan de schuldeiser van alimentatiegelden bestaat het zgn. “super-

voorrecht” nog uit een tweede beschermende (dubbele) regel (laatste lid van art. 1412 Ger.W.) t.w.:

- bij samenloop met andere schuldeisers moeten deze de beslagbepalingen wel ondergaan;
- wanneer zij hun rechten uitoefenen op de beslagbare gedeelten dan kan dit maar nadat eerst werd rekening gehouden met het bedrag dat toekomt aan de alimentatieschuldeiser d.w.z. dat indien daardoor de beslagbare gedeelten uitgeput zijn, zij hun rechten niet meer kunnen uitoefenen.

De door de alimentatieschuldeisers overeenkomstig artikel 1412, tweede lid Ger.W. genoten voorrang betreft het beslag of de overdracht van de in artikel 1409 Ger.W. e.v. bedoelde bedragen. Op andere inkomsten dan deze opgesomd in deze wetsbepalingen geniet de vordering tot onderhoud in principe geen voorrang. Ook interesten verschuldigd op de alimentatieschulden vallen buiten het voorrecht (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Antwerpen, Kluwer en Story-Scientia, 2001, 117).

Met de voorrang van alimentatieschuldeisers moet logischerwijze rekening worden gehouden bij de berekening van het voor overdracht of beslag vatbaar gedeelte van de inkomsten van de schuldenaar. De vraag is of bij samenloop van alimentatieschuldeisers en gewone schuldeisers eerst het voor beslag vatbaar gedeelte van het loon wordt berekend, waarvan vervolgens de alimentatieschulden worden afgetrokken, dan wel of het loon eerst verminderd moet worden met de alimentatieschulden om vervolgens op het saldo het voor beslag vatbare gedeelte te berekenen.

Het Hof van Cassatie besliste in het arrest van 14 september 1989 dat de eerstvermelde berekeningswijze gehanteerd moet worden. Deze berekeningswijze vloeit voort uit de letterlijke, grammaticale interpretatie van de wetsbepaling zelf en zij strookt bovendien met het opzet van de artikelen 1409 e.v. Ger.W., zijnde de bekommernis van de bescherming (van het loon) van de beslagene (Cass. 14 september 1989, *RW* 1989-90, 772, noot R. BOES).

Deze stellingname impliceert dat wanneer de onderhoudsgelden het voor beslag- of overdracht vatbare gedeelte opgebruiken, geen inhouding meer kan worden uitgevoerd, zelfs niet om een vroeger aan een derde toegestane overdracht uit te voeren. Indien het onderhoudsgeld of de delegatie het voor beslag of overdracht vatbaar gedeelte overtreft, moet het saldo worden afgetrokken van het niet voor beslag- of overdracht vatbare gedeelte. Wanneer meerdere alimentatieschuldeisers met elkaar in samenloop komen, geldt tussen hen de evenredigheidsregel (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Antwerpen, Kluwer en Story-Scientia, 2001, 121).

**158** Toelating tot bewarend beslag kan verleend worden, wanneer aan de vereisten, conform artikel 1415 Ger.W. is voldaan, zelfs wanneer de verzoevende echtgenoot nog niet beschikt over een gerechtelijke uitspraak die het bedrag van de onderhoudsuitkering bepaalt. De schuldvordering van de on-



derhoudsgerechtigde is immers gesteund op een wettelijke verplichting, in het bijzonder artikel 213 BW (Beslagr. Brussel 15 mei 1986, *RTDF* 1988, 305).

Een bewarend beslag kan nuttig zijn, wanneer verjaring van de uitkering, overeenkomstig artikel 2277 BW dreigt of er gevaar is op onbeschikbaarheid van de goederen van de onderhoudsplichtige wanneer deze uit zijn patrimonium dreigen te verdwijnen (N. GALLUS, "Le recouvrement des aliments et droit interne" in E. VIEUJEAN (ed.), *Les ressources de la famille*, Brussel, Kluwer, 1992, 40 e.v.).

**159** Verder moet verwezen worden naar het periodieke karakter van de onderhoudsverplichting. Wanneer voornamelijk met betrekking tot een uitvoerend beslag onder derden in rechtspraak en rechtsleer lange tijd onenigheid bestond of dit uitvoerend beslag ook mogelijk was voor toekomstig te vervallen onderhoudsuitkeringen, heeft het Hof van Cassatie bij arrest van 8 maart 1991 gesteld dat het uitvoerend beslag niet mogelijk is voor de nog in de toekomst te vervallen alimentatie (Cass. 8 maart 1991, *RW* 1991-92, 43). Daarna werd artikel 1494 Ger.W. aangepast in de zin dat zulks wel mogelijk is. Een tweede lid werd toegevoegd door artikel 6 van de wet van 29 mei 2000 houdende oprichting van een centraal bestand van berichten van beslag, delegatie, overdracht en collectieve schuldenregeling, alsook tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (*BS* 9 augustus 2000): "Wanneer voornoemd beslag echter gelegd wordt om de betaling te verkrijgen van vervallen termijnen van een schuldvordering betreffende periodieke inkomsten, kan het ook plaatsvinden om de betaling te verkrijgen van de nog te vervallen termijnen, naarmate die vervallen".

Nochtans kan het aangewezen zijn in geval van gevaar voor insolventie, om tegelijkertijd uitvoerend beslag te leggen voor de vervallen onderhoudsuitkeringen en bewarend beslag, voor de toekomstig te vervallen uitkeringen (E. LEROY, "De la condition du créancier alimentaire envers son débiteur et à l'égard des autres créanciers", *JT* 1998, 488). Ook al bestaat thans, krachtens artikel 1494 Ger.W., de mogelijkheid tot het leggen van uitvoerend beslag onder derden voor de in de toekomst te vervallen onderhoudsgelden, een bewarend beslag blijft zijn belang in dergelijke situatie behouden.

De aanvulling van artikel 1494 Ger.W. met een tweede lid biedt de mogelijkheid om middels een uitvoerend beslag van welke aard ook (dus niet enkel een uitvoerend beslag onder derden) de in de toekomst te vervallen termijnen op grond van een vroeger betekend exploit in te vorderen. Het ganse patrimonium van de debiteur kan (onder voorbehoud van wat hierboven werd gezegd) aldus het voorwerp van beslag uitmaken voor alimentatievorderingen (E. DIRIX en S. BRIJS, "De centralisatie van de beslagberichten en de andere wijzigingen van het beslagrecht", *RW* 2000-01, 45-46).

De schuldeiser is dus niet verplicht, telkens wanneer er een nieuwe termijn vervallen is van de verschuldigde alimentatie, om de beslagprocedure opnieuw te herbeginnen. Om redenen van proceseconomie behoudt de titel krachtens welke beslag werd gelegd zijn uitvoerbare waarde voor de nog te vervallen termijnen wat nog niet betekent dat onmiddellijk en eenmalig kan worden opgevorderd wat nog moet vervallen in de toekomst (Luik (7de kamer) 15 maart 2007, *JLMB* 2007, 61).

Het is noodzakelijk doch voldoende dat een schuldvordering bestaat, zij het virtueel, m.a.w. "in wording" op het ogenblik dat de beslagmaatregel getroffen wordt.

Wanneer het nagestreefde doel de volledige betaling is van de in de toekomst te vervallen alimentatiegelden, kan dit thans bereikt worden zowel door een beslag onder derden als een ontvangstmachtiging. Het enig wezenlijke verschil is de kostprijs (A.-C. VAN GYSEL, "Modifications du droit des saisies et la situation du créancier alimentaire impayé", *Div.Act.* 2002, 2-3; zie ook in verband met de ontvangstmachtiging en het beslag onder derden: Antwerpen 26 juli 2005, *NJW* 2006, 370, noot KB).

Wanneer collusie te vreezen valt tussen bijvoorbeeld de onderhoudsplichtige werknemer en zijn werkgever, dan heeft het beslag onder derden wel het voordeel dat de werkgever verplicht is een verklaring van derde-beslagene af te leggen. Dat vermindert de kans op bedrieglijke verzwijging en achterhouden van verschuldigd loon.

Immers, indien de derde-beslagene op grove wijze verzuimt een waarheidsgetrouwe en volledige verklaring van derde-beslagene over te maken, kan hij rechtstreeks schuldenaar worden verklaard voor het geheel van de oorzaken van het beslag. Dit houdt eveneens in dat hij, overeenkomstig artikel 1494, tweede lid Ger.W. schuldenaar wordt verklaard voor de maandelijkse onderhoudsuitkeringen die vervallen zijn na het tijdstip van het beslag, t.t.z. voor alle bedragen die na het beslag en tijdens de procedure vervallen zijn.

**160** Uitvoerend beslag op de goederen van de onderhoudsplichtige geschiedt op grond van een uitvoerbare titel waarover de onderhoudsgerechtigde beschikt, en op voorwaarde dat deze titel actueel is.

Wat betreft de actualiteit van de titel en de betwistingen omtrent de uitvoering ervan, kan verwezen worden naar de problematiek omtrent de teveel betaalde alimentatie en onverschuldigde betaling. Zie *verder* nrs. 178-195.

Zo beschikt de onderhoudsgerechtigde niet meer over een uitvoerbare titel, meer bepaald met betrekking tot zijn onderhoudsgeld van zodra de uitspraak betreffende de echtscheiding in kracht van gewijsde is getreden. De titel, die hem op grond van artikel 1280 Ger.W. een onderhoudsgeld toekeende is niet langer uitvoerbaar. Indien de onschuldige echtgenoot nagelaten heeft voor de

echtscheidingsrechter een onderhoudsvordering, overeenkomstig artikel 301 BW te stellen (eventueel ten provisonale titel), terwijl ondertussen het huwelijk door de echtscheiding werd ontbonden, kan hij na het in kracht van gewijsde treden van de echtscheidingsuitspraak, naar de toekomst toe de betaling van een alimentatie niet langer afdwingen. Hij beschikt dan niet meer over een actuele titel.

## AFDELING VI

### PROCEDURE VAN ANTICIPATIEVE VERDELING (ART. 1390bis GER.W.)

**161** Het artikel 1390bis Ger.W. voorziet in de mogelijkheid van een globale herziening van de alimentatieschulden van de onderhoudsplichtige indien deze met verscheidene alimentatiegerechtigden tegelijk geconfronteerd wordt. Wanneer op grond van de artikelen 203ter, 220 § 3, 221, 301bis (oud) thans 301, § 11 BW of artikel 1280, zesde lid Ger.W. om ontvangstmachtiging wordt gevorderd ter betaling van onderhoudsschulden, worden de andere alimentatieschuldeisers die reeds titularis zijn van dergelijke sommendelegatie of die beslag hebben laten leggen uit hoofde van hun alimentatieschuld, in de zaak betrokken. Bovendien is de alimentatieschuldenaar vrij om de andere onderhoudsschuldeisers die niet over een sommendelegatie beschikken, noch beslag hebben laten leggen, in de zaak te betrekken. De rechter zal dan naar billijkheid de beschikbare sommen onder de verschillende alimentatieschuldeisers moeten verdelen. Hij heeft daarbij een zeer grote beoordelingsvrijheid en moet geen rekening houden met enige voorrangregel, noch met een pondspondsgewijze verdeling. Elk risico op incoherentie wordt vermeden doordat de gehele situatie wordt voorgelegd aan éénzelfde rechter (S. BRAT, "Le règlement collectif des dettes sous l'angle du droit de la famille" in G. BOLIAU (ed.), *Divorce. Commentaire pratique*, Brussel, Kluwer, losbl., deze auteur spreekt van een vorm van "collectieve alimentatieschuldenregeling").

De onderhoudsplichtige die geconfronteerd wordt met verscheidene onderhoudsaanspraken kan echter niet zelf het initiatief nemen tot het instellen van de procedure bepaald in artikel 1390bis Ger.W. Het is slechts bij vordering van een nieuwe ontvangstmachtiging door één van de onderhoudsgerechtigde personen dat de procedure toepassing vindt. In geval van samenloop van onderhoudsaanspraken, zal de onderhoudsgerechtigde dan ook twee keer nadenken over de slaagkans van een vordering tot ontvangstmachtiging, rekeninghoudend met de procedure van de anticipatieve verdeling en eventueel geneigd zijn om zijn vordering te beperken tot een (gewone) onderhoudsvordering zonder ontvangstmachtiging (E. ALOFS, "De positie van de insolvente persoon, zijn gezinsleden en alimentatiegerechtigden vanuit welzijnsrechtelijk

perspectief bekeken” in X. (ed.), *Insolventierecht, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 312).

## AFDELING VII

### DE ZEKERHEDEN

**162** De onderhoudsuitkering maakt een “gewone schuld” uit, hetgeen betekent dat de onderhoudsgerechtigde niet beschikt over enige persoonlijke dan wel zakelijke zekerheid, teneinde verzekerd te zijn van de naleving van zijn onderhoudsvordering door de onderhoudsplichtige. Met andere woorden, de wetgever heeft niet voorzien in enige zekerheid met betrekking tot alimentatie, zodat de onderhoudsvordering een gewone chirografaire vordering is (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 66). Hierop geldt slechts één uitzondering, t.w. wanneer in geval van onderhoudsvordering op de nalatenschap, conform artikel 205bis, § 4 BW, deze niet als kapitaal uit de nalatenschap wordt genomen. Alsdan wordt een voldoende waarborg verschaft opdat de uitkering van het levensonderhoud zou gewaarborgd zijn en zulks naar keuze van de erfgenamen.

De bodemrechter is niet gemachtigd om de schuldenaar van een gewone onderhoudsverplichting te veroordelen tot het stellen van een zekerheid, zoals het verstrekken van een hypothecaire inschrijving of een inpandgeving. Schuldeisers kunnen immers uitsluitend beschikken over een zekerheidstelling, wanneer dit wettelijk is bepaald (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité I*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 469).

Ingeval de onderhoudsuitkering een conventioneel karakter heeft, zoals de onderhoudsuitkeringen opgenomen in de overeenkomsten, voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming, is het de partijen wel toegestaan om de naleving ervan te verzekeren door onder meer de vestiging van een hypotheek, onverminderd de mogelijkheid om clausules van loonoverdracht en ontvangstmachtiging in die akten op te nemen (F. BUYSENS, “Regelingsakte en familierechtelijke overeenkomsten, aandachtspunten” in *Echtscheiding door onderlinge toestemming. Verslagboek Notariële vormingsdagen van de Nederlandstalige Gemeenschapsraad van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat*, Brugge, die Keure, 2002, 39).

**163** Het stellen van een zekerheid onderscheidt zich van de gedwongen invordering van verschuldigde alimentatie.

Indien in het laatste geval de vordering van de onderhoudsgerechtigde in samenloop komt met vorderingen van andere schuldeisers van de schuldenaar, zal de vordering van de onderhoudsgerechtigde bij voorrang kunnen uitgevoerd worden krachtens artikel 1412, tweede lid Ger.W., zodat op het

niveau van naleving der onderhoudsverplichting wel in een bescherming van de onderhoudsgerechtigde is voorzien. Bovendien gelden voor onderhoudsvorderingen de grenzen van onbeslagbaarheid niet.

In de rechtsleer wordt deze voorrang op andere schuldvorderingen betiteld als “het supervoorrecht” (E. DIRIX, “Executierechten en huwelijksvermogensrecht” in H. CASMAN en M. VAN LOOK (ed.), *Huwelijksvermogensrecht*, Topics 2, Antwerpen, Kluwer, 1999, TXII.6.-1; N. GALLUS, “Le recouvrement des aliments en droit interne” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les ressources de la famille*, Brussel, Kluwer, 1992, 117; M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, “Le recouvrement des créances alimentaires: état des lieux et perspectives” in *L’argent pour vivre: vers une réforme globale de l’obligation alimentaire – Actes du Colloque organisé par l’unité de droit familial de l’U.L.B.*, Brussel, Kluwer, 2000, 244-245; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 113-114; K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 217, nr. 333; E. DIRIX, “Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (2002-2007)”, *TPR* 2007, 2079).

Nochtans is de voorrang niet gelijk te stellen met het “voorrecht” zoals het bepaald is in de Hypotheekwet. Een onderhoudsvordering is op zich geen bevoorrechte vordering het blijft een chirografaire vordering maar dan wel een met een versterkte bescherming of met het effect van een voorrecht (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 329, nr. 428).

## AFDELING VIII

### DE COLLECTIEVE SCHULDENREGELING

#### § 1. Inleiding

**164** De wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslaggenomen onroerende goederen (*BS* 31 juli 1998) biedt de schuldenaar de mogelijkheid een uitzichtloze financiële toestand te saneren, en stelt hem in staat met zijn gezin een menswaardig bestaan te leiden. Hierbij dient te worden opgemerkt dat uitsluitend natuurlijke personen, niet-handelaars, zich op deze schuldenregeling kunnen beroepen (E. DE SMAELE, “De Wet betreffende de collectieve schuldenregeling”, *AJT* 1998-99, 437).

**165** De procedure bestaat uit een minnelijke aanzuiveringsregeling, zijnde de eerste fase, en bij gebreke aan overeenstemming tussen schuldenaar en zijn schuldeisers de gerechtelijke aanzuiveringsregeling, de tweede fase. Deze laatste is verplichtend indien niet binnen een termijn van vier maanden een ak-

koord met de schuldeisers getroffen kan worden (E. DIRIX en A. DE WILDE, "Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling" in E. DIRIX en P. Taelman (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 24-25).

Alle schulden, zowel de reeds vervallen als in de toekomst te vervallen schulden, met inbegrip van professionele, zoals deze van vrije beroepen of zelfstandigen-niet handelaars, bijvoorbeeld landbouwers, vallen onder deze wettelijke regeling, zulks voor zover een duurzaam onevenwicht vaststelbaar is tussen enerzijds de schuldenlast en anderzijds de regelmatige inkomsten.

## § 2. Beschikking van toelaatbaarheid

**166** Om toegelaten te worden tot de collectieve schuldenregeling wordt vanwege de schuldenaar niet geëist dat hij steeds te goeder trouw is opgetreden, behoudens ingeval hij zijn insolventie kennelijk zou georganiseerd hebben. Dit dient *prima facie* door de beslagrechter te worden vastgesteld (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 13-14).

Daartegenover wordt vanwege de schuldenaar wel een procedurele goede trouw verlangd, die veronderstelt dat een omstandig verzoekschrift wordt neergelegd dat een juist beeld weergeeft van de financiële toestand. Ingeval de beslagrechter naderhand zou vaststellen dat deze procedurele goede trouw miskend werd, kan zulks tot de herroeping van de beschikking van toelaatbaarheid leiden evenals van de minnelijke of gerechtelijke aanzuiveringsregeling (E. DIRIX en A. DE WILDE, "Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling" in E. DIRIX en P. Taelman (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 30).

**167** Wanneer de echtgenoot-schuldenaar het verzoekschrift deponeert voor de beslagrechter van zijn woonplaats, dient hij alleszins melding te maken of hij al dan niet gehuwd is of samenwonend en bovendien dient hij de identiteit van de andere echtgenoot of van zijn samenwoner op te geven, evenals het geldende huwelijksvermogensstelsel.

Hierbij dient een gedetailleerde opgave te worden gedaan van zowel het eigen als het gemeenschappelijke vermogen, t.t.z. activa als passiva indien zij gehuwd zijn volgens het wettelijk stelsel, als van het eigen vermogen van de andere echtgenoot-niet-verzoeker, overeenkomstig artikel 1675/4, § 2, 6°, 7° en 8° Ger.W.

De schuldeiser heeft er alle belang bij om de samenstelling van de drie vermogens te kennen, indien de schuldenaar-verzoeker gehuwd is volgens het wettelijk stelsel, daar de gemeenschappelijke schulden, of deze waartoe de

echtelieden hoofdelijk gehouden zijn, verhaalbaar zijn op deze vermogens (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 21).

Deze verplichte opgave van de identiteit van de andere echtgenoot of samenwoner, als de opgave van de samenstelling der vermogens, biedt het voordeel dat deze persoon onmiddellijk gekend is, terwijl deze laatste mogelijks op de hoogte is van het procedurele initiatief van de alimentatieschuldenaar. Bovendien verhindert de echtscheidingsprocedure niet dat beide echtgenoten gezamenlijk een verzoekschrift neerleggen (E. DIRIX en A. DE WILDE, “Materieel-rechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling” in E. DIRIX en P. TAELEMAN (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 31).

De andere echtgenoot of samenwoner, ongeacht of hij al dan niet alimentatiegerechtigd is, zal steeds bij de aanzuiveringsregeling worden betrokken. De collectieve schuldenregeling heeft immers betrekking op de situatie van beide echtgenoten of samenwoners (P. TAELEMAN en K. BROECKX, “Procedurele aspecten van de collectieve schuldenregeling” in E. DIRIX en P. TAELEMAN (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 79). Tevens wordt de beslissing omtrent de toelaatbaarheid van het verzoek tot collectieve schuldenregeling ter kennis gebracht. Binnen de drie dagen na de uitspraak deelt de griffier verplichtend bij gerechtsbrief de beschikking van toelaatbaarheid mee, onder meer aan de andere echtgenoot of samenwoner die zelf geen verzoeker is (P. TAELEMAN en K. BROECKX, “Procedurele aspecten van de collectieve schuldenregeling” in E. DIRIX en P. TAELEMAN (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 83).

Deze laatste dient immers in de gelegenheid te worden gesteld om aan een oplossing tot sanering van de schuldenlast te kunnen meewerken. Die kan mogelijks bestaan in het vervreemden van de goederen, afhankelijk van het gemeenschappelijke vermogen.

**168** De echtgenoot of samenwoner, niet-verzoeker beschikt daarenboven over de mogelijkheid om tegen de beschikking van toelaatbaarheid derden-verzet aan te tekenen, zulks binnen de maand na verzending van de gerechtsbrief, wanneer hij meent dat zijn rechten in gevaar komen (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 71).

De gewezen echtgenoot kan er dus belang bij hebben om in eigen naam evenals namens het kind, geboren uit de relatie met de verzoeker-schuldenaar, de herroeping van het gerechtelijk aanzuiveringsplan na te streven.

Indien de verzoeker-schuldenaar het bestaan van vervallen en in de toekomst nog te vervallen onderhoudsuitkeringen heeft verzwegen, geeft dit wel degelijk aanleiding tot herroeping van de beschikking van toelaatbaarheid, temeer daar verschuldigde alimentatie in het kader van de collectieve schuldenregeling een prioritaire schuld uitmaakt.

Het kwaadwillig verzwijgen van de verschuldigde onderhoudsuitkeringen kan hersteld worden door het aanbrengen van de nodige correcties aan de lijst der schuldvorderingen en de opname van de alimentatie in het aanzuiveringsplan, waarbij rekening gehouden wordt met het bijzonder karakter van de alimentatieschuld in het kader van collectieve schuldenregeling (Luik 17 februari 2004, *JLMB* 2004, 743).

Bovendien belet niets dat de echtgenoot of samenwoner, niet-verzoeker vrijwillig in de procedure tussenkomt (E. DE SMAELE, “De Wet betreffende de collectieve schuldenregeling”, *AJT* 1998-99, 439).

Verdere publiciteit aan de beschikking van toelaatbaarheid wordt gegeven door middel van een bericht van collectieve schuldenregeling, dat wordt gevoegd bij de berichten van beslag overeenkomstig artikel 1390<sup>quinquies</sup> Ger.W. Dit is van belang daar de uitvoeringsmaatregelen zijn opgeschort.

**169** De beschikking omtrent de toelaatbaarheid doet een toestand van samenloop ontstaan, die leidt tot onbeschikbaarheid van het vermogen van de schuldenaar-verzoeker. Principieel wordt geen onderscheid gemaakt tussen de chirografaïre, de bevoorrechte, de pandhoudende of de hypothecaïre schuldeisers, alhoewel deze laatsten hun voorrang behouden.

Daartegenover heeft deze samenloop betrekking op het vermogen, zijnde de boedel, meer bepaald de activa, zowel samengesteld uit de bestaande als de toekomstige goederen, inbegrepen de goederen die door schenking of erfopvolging worden verworven, en waarop de schuldeisers hun vordering kunnen laten gelden (A. DE WILDE, “Collectieve schuldenregeling voor particulieren”, *RW* 1998-99, 662).

**170** De alimentatiegerechtigde neemt evenwel onder de schuldeisers een bijzondere plaats in. De onderhoudsplichtige-verzoeker is gerechtigd om tijdens het verdere verloop van de procedure, de te vervallen alimentatie te betalen, behoudens indien deze betrekking zou hebben op achterstallen.

Zodoende kan onder dezelfde voorwaarden ook de loondelegatie verder worden uitgevoerd en kan de alimentatiegerechtigde echtgenoot ook verdere uitvoeringsdaden stellen (E. DE SMAELE, “De Wet betreffende de collectieve schuldenregeling”, *AJT* 1998-99, 440; M. FORGES, “Recouvrement des créances d'aliments” in G. BOLIAU (ed.), *Divorce. Commentaire pratique*, Diegem, Kluwer, IX<sup>bis</sup>.2.5-3, nr. 5.6: de uitvoering van de delegatie wordt opgeschort ingevolge de toepassing van collectieve schuldenregeling, terwijl het aanbevelenswaardig is dat de derde-schuldenaar enkel nog aan de schuldbemiddelaar de toekomstig te vervallen alimentatie betaalt, ook al bepaalt arti-



kel 1675/7, § 3 Ger.W. dat de onderhoudsvorderingen in de toekomst dienen nageleefd te worden. In dezelfde zin: K. VANLEDE, "De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 73).

Ontegensprekelijk blijft de ontvangstmachtiging haar nut behouden. Ook al werd een collectieve schuldenregeling uitgewerkt, dan sluit dergelijke schuldenregeling de ontvangstmachtiging niet uit en schorst ze deze alleszins niet op (K. VANLEDE, "De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 74; *anders* Vred. Doornik 16 mei 2000, *Div.Act.* 2000, 95; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 346, nr. 453).

**171** Iedere vorm van betaling van achterstallen is echter uitgesloten, inbegrepen de toepassing van de schuldvergelijking (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 31).

Daarentegen blijft de onderhoudsverplichting in hoofde van de verzoeker, overeenkomstig artikel 1675/7, § 3 Ger.W. bestaan, waarbij de nadruk gelegd moet worden op de p l i c h t in hoofde van de onderhoudsplichtige, hetgeen in het kader van de collectieve schuldenregeling niet kan geïnterpreteerd worden als een faculteit. De schuldenaar heeft ter zake geen beoordelingsvrijheid, hij is verplicht, voor zover mogelijk, zijn alimentatieschulden te voldoen. Door de alimentatieschulden te laten oplopen zou de schuldenaar immers zijn onvermogen nog vergroten, wat nu niet precies de bedoeling is van de wet. Het niet-betalen van de lopende onderhoudsvorderingen kan gesanctioneerd worden door de herroeping van de procedure (E. VIEUJEAN, "Aliments et surendettement" in X. (ed.), *Les procédures de règlement collectif du passif*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 81; S. BROUWERS, "Collectieve schuldenregeling en onderhoudsbijdragen voor kinderen" (noot onder Gent 30 september 2002), *RABG* 2004, 1247; E. ALOFS, "De positie van de insolvente persoon, zijn gezinsleden en alimentatiegerechtigden vanuit welzijnsrechtelijk perspectief bekeken" in X. (ed.), *Insolventierecht, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 321).

**172** Volgens een andere strekking zou de onderhoudsplichtige arbitrair kunnen beslissen, van zodra de toelaatbaarheid van de vordering tot collectieve schuldenregeling weerhouden is, al dan niet, geheel of gedeeltelijk de onderhoudsschulden te blijven voldoen (A.-C. VAN GYSEL en C. THOMASSET, "Du règlement collectif de dettes et d'autres modifications de la possibilité d'exécuter une décision en matière d'aliments", *Div.Act.* 1999, 21).

Deze stelling kan moeilijk bijgetreden worden, gezien krachtens artikel 1675/7, § 3 Ger.W. uitdrukkelijk bepaald is dat de betaling van de te vervallen onderhoudsschuld niet als een bevoordeling van een schuldeiser wordt beschouwd. Bijgevolg moet onder de gehanteerde terminologie van de “bevoordeling van een schuldeiser” dienen verstaan te worden dat in hoofde van de verzoeker-onderhoudsschuldenaar wel degelijk de verplichting blijft bestaan om de lopende onderhoudsschulden te blijven voldoen (E. VIEUJEAN, “Aliments et surendettement”, *RTDF* 1999, 624).

Zulks wordt bevestigd door het feit dat de onderhoudsgerechtigde wat de te vervallen onderhoudsuitkeringen betreft maar niet voor achterstallen, verder uitvoeringsdaden kan stellen, zoals het leggen van beslagen en de loonoverdracht, onverminderd het feit dat de bestaande loondelegatie verder kan uitgevoerd worden (Gent 19 februari 2008, *NJW* 2009, 35, noot G. VERSCHULDEN, het hof benadrukt dat het hier gaat om zogenaamde *boedelschulden* die niet onderworpen zijn aan de samenloop die ontstaat bij toepassing van art. 1675/2, § 1, eerste lid Ger.W.; E. DIRIX, “Overzicht van Rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (1997-2001)”, *TPR* 2002, 1304).

**173** Wie de in de toekomst te vervallen onderhoudsuitkeringen daadwerkelijk dient te betalen, zijnde de verzoeker-onderhoudsplichtige, dan wel de schuldbemiddelaar, werd niet uitdrukkelijk door de wetgever bepaald.

Eenzijds voorziet artikel 1675/13, § 1, tweede punt Ger.W., in een aanzuiveringsregeling na de tegeldemaking van de voor beslag vatbare goederen op grond van de gelijkheid onder de schuldeisers, *b e h o u d e n s* wat de onderhoudsverplichting betreft, en anderzijds is er artikel 1675/13, § 3, eerste punt Ger.W. dat de rechter niet machtigt om kwijtschelding te verlenen voor de nog niet vervallen onderhoudsuitkeringen. Deze bepalingen maken het minstens wenselijk dat het de schuldbemiddelaar is die de onderhoudsuitkering aan de gerechtigde betaalt (E. VIEUJEAN, “Aliments et surendettement”, *RTDF* 1999, 624).

### **§ 3. Minnelijke aanzuiveringsregeling**

**174** Zodra de beslagrechter een schuldbemiddelaar heeft aangewezen, beschikt deze laatste over een termijn van vier maanden om een minnelijke aanzuiveringsregeling op te stellen. Hoe lang de regeling zelf mag duren wordt door de wet niet bepaald. Duurt ze te lang dan kan dit strijdig zijn met de doelstellingen van de wet, t.w. het verschaffen van de mogelijkheid tot een nieuwe start aan de schuldenaar, en verder de verplichting om voor de schuldenaar en zijn gezin een menswaardig leven te garanderen.

In deze fase beschikken de partijen over een zeer grote vrijheid omtrent de te nemen maatregelen en dus ook over de mogelijkheid om te verzaken aan hun rechten. Alimentatieschuldeisers kunnen echter enkel verzaken aan reeds vervallen onderhoudsschulden. Nog lopende onderhoudsschulden kunnen niet

kwijtgescholden worden, zelfs niet met toestemming van de alimentatieschuldeiser, daar men niet kan verzaken aan zijn bestaansmiddelen (E. ALOFS, "De positie van de insolvente persoon, zijn gezinsleden en alimentatiegerechtigden vanuit welzijnsrechtelijk perspectief bekeken" in X. (ed.), *Insolventierecht, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 324).

#### § 4. Gerechtelijke aanzuiveringsregeling

**175** Het gerechtelijk aanzuiveringsplan, en de maatregelen die door de rechter aan de verzoeker, krachtens artikel 1675/12, § 1 Ger.W. worden opgelegd, nadat een poging tot minnelijke aanzuiveringsregeling vruchteloos bleek te zijn, voorziet niet in een bijzondere regeling wat de alimentatieschulden betreft (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 52).

De rechter kan evenwel, in de gerechtelijke aanzuiveringsregeling, krachtens artikel 1675/12, § 4 Ger.W. in afwijkingen voorzien wat de toepassing van artikel 1409 tot 1412 Ger.W. betreft, hetgeen onder meer kan inhouden dat de alimentatie, waarop de schuldenaar gerechtigd is, vatbaar voor beslag is boven de gemeenrechtelijke regeling, overeenkomstig artikel 1410, § 1, 1° Ger.W. (M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, "Le recouvrement des créances alimentaires: état des lieux et perspectives" in *L'argent pour vivre: vers une réforme globale de l'obligation alimentaire. Actes du colloque organisé par l'unité de droit familial de l'U.L.B.*, Brussel, Kluwer, 2000, 260).

#### § 5. Gerechtelijke kwijtschelding

**176** Wanneer blijkt dat de hierbovenvermelde maatregelen ontoereikend zijn om de financiële toestand van de schuldenaar te herstellen, kan de beslagrechter oordelen dat de schuldenlast, overeenkomstig artikel 1675/13 Ger.W. geheel of gedeeltelijk wordt kwijtgescholden.

Deze kwijtschelding is evenwel verbonden aan de verplichte tegeldemaking van alle voor beslag vatbare goederen, en de verdeling van de opbrengst volgens de wettige redenen van voorrang (E. DE SMAELE, "De Wet betreffende de collectieve schuldenregeling", *AJT* 1998-99, 445).

Hierbij dient te worden opgemerkt dat de lopende onderhoudsverplichtingen in de eerste plaats en voorafgaand aan alle andere vorderingen, krachtens artikel 1412 Ger.W. moeten worden voldaan, zodat het ganse actief het onderpand vormt. Dit geeft aan de lopende onderhoudsschulden een bescherming die zelfs groter is dan deze die zij overeenkomstig artikel 1412 Ger.W. buiten enige insolventieprocedure om, kunnen genieten. De voorrang beperkt zich immers niet tot de in de artikelen 1409 e.v. Ger.W. opgesomde inkomsten, maar strekt zich uit tot alle activa van de schuldenaar (G. DE LEVAL, *La*

*loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 57-58; E. ALOFS, “De positie van de insolvente persoon, zijn gezinsleden en alimentatiegerechtigden vanuit welzijnsrechtelijk perspectief bekeken” in X. (ed.), *Insolventierecht, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 326). Achterstallige onderhoudsschulden daarentegen ondergaan wel de wet van de gelijkheid der schuldeisers.

Indien de opbrengst onvoldoende zou zijn om alle schuldeisers te voldoen, zal een regeling uitgewerkt worden, rekening houdend met het beginsel van gelijkheid onder de schuldeisers (Beslagr. Bergen 23 december 1999, *JLMB* 2000, 738).

Kwijtschelding van schulden is uitsluitend mogelijk in zoverre de verzoeker-schuldenaar de voorwaarden, verbonden aan de gerechtelijke aanzuiveringsregeling nagekomen is.

De alimentatieverplichtingen genieten nog steeds een voorkeursbehandeling, en zijn evenwel niet voor kwijtschelding vatbaar, in zoverre deze nog niet vervallen zijn op datum van uitspraak houdende vaststelling van gerechtelijke aanzuiveringsregeling (E. DIRIX, “Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (2002-2007)”, *TPR* 2007, 2157).

Daarentegen kan wel kwijtschelding worden verleend voor de achterstallen die op voormelde datum bestonden (A. DE WILDE, “Collectieve schuldenregeling voor particulieren”, *RW* 1998-99, 668). Kwijtschelding van de achterstallige alimentatie wordt gerechtvaardigd door het feit dat deze schulden geregeld hoog kunnen oplopen en dit de uitwerking van de aanzuiveringsregeling dan onmogelijk maakt (E. DIRIX en A. DE WILDE, “Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling” in E. DIRIX en P. Taelman (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 64).

Lopende alimentatiegelden genieten dus van een drievoudige bevoordeling:

- zij kunnen niet het voorwerp uitmaken van een kwijtschelding;
- zij ontsnappen aan de regel van de gelijkheid tussen de schuldeisers;
- zij worden vooraf uitbetaald op het product van de tegeldemaking van alle activa van de schuldenaar en niet enkel op de inkomsten vermeld onder artikel 1409 e.v. Ger.W.

## § 6. Onderhoudsbijdragen voor kinderen

**177** Een bijdrageplichtige vader voert aan dat hij een gehomologeerde schuldbemiddeling heeft lopen en dat hij slechts over een beperkt leefgeld beschikt. De niet-zelfstandige kinderen, ten overstaan van wie een onderhoudsplicht bestaat, zijn geen partij bij de bemiddelingsovereenkomst, zodat de schuldbemiddeling hen niet tegenstelbaar is. Deze onderhoudsverplichting heeft

voorrang op alle andere schulden, zulks op grond van het belang van het kind, in overeenstemming met artikel 3.1 IVRK. De schuldbemiddeling mag aldus geen invloed hebben op de beoordeling en de begroting van deze onderhoudsplicht, temeer daar deze verplichting ten overstaan van de kinderen van openbare orde is. *In casu* wordt rekening gehouden met de maandelijkse beroepsinkomsten van de vader alhoewel deze inkomsten in principe worden doorgestort aan de schuldbemiddelaar en niet aan de schuldenaar zelf. Dit betekent eveneens dat, wat specifiek de lopende onderhoudsverplichtingen betreft, het “supervoorrecht” van artikel 1412 Ger.W. nog wordt uitgebreid (Gent 30 september 2002, *RABG* 2004, 1243, noot S. BROUWERS).

De vraag rijst of dezelfde principes ook gelden in het geval van de moeder op wie een collectieve schuldenregeling van toepassing is en die een onderhoudsbijdrage ontvangt van de vader voor een minderjarig kind. De schuldbemiddelaar eist van de vader dat deze de onderhoudsbijdrage stort op de rubriekrekening van de collectieve schuldenregeling en niet rechtstreeks aan de moeder vermits alle aan de schuldenaar toekomende bedragen, wat er ook de oorsprong van weze, op die rekening moeten worden gestort. Op die manier echter komt de onderhoudsbijdrage niet meer ten goede aan het kind maar aan de schuldeisers van de moeder. In de mate dat de onderhoudsbijdrage werd betaald bij toepassing van artikel 203 BW en niet artikel 203*bis* BW dat aan de ouder een eigen recht verleent om een bijdrage van de ander te vorderen, is de enige schuldeiser van de onderhoudsbijdrage het kind. Deze alimentatievordering is van openbare orde, persoonlijk en onvoorwaardelijk. Vermits zoals boven reeds werd gesteld de collectieve schuldbemiddeling niet tegenstelbaar is aan de minderjarige bestaat er geen enkele rechtsgrond in hoofde van de schuldbemiddelaar om betaling van de bijdrage te eisen temeer daar het bedrag ook niet werd doorgestort aan de moeder.

## AFDELING IX

### DE NIET-VERSCHULDIGDE BETALING

#### § 1. Grondslagen

##### A. INLEIDING

**178** De betaling van een alimentatie die naderhand onverschuldigd blijkt te zijn, geeft aanleiding tot terugvordering. Een betaling is immers onverschuldigd, wanneer ze zonder oorzaak is (Cass. 22 februari 1999, *JTT* 1999, 295, noot, *RW* 1999-2000, 538, noot, *R.Cass.* 2000, 33, nr. 54 en *Arr.Cass.* 1999, 235; Rb. Oudenaarde 8 september 1987, *TBBR* 1989, 333). De eis tot teruggave zal meestal rijzen ter gelegenheid van een afschaffing of vermindering van de alimentatie bijvoorbeeld in graad van hoger beroep, maar bijvoorbeeld ook in het oude echtscheidingsrecht wanneer reeds op één eis de echtscheiding werd uitgesproken terwijl de andere echtscheidingseis nog hangende is en aan de “voorlopig” onschuldige echtgenoot al een provisionele uitkering wordt toegekend. Wanneer de andere echtscheidingseis dan wel wordt toegekend dan is de voorlopig uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot niet meer de onschuldige en heeft die geen recht op een uitkering. Er bestaat dan aanleiding tot terugvordering. Hetzelfde geldt voor de uitkering die na echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding wordt toegekend en waarbij later blijkt dat het schuldvermoeden dat weegt op de andere echtgenoot met succes kon worden omgekeerd.

In het nieuwe echtscheidingsrecht zou het probleem kunnen rijzen in de volgende gevallen:

- de echtscheiding werd reeds uitgesproken maar de kwestie van de (gewone) zware fout opgeworpen door de uitkeringsplichtige in overeenstemming met artikel 301, § 2, tweede lid BW is nog hangende;
- de echtscheiding werd reeds uitgesproken en de rechter kent in overeenstemming met artikel 304, § 2, vierde lid BW een provisionele uitkering toe in afwachting dat de beslissing over de strafvordering m.b.t. een geval van partnergeweld, in kracht van gewijsde is getreden; in dit geval kan hij het toekennen van deze provisionele uitkering ondergeschikt maken aan het stellen van een waarborg die hij bepaalt en waarvoor hij de nadere regels vaststelt; het stellen van een borg moet vermijden dat, indien naderhand zou blijken dat de provisionele uitkering niet verschuldigd was, de echtgenoot die betaalde, de sommen kan recupereren; de rechter is niet verplicht een provisionele uitkering toe te kennen, hij dient rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak o.m. de ernst van de strafklacht van het slachtoffer, het eventuele dilatoire karakter van de ingestelde strafvordering, de dringendheid van het verzoek om alimentatie enz. (*Parl.St. Kamer, nr. 51-2341/007, verslag namens de subcommissie familie-recht, 3*).

**179** De vrijwillige betaling van een uitkering nadat de echtscheiding lastens de “betaler” uitgesproken werd, ook al werd in deze of welke andere uitspraak ook niet voorzien in een onderhoudsuitkering na echtscheiding, is niet “zonder oorzaak”. De verrichte betalingen zijn immers niets meer dan de uitvoering van een uit de wet voortspruitende onderhoudsverplichting, zodat de onderhoudsgerechtigde niet gehouden is zich tot de bevoegde rechter te wenden teneinde een veroordeling tot betaling van een onderhoudsuitkering te bekomen. Deze betalingen hebben dan ook geen onverschuldigd karakter (Rb. Leuven 8 januari 2001, AR. 02/490/A, onuitg.)

**180** In overeenstemming met het beginsel van de goede trouw, behoort de onderhoudsgerechtigde mededeling te doen dat zijn inkomsten toegenomen zijn. Het nalaten dat te doen maakt een fout uit en geeft aanleiding tot een vordering wegens onverschuldigde betaling. De voorzitter is bevoegd, op grond van artikel 1280 Ger.W. om uitspraak te doen over de vordering wegens onverschuldigde betaling, ook betreffende een periode die aan zijn saisine voorafgaat (Luik 15 februari 2005, *RTDF* 2005, 1141; zie ook Luik 19 oktober 2004, *RTDF* 2005, 1119).

Volgens bepaalde rechtspraak zou, voor zover het onderhoudsgeld wordt toegekend als kort gedingmaatregel op grond van het voorlopig karakter van de maatregelen die de voorzitter beveelt, hij niet bevoegd zijn om uitspraak te doen over de terugbetaling van onverschuldigde alimentatiegelden.

De rechtsleer heeft kritiek op deze afwijzende rechtspraak ingeval de eis tot teruggave nauw verbonden is met de vordering tot vermindering van het bedrag van het alimentatiegeld. De teruggave van het teveel ontvangen bedrag maakt in feite het voorwerp uit van de uitvoering van de beschikking die de bijdrage herleidt, zodat er volgens deze rechtsleer geen reden zou bestaan om niet in te gaan op de teruggave, eventueel door middel van compensatie (Antwerpen 11 februari 1986, *RTDF* 1986, 194, noot A. KOHL).

De terugvordering van de onverschuldigde betaling is afhankelijk van twee voorwaarden, namelijk een betaling en het onbetwistbaar onverschuldigde karakter ervan (A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)", *RW* 2004-05, 1663). Zelfs in geval van een onverschoonbare vergissing in hoofde van de *solvens*, heeft dit niet voor gevolg dat een essentieel bestanddeel van de onverschuldigde betaling zou ontbreken. Zodra het onverschuldigde karakter van de betaling uit andere omstandigheden vaststaat, is de dwaling of de fout van de *solvens* niet relevant. In geval van kwade trouw in hoofde van de begunstigde, heeft de *solvens* bovendien recht op de, sedert de dag van betaling vervallen wettelijke interest (Cass. 1 december 1989, *RW* 1989-90, 1556; Bergen 2 mei 1991, *JLMB* 1992, 1393; Rb. Veurne 8 januari 1993, *TvBR* 1993, 79; Kh. Charleroi 2 september 1992, *JLMB* 1993, 889).

De tweede bovengemelde vereiste nl. het onbetwistbaar onverschuldigd karakter, kan drie vormen aannemen:

- een louter objectieve vorm: er bestond hoegenaamd geen schuld (Cass. 27 november 1947, *Pas.* 1947, I, 504);
- een subjectieve vorm: de schuld bestaat wel, maar de *solvens* betaalde aan een ander dan aan de werkelijke schuldeiser (art. 1376 BW);
- omgekeerd: een ander dan de *solvens* is de werkelijke schuldenaar, hier moet de *solvens* wel bewijzen dat hij per vergissing betaalde (Cass. 28 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, nr. 660).

Degene die betaalde is de *solvens*, degene die iets ontving wat niet verschuldigd was, is de *accipiens*. De niet-verschuldigde betaling (artt. 1376-1381 BW) is een voorbeeld van een o n e i g e n l i j k c o n t r a c t, naast de zaakwaarneming (artt. 1372-1375 BW) en de ongegronde vermogensverschuiving of verrijking zonder oorzaak. De laatstgenoemde rechtsfiguur is niet wettelijk geregeld maar gesteund op de rechtspraak.

Onder oneigenlijke contracten begrijpt het Burgerlijk Wetboek bronnen van verbintenissen die men noch onder contracten, noch onder onrechtmatige daad, noch onder gebod of verbod van de wet kan rangschikken. Ze worden quasi-contracten genoemd, omdat de gevolgen ervan sterk gelijken op die van contractuele verbintenissen. Op het vlak van de totstandkoming verschillen ze: de wederzijdse toestemming ontbreekt. Het is het éénzijdig vrijwillig handelen van één iemand, waaraan de wet rechtsgevolgen toekent (R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel III*, Antwerpen, Intersentia,

2007, 193). Zoals verder nog zal blijken is echter de mogelijkheid tot toepassing van de onrechtmatige daad nooit veraf.

**181** Hoe dan ook dient de onderhoudsplichtige behoedzaam te zijn wanneer hij de teruggave van de niet-verschuldigde alimentatiegelden in rechte vordert (d.w.z. wanneer hij niet beschikt over een impliciete titel). Hij draagt de bewijslast dat wel degelijk de betaling onverschuldigd is gebeurd, bijvoorbeeld dat hij slechts bij vergissing tot verdere betaling overging.

Indien er twijfel bestaat over de oorzaak en bijgevolg over het onverschuldigd karakter van de betaling, loopt de onderhoudsplichtige het risico afgewezen te worden op grond van de overweging dat de betaling *animo donandi* is geschied (Cass. 10 juni 1972, *Arr.Cass.*1977, 1044).

De uitgevoerde betaling moet noodzakelijkerwijze een oorzaak hebben. Welnu, de verwerende partij draagt de bewijslast dat de voortzetting van de betaling der alimentatie, nadat het recht op een onderhoudsuitkering was vervalLEN, bewust en vrijwillig werd uitgevoerd (Rb. Marche-en-Famenne 12 november 1987, *TBBR* 1988, 479).

## B. FOUTIEVE GEGEVENS

**182** Onderscheiden van de afschaffing of vermindering van de alimentatie ingevolge een daartoe ingestelde vordering, is de situatie waarbij de onderhoudsplichtige, na een veroordeling in betaling van alimentatie, moet vaststellen dat de bodemrechter zijn uitspraak heeft gesteund op foutieve gegevens verstrekt door de onderhoudsgerechtigde, met andere woorden dat de schuldeiser bedrieglijk gehandeld heeft door de werkelijke toestand aan de bodemrechter te verbergen. Rechtspraak en rechtsleer zijn erover verdeeld of de benadeelde onderhoudsplichtige zich in deze situatie op het artikel 1235 BW en de artikelen 1376-1381 BW (niet-verschuldigde betaling) kan beroepen om het onverschuldigde terug te vorderen.

Een eerste strekking gaat uit van het begrip *nieuw feitelijk gegeven* – d.w.z. een wijziging in de toestand van partijen ten overstaan van een vorige toestand – en meent dat hieraan een ruime interpretatie dient gegeven te worden. Alleen op deze manier wordt de feitenrechter in de gelegenheid gesteld rekening te houden met alle aspecten van de menselijke realiteit, met inbegrip van deze elementen die verborgen of geheim gehouden werden (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, “Overzicht van rechtspraak. Personen en familierecht (1988-1994)”, *TPR* 1994, 2289-2290; J.-L. RENCHON, noot onder Rb. Brussel 22 december 1981, *RTDF* 1982, 453).

Op grond van deze ruime interpretatie kan de ontdekking van een gegeven dat weliswaar aanwezig was op het ogenblik dat de uitspraak over de onderhoudsvordering tussenkwam, maar aan een der partijen en de bodemrechter



onbekend was, weerhouden worden als een nieuw gegeven dat aanleiding geeft tot herziening van de onderhoudsuitkering, dit met terugwerkende kracht (S. THIELEN, "Sanction des dissimulations frauduleuses dans les procédures en matière d'aliments" (noot onder Rb. Luik 21 september 2000), *Act.dr.* 2001, 346).

Een andere strekking meent dat de ongelukkige onderhoudsplichtige op grond van de onverschuldigde betaling, de betaalde alimentatie niet kan terugvorderen, daar het gezag van gewijsde, waarmee de uitspraak, die de onderhoudsuitkering oplegde, bekleed is, dat verhindert.

De gewijzigde situatie van partijen betreft geen nieuwe verhouding tussen beiden, doch bestaat wel en uitsluitend in de ontdekking door de onderhoudsplichtige, dat de wederpartij zich schuldig maakte aan het verborgen houden van de werkelijke toestand, niet enkel op het ogenblik van de inleiding van de onderhoudsvordering, maar tevens op het ogenblik dat de uitspraak tussenkwam.

Welnu, het gezag van gewijsde waarmee de uitspraak bekleed is, maakt een wijziging ervan onmogelijk met betrekking tot een periode die aan deze uitspraak voorafgaat (A.-C. VAN GYSEL, "Pensions alimentaires rétroactivité et critères de modification" (noot onder Cass. 16 juni 1995), *Div.Act.* 1997, 29; Antwerpen 11 februari 1986, *RTDF* 1986, 194, noot A. KOHL).

Deze laatste strekking wordt bijgetreden door het Hof van Cassatie, dat uitgaat van de essentiële voorwaarde van de onverschuldigde betaling, nl. dat een betaling slechts onverschuldigd is indien zij zonder oorzaak is. De betaling is niet onverschuldigd gezien zij haar oorzaak (*causa*) vindt in een rechterlijke uitspraak.

De betaling is aldus geschied in uitvoering van een gerechtelijke uitspraak, en is zodoende gesteund op een *causa judicati*. Dit maakt de terugvordering op grond van de onverschuldigde betaling onmogelijk, gezien deze uitspraak met gezag van gewijsde is bekleed (Cass. 16 mei 2002, *RW* 2002-03, 659, noot V. SAGAERT; S. THIELEN, "Sanction des dissimulations frauduleuses dans les procédures en matière d'aliments" (noot onder Rb. Luik 21 september 2000), *Act.dr.* 2001, 347-348).

Indien het bedrieglijk handelen wordt ontdekt alvorens uitspraak is gedaan of deze in kracht van gewijsde is getreden, kan nog altijd de heropening van de debatten of een rechtsmiddel (hoger beroep of verzet) worden aangewend. In twee arresten van 28 september 1978 had het Hof van Cassatie beslist dat het gezag van gewijsde van een vorige beslissing geschonden wordt door een latere beslissing die als nieuw beschouwt, elementen die de partij die er belang bij had ze aan te voeren, kon aanvoeren, hetzij door voor de eerste rechter te verschijnen ter zitting, hetzij door haar recht van verzet of hoger beroep uit te oefenen (Cass. 28 september 1978, *RW* 1978-79, 2870, *RTDF* 1978, 336, noot J.-L. RENCHON en *Pas.* 1979, I, 141; Cass. 14 december 1989, *Arr.Cass.* 1989-

90, 543, *Jur.Liège* 1990, 730 en *Pas.* 1990, I, 477). Dit standpunt werd herhaald in een recenter arrest van 18 april 2002 waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat er geen wijziging is in de toestand van de onderhoudsplichtige als de “nieuwe toestand” reeds bestond vóór het echtscheidingsvonnis en de onderhoudsplichtige de relevante feitelijke gegevens of bewijsstukken betreffende zijn werkelijke toestand aan de beoordeling van de rechter kon voorleggen, maar heeft nagelaten dit te doen (Cass. 18 april 2002, *RW* 2002-03, 1298).

De situatie is anders wanneer de uitspraak onherroepelijk geworden is. In dergelijke situatie biedt het buitengewoon rechtsmiddel van de herroeping van het gewijsde nog soelaas, dat uitdrukkelijk in het persoonlijk bedrog van een procespartij, overeenkomstig artikel 1133, 1<sup>o</sup> Ger.W. voorziet. Een verzoek daartoe geschiedt overeenkomstig artikel 1132 Ger.W.

**183** Daarnaast kan de houding die de oneerlijke onderhoudsgerechtigde aannam, door wetens en willens de werkelijke situatie verborgen te houden, als een fout in de zin van artikel 1382 BW worden weerhouden. Deze fout heeft immers in hoofde van de onderhoudsplichtige een schadeverwekkend gevolg. Zonder het gezag van gewijsde van de kwestieuze uitspraak te schenden, kan deze laatste een vordering in schadevergoeding lastens de onderhoudsgerechtigde instellen (Rb. Luik 21 september 2000, *Act.dr.* 2001, 341: *in casu* had de uit de echt gescheiden onderhoudsgerechtigde verzwegen dat het gemeenschappelijk kind van partijen niet meer bij haar inwoonde; Rb. Hasselt 17 december 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 46).

De rechtbank van eerste aanleg te Gent maakte toepassing van voormelde principes in een casus waarin het gezag van gewijsde van een gerechtelijke uitspraak betreffende de veroordeling tot betaling van een onderhoudsbijdrage door de jeugdrechtbank aan de orde was terwijl naderhand de rechtbank de erkenning als vader vernietigt. Het vonnis van de jeugdrechtbank is de oorzaak en het gezag van gewijsde geldt, zodanig dat een vordering op grond van de onverschuldigde betaling niet kan worden weerhouden, maar wel de aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 BW wegens de verzwijging als fout in hoofde van de moeder (Rb. Gent 7 oktober 2004, *NJW* 2005, 741, noot G. VERSCHULDEN).

### C. GEDWONGEN UITVOERING

**184** De onderhoudsgerechtigde die te kwader trouw is, beschikt over de mogelijkheid om een titel, uitvoerbaar bij voorraad, zoals onder meer een uitspraak genomen op grond van artikel 1280 Ger.W. toch gedwongen uit te voeren.

In dergelijk geval kan de ongelukkige onderhoudsplichtige, die tot terugvordering wil overgaan, zich niet beroepen op de onverschuldigde betaling, conform artikel 1235 BW en de artikelen 1376-1381 BW, gezien hij de uitkeringen niet zuiver vrijwillig betaalde. Uitsluitend artikel 1382 BW, in combinatie met artikel 1398, tweede lid Ger.W. biedt een rechtsgrond, die bovendien een

grond van objectieve aansprakelijkheid doet ontstaan (Cass. 7 april 1995, *Pas.* 1995, I, 396 en *RW* 1995-96, 184, noot K. BROECKX).

De partij die de voorlopige tenuitvoerlegging nastreefde, dient de schade te vergoeden die resulteert uit de kwade trouw of de fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 BW. De bewijslast van deze schade berust wel te verstaan bij de onderhoudsplichtige die de terugbetaling nastreeft, doch deze schade kan zich beperken tot uitsluitend morele schade. Daarenboven is hij gerechtigd op compensatoire intresten (J.-C. BROUWERS, "Exécution provisoire et réformation subséquente: quelques réflexions, spécialement en matière alimentaire" (noot onder Rb. Brussel 26 juni 2000), *Div.Act.* 2001, 89 e.v.).

#### D. GEEN NIEUWE TITEL

**185** Wanneer de veroordeling tot betaling van een onderhoudsuitkering uitvoerbaar bij voorraad is, draagt de gedingpartij de verantwoordelijkheid zich op de uitvoering te beroepen, zoals deze partij er ook kan aan verzaken. Met andere woorden, de uitvoering geschiedt op eigen risico, zodat alles wat betaald werd, en naderhand ongegrond blijkt te zijn geweest, aanleiding geeft tot terugbetaling, overeenkomstig artikel 1235 BW en de artikelen 1376-1381 BW (C. GIRALDO, "Onverschuldigde alimentatie, een schuld buiten de vereffening-verdeling?" (noot onder Rb. Oudenaarde 8 september 1987), *TBBR* 1989, 337).

De daadwerkelijke terugvordering is echter slechts mogelijk nadat de bestreden uitspraak werd ongedaan gemaakt ingevolge de aanwending van een rechtsmiddel. Met andere woorden, de verplichting tot terugbetaling is afhankelijk van de opschortende voorwaarde dat de uitspraak is hervormd. Vanaf die datum is de onverschuldigde betaling opeisbaar (Cass. 15 september 1983, *Pas.* 1984, 44 en 45 concl. E. LIEKENDAEL).

**186** Het recht op betaling van achterstallen hangt niet af van de uitvoerbare kracht van het vonnis, maar spruit voort uit het bestaan van de wettelijke vereisten opdat de alimentatie verschuldigd zou zijn. De mogelijkheid bestaat dus dat de schuldeiser geen recht meer heeft op alimentatie, doch nog steeds over een uitvoerbare titel beschikt.

Zoals reeds gesteld, dient de onderhoudsplichtige een uitspraak uit te lokken, die hem ontslaat van de onderhoudsverplichting. Dit betekent dat het vonnis of arrest dat de vorige beslissing vernietigt, op zich zelf een titel vormt op grond waarvan de teruggave kan worden vervolgd van hetgeen werd betaald ter uitvoering van de vernietigde beslissing (Vred. La Roche-en-Ardenne 17 januari 1995, *Act.dr.* 1996, 96).

Dit geldt eveneens voor een notariële akte die evenmin een eeuwige uitvoerbare actuele waarde behoudt (Beslagr. Luik 22 maart 1995, *Act.dr.* 1996, 69). Zie ook over de actualiteit en doeltreffendheid van de uitvoerbare titel alsook de mogelijkheid voor de beslagrechter om tot schor-

sing van de tenuitvoerlegging over te gaan in afwachting dat de rechter ten gronde oordeelt: K. BROECKX, "Recente ontwikkelingen in het beslagrecht" in *Gandavus Actueel III*, 2; K. BROECKX, "De beoordelingsmarge van de beslagrechter bij betwistingen omtrent de actualiteit van de uitvoerbare titel" (noot onder Cass. 15 januari 1999), *R.Cass.* 2000, 1 e.v.

Volgens rechtspraak van het Hof van Cassatie is de bodemrechter, die een beslissing vernietigt, die reeds werd uitgevoerd, echter ook bevoegd om expliciet de terugbetaling van de onverschuldigde betaling te bevelen, zulks onverminderd het feit dat de vernietigende beslissing, op zich een impliciete titel uitmaakt, op grond waarvan de teruggave kan gevorderd worden (Cass. 15 februari 1973, *Arr.Cass.* 1973, 599; Cass. 16 november 1973, *Arr.Cass.* 1974, 311).

Het laatst vermelde principe wordt ook weerhouden wat de afschaffing of vermindering van alimentatie betreft, wat betekent dat de uitspraak die in een dergelijke afschaffing of vermindering voorziet, als titel geldt voor de terugvordering van het onverschuldigde. Er is dus geen afzonderlijke, daaropvolgende procedure te gronde noodzakelijk. Meer nog dergelijke nieuwe vordering werd in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen niet ontvankelijk verklaard (Antwerpen 27 juni 2000, *Juristenkrant* 2000 (weergave G. VERSCHULDEN), afl. 19, 4, *Div.Act.* 2001, 81, noot J.-C. BROUWERS en *P&B* 2001, 79, noot S. BRIJS).

BRIJS verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die stelt dat een beslissing omtrent een betwisting een dictum uitmaakt, onverminderd de plaats ervan in de uitspraak, inbegrepen het feit dat deze beslissing niet herhaald wordt in het dispositief; de term "impliciet dispositief" komt in het Belgisch recht niet uitdrukkelijk voor, doch men stelt wel de toepassing ervan vast, zoals in beslissingen die een reeds uitgevoerde rechterlijke uitspraak vernietigen, hervormen en wijzigen, met als gevolg dat de oorspronkelijke uitspraak geheel dan wel gedeeltelijk teniet gedaan wordt en een *restitutio in integrum* noodzakelijk is (S. BRIJS, "Over de uitvoering van een impliciet dispositief van een rechterlijke beslissing" (noot onder Antwerpen 27 juni 2000), *P&B* 2001, 79; zie ook: Bergen 14 maart 2002 en Beslagr. Charleroi 5 februari 2001, *Div.Act.* 2002, 121, noot J.-C. BROUWERS).

De uitspraak die een bestreden beslissing hervormt, vernietigt of wijzigt, vormt dus een impliciete uitvoerbare titel voor de restitutie van de teveel betaalde onderhoudsgelden. Het volstaat dat deze uitspraak de nodige gegevens bevat om het juiste bedrag van het teveel betaalde te bepalen.

## § 2. Modaliteiten

### A. TERMIJNEN VAN RESPIJT

**187** De onderhoudsgerechtigde die het risico loopt tot terugbetaling gehouden te zijn, is gerechtigd om in ondergeschikte orde, in overeenstemming met artikel 1244 BW termijnen van respijt te vragen. Deze mogelijkheid bestaat wel degelijk daar de onverschuldigde betaling niet het karakter van een onderhoudsvordering heeft. Achterstallige alimentatie echter behoudt dit karakter wel zodat het voordeel van artikel 1244 BW niet kan toegestaan worden (Gent 8 maart 2004, nr. 2003/JR/74 onuitg.; Gent 11 maart 2004,

nr. 2002/AR/230, onuitg.; M.-T. CAUPAIN en E. LEROY, “Le recouvrement des créances alimentaires: état des lieux et perspectives” in *L'argent pour vivre: vers une réforme globale de l'obligation alimentaire* Referaten van het colloquium dat georganiseerd werd op 19 november 1999 door de eenheid familie-recht van de ULB, Brussel, Kluwer, 2000, 237).

## B. INTRESTEN

**188** Betreffende de vraag of intresten verschuldigd zijn op het bedrag van de terug te betalen alimentatie, stuit men op de afwezigheid van een wettelijke regeling, onverminderd de toepassing van artikel 1153, derde lid BW dat stelt dat de intrest verschuldigd is vanaf de dag van de aanmaning tot betaling. Daarbuiten valt het dan ook te betwijfelen of een beslagrechter, in geval van betwisting, interesten zal weerhouden bovenop het te restitueren bedrag (S. BRIJS, “Over de uitvoering van een impliciet dispositief van een rechterlijke beslissing” (noot onder Antwerpen 27 juni 2000), *P&B* 2001, 86 e.v.).

Niets belet echter dat hier toepassing zou worden gemaakt van het gemeen recht betreffende de niet-verschuldigde betaling. De omvang van wat moet worden terugbetaald zal dan verschillen naargelang de *accipiens* wist (kwade trouw) of niet wist (goede trouw) dat de betaling niet verschuldigd was.

Bij goede trouw geeft de *accipiens* het ontvangen geld terug zonder intrest, althans tot aan de ingebrekestelling door de *solvens* (toepassing van art. 1153, derde lid BW). Heeft hij het betaalde geld zonder bedrog gebruikt om aan een derde een wettige vordering te voldoen, dan kan het bedrag niet van die derde worden teruggevorderd (R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 202).

Is de *accipiens* te kwader trouw dan is het kapitaal plus de intrest verschuldigd, ditmaal zonder ingebrekestelling (art. 1378 BW). Is daarmee de schade nog niet volledig hersteld dan moet hij het verschil bijpassen.

Kwade trouw wordt in aanmerking genomen, ook wanneer ze slechts na het ontvangen van de niet-verschuldigde betaling intreedt. Vanaf het ogenblik dat de *accipiens* verneemt dat de door hem ontvangen betaling hem niet verschuldigd was, moet hij ze dadelijk teruggeven ook al wist hij er aanvankelijk niets van.

**189** Er is geen wettelijke intrest verschuldigd, vanaf de datum der respectievelijke betalingen, op de bedragen die ten titel van een provisionele uitkering na echtscheiding werden verricht en die naderhand dienen terugbetaald te worden (Cass. 30 maart 2006, *RTDF* 2007, 695, schending art. 1398, tweede lid Ger.W.).

### C. COMPENSATIE

**190** De onderhoudsplichtige die het teveel betaalde wenst te recupereren, kan zich hiertoe beroepen op de schuldvergelijking met de in de toekomst te vervallen onderhoudsuitkering, hetgeen in dergelijk geval niet uitgesloten is krachtens artikel 1293, 3° BW (J.-C. BROUWERS, “Exécution provisoire et réformation subséquente: quelques réflexions, spécialement en matière alimentaire” (noot onder Antwerpen 27 juni 2000), *Div.Act.* 2001, 89-90).

Om te vermijden dat gedurende zekere tijd, als gevolg van de compensatie geen alimentatie ontvangen zal worden, beschikt de onderhoudsgerechtigde over de mogelijkheid om aan de bodemrechter het recht tot compensatie aan beperkingen te onderwerpen (Gent 7 februari 1995, *RW* 1995-96, 643).

De onderhoudsplichtige, die zich op de compensatie beoogt te beroepen, is eveneens in de gelegenheid om, teneinde toekomstige procedurele moeilijkheden te vermijden, aan de bodemrechter machtiging te vorderen tot de compensatie over te gaan (J.-C. BROUWERS, “Exécution provisoire et réformation subséquente: quelques réflexions, spécialement en matière alimentaire” (noot onder Antwerpen 27 juni 2000), *Div.Act.* 2001, 90-91).

### D. BEPERKTE BESLAGBAARHEID

**191** Met betrekking tot de r e c u p e r a t i e van de onverschuldigd betaalde onderhoudsuitkeringen, dient opgemerkt te worden dat de onbeperkte beslagbaarheid, krachtens artikel 1412, eerste lid, 1° Ger.W. niet kan weerhouden worden, gezien dergelijke faciliteit beperkt is tot het voldoen van o n d e r h o u d s v e r p l i c h t i n g e n en niet kan uitgebreid worden tot de recuperatie, op grond van de onverschuldigde betaling, overeenkomstig artikel 1235 BW en de artikelen 1376-1381 BW (K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 67).

Zoals boven al werd opgemerkt in verband met de termijnen van respijt, heeft de onverschuldigde betaling niet meer het karakter van een onderhoudsvordering.

### E. VERJARING

**192** Gezien de *solvens* over een welbepaalde schuldvordering beschikt, zijnde een bepaald bedrag dat hem terugbetaald moet worden op grond van de rechtsfiguur van de onverschuldigde betaling, is deze vordering onderworpen aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn, meer bepaald deze van tien jaar, overeenkomstig artikel 2262*bis* BW en niet aan de vijfjarige verjaringstermijn (art. 2277 BW). Deze laatste is van toepassing op periodiek in de toekomst te

vervallen schulden (K. VANLEDE, "De verjaring van onderhoudsgelden" (noot onder Cass. 8 december 2000), *EJ* 2001, 52).

**193** Indien de *solvens* een alimentatieschuld betaalde die al verjaard was, dan kan hij hetgeen werd betaald niet terugvorderen op basis van de niet-verschuldigde betaling. Een verjaarde schuld impliceert immers het bestaan van een schuld en één van de voorwaarden van de niet-verschuldigde betaling is juist het niet-bestaan van een schuld. Toch zou volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie de vrijwillige betaling van een verjaarde schuld wel terugvorderbaar zijn, indien volgens de omstandigheden de betaling niet kan worden opgevat als de voldoening van een door de betaler erkende schuld (Cass. 22 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 39; Cass. 6 maart 2006, *Pas.* 2006, afl. 3, 528).

### § 3. Procedure

**194** In tegenstelling tot de vorderingen tot toekenning, verhoging, verlaging of afschaffing van onderhoudsuitkeringen, die ingeleid en gevoerd worden overeenkomstig de artikelen 1320 e.v. Ger.W., geschiedt de rechtspleging betreffende de terugvordering van onverschuldigde alimentatie volgens de gemeenrechtelijke regels, hetgeen onder meer betekent dat de vordering bij deurwaardersexploot wordt ingesteld (S. BROUWERS, "Art. 1320-1322 Ger.W." in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 5; K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 229).

**195** Indien de uitvoering van de oorspronkelijke titel leidt tot een beslagmaatregel, behoort de betwisting over het verschuldigd zijn van achterstallige onderhoudsuitkeringen tot de bevoegdheid van de bodemrechter. De beslagrechter is dus niet bevoegd om uitspraak te doen over dit geschil, dat weliswaar verband houdt met de tenuitvoerlegging.

De bevoegdheid van de beslagrechter beperkt zich krachtens artikel 1395 Ger.W. tot vorderingen die betrekking hebben op de wettigheid of de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging. De beslagrechter kan aldus geen uitspraak doen over de rechten van partijen, wanneer daarover de bodemrechter een uitspraak heeft gedaan, en op grond waarvan uitvoerend beslag gelegd wordt (Cass. 9 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1753, *Rev.not.b.* 2001, 206 en *RW* 2002-03, 837).

In dezelfde zin oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat de beslagrechter geen afbreuk mag doen aan wat de rechter te gronde heeft beslist. De procedure van verzet tegen een gedwongen uitvoering mag niet worden aan-

gewend om de reeds beslechte betwisting over de grond van de zaak te heropenen. Hierdoor zou afbreuk worden gedaan aan het gezag van gewijsde van het vonnis van de feitenrechter (Antwerpen 8 juni 2004, *NJW* 2005, 131).

De beslagrechter is echter bevoegd om uitspraak te doen betreffende betwistingen aangaande de *actualiteit* van de titel. In het kader daarvan is het mogelijk dat twistpunten over de grond van de zaak aan de orde komen, waarover de beslagrechter dan wel uitspraak zal dienen te doen, voor zover deze betrekking hebben op de uitvoerbare kracht van de titel.

Zo zal het proces-verbaal, opgesteld door de vrederechter waarin het akkoord is vervat tussen de partijen over de uitvoering van hun onderhoudsverplichting ten overstaan van hun kinderen, niet langer *actueel* zijn, wanneer vaststaat dat de onderhoudsverplichting opnieuw *in natura* wordt uitgevoerd als gevolg van de tussengekomen verzoening.

Het is ook mogelijk dat ten preventieve titel een procedure voor de beslagrechter gevoerd wordt teneinde te horen zeggen of de titel, op grond waarvan men tot uitvoering wil overgaan al dan niet nog actueel is. Dit betekent dat de schuldeiser over het nodige belang moet beschikken, in overeenstemming met artikel 18 Ger.W. om een dergelijke uitspraak uit te lokken, alvorens een daad van gedwongen uitvoering te stellen (Arrondrb. Luik 22 april 2004, *RTDF* 2005, 873 en *JLMB* 2004, 1485).

## AFDELING X

### DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN (DAVO)

#### § 1. Algemeen

**196** De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën (DAVO) (*BS* 28 maart 2003) trad in werking op 1 juni 2004, maar voor de onderdelen die betrekking hebben op het vragen en betalen van *voorschotten* werd de inwerkingtreding afhankelijk gemaakt van een in de ministerraad genomen koninklijk besluit (Programmawet van 22 december 2003, *BS* 31 december 2003, 62160). Deze programmawet beperkt bovendien het toekennen van voorschotten tot de onderhoudsbijdragen voor de kinderen wat aanvankelijk niet de bedoeling was. Er was geen tijdslimiet gesteld voor het nemen van zulk besluit. Met ingang van 1 juni 2005 werd echter de DAVO bevoegd om die voorschotten (enkel voor kinderen) toe te kennen (KB 20 juni 2005 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van artikel 7, § 2 van de wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën, *BS* 30 juni 2005). De OCMW's konden echter nog voorschotten toekennen tot 1 oktober 2005 (zie de wet houdende diverse bepalingen (I) 27 de-



ember 2006, *BS* 28 december 2006, derde uitgave, *NJW* 2007, 252; zie de tekst die betrekking heeft op de maatschappelijke integratie en meer in het bijzonder de voorschotten op onderhoudsgelden – art. 78 en 79).

Naar aanleiding van bovenvermelde wet werd artikel 628 Ger.W. (territoriale bevoegdheid) en 1395 Ger.W. (beslagrechter) gewijzigd (wet van 17 maart 2003, *BS* 28 maart 2003).

**197** De opdracht van DAVO is dubbel:

- het toekennen van voorschotten op onderhoudsgelden (enkel voor kinderen);
- in n i n g o f i n v o r d e r i n g van de toegekende voorschotten, het saldo en de achterstallen van de alimentatievorderingen ten laste van de onderhoudsplichtige.

Voormelde wetgeving wil een oplossing aanreiken voor de wanbetaling van onderhoudsgelden. Deze problematiek stelde de wetgever immers voor een drievoudige uitdaging t.w.:

- het doen naleven van de rechterlijke uitspraken m.b.t. de betaling van alimentatie;
- het opvangen van het gebrek aan familiale solidariteit;
- het verminderen van de last die door dit alles werd gelegd op de collectiviteit.

Daartoe werd bij het Ministerie van Financiën een dienst opgericht die belast is met het betalen van voorschotten en het invorderen van achterstallige alimentatiegelden. Aan deze oplossing werd de voorkeur gegeven boven de uitbreiding van de reeds bestaande maar ontoereikende regeling in het kader van het OCMW om reden dat:

- het beroep op het OCMW toch nog als enigszins denigrerend werd beschouwd; en
- het Ministerie van Financiën over meer informatie- en uitvoeringsmogelijkheden beschikt m.b.t. de financiële situatie van de alimentatieplichtige.

De oude regeling m.b.t. voorschotten voor kinderen bepaald door de wet van 8 mei 1989 (*BS* 1 juni 1998; invoeging van de art. *68bis-68quater* in de OCMW-wet) werd dan ook opgeheven.

Voor de onderdelen bepaald in de artikelen *68ter*, § 2, eerste lid, §§ 3 tot 9 en artikel *68quater*, eerste en tweede lid is dit vanaf 1 juni 2004 en voor de andere onderdelen evenals artikel *68bis* is dit 1 oktober 2005.

Vermits de oude voorschottenregeling van het OCMW nog van kracht bleef tot 1 oktober 2005 en tot een beter inzicht en begrip van de nieuwe regeling wordt hierna nog de schematische voorstelling van de oude regeling gegeven.

## A. GRONDSLAGEN

**198** Het waren in beginsel niet-terugbetaalbare voorschotten die definitief verworven waren door de onderhoudsgerechtigde behoudens specifieke gevallen van terugvordering zoals bijvoorbeeld bij bedrog (art. 98, § 1, derde lid OCMW-wet). Er was wel een verhaalsrecht op de onderhoudsplichtige.

Het bedrag van het voorschot was in beginsel gelijk aan de verschuldigde onderhoudsbijdrage maar er was een begrenzing die lag op 125 euro per maand en per kind.

De tussenkomst van het OCMW eindigde wanneer:

- de onderhoudsgerechtigde eraan verzaakte;
- de nalatige onderhoudsplichtige gedurende vier opeenvolgende termijnen zijn verplichtingen was nagekomen t.a.v. het OCMW;
- niet meer voldaan was aan een of meer van de wettelijke voorwaarden.

## B. MODALITEITEN

**199** Er was enkel recht op voorschotten op de onderhoudsbijdragen voor kinderen.

Het moest gaan om kinderen die in België verbleven en die minderjarig waren, tenzij zij daarna nog rechtgevend op kinderbijslag (maximum tot 25 jaar) waren.

De bestaansmiddelen van de aanvrager mochten een bepaald bedrag niet overschrijden zijnde per 1 juni 2003, € 11.544,09 met een overschrijdingsmarge van 15 % zodat het maximum € 13.275,7 was. Dergelijke marginale overschrijding leidde dan tot een evenredige vermindering van het voorschot (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaat, weinig wol?”, *EJ* 2004, 91).

Was het kind minderjarig dan werd enkel rekening gehouden met diens bestaansmiddelen en met deze van de niet in gebreke blijvende ouder.

Bij een meerderjarig kind werd rekening gehouden met de eigen bestaansmiddelen en met deze van de niet-nalatige ouder voor zover er samenwoning was.

Er werd geen rekening gehouden met de inkomsten van de echtgenoot indien het kind gehuwd was. Of er al dan niet rekening moest gehouden worden met de bestaansmiddelen van de nieuwe echtgenoot of partner van de niet-nalatige ouder was omstreden (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaat, weinig wol?”, *EJ* 2004, 92).

**200** Er moest een uitvoerbare rechterlijke titel zijn of een familierechtelijke overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming. Tijdens de procedure tot deze echtscheidingsvorm kon geen beroep gedaan worden op de voorschottenregeling.

De onderhoudsplichtige moest gedurende een tijdsbestek van 12 maanden vóór de aanvraag in gebreke gebleven zijn twee al dan niet opeenvolgende termijnen te hebben betaald. Hij moest ook in leven zijn en blijven tijdens de periode van toekenning der voorschotten.

## C. PROCEDURE

**201** Het ging om een specifiek subjectief recht op maatschappelijke dienstverlening.

Voldeed de aanvrager aan de voorwaarden dan had het OCMW geen appreciatiemogelijkheid en moest zij de voorschotten toekennen (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaat, weinig wol?”, *EJ* 2004, 93).

Beroep tegen de beslissing van het OCMW werd ingesteld bij de arbeidsrechtbank binnen een termijn van 1 maand te rekenen hetzij:

- vanaf de afgifte ter post van de aangetekende brief waarmee de beslissing werd meegedeeld;
- vanaf de datum van het ontvangstbewijs van de beslissing;
- vanaf het verstrijken van de termijn waarbinnen het OCMW de beslissing had moeten nemen (art. 71 OCMW-wet).

## § 2. Toepassingsgebied (art. 2)

**202** De nieuwe wet heeft zowel betrekking op onderhoudsbijdragen verschuldigd voor de kinderen als op onderhoudsgelden verschuldigd tussen echtgenoten of samenwonenden.

Het vereiste dat het onderhoudsgerechtigde kind minderjarig of jonger dan 25 jaar of rechtgevend op kinderbijslag moet zijn, wordt niet gesteld. De wet is dus principieel ook van toepassing op het gemeenschappelijk onderhoudsgeld verschuldigd op grond van artikel 205 BW *juncto* artikel 207 BW (onderhoudsverplichting tussen bloedverwanten in de rechte lijn doch niet in de richting van kinderen opzichtens hun ouders, grootouders of schoonouders) (T. ROBERT, “De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 290).

De wet is van toepassing zowel op de wettelijk samenwonenden als op de feitelijk of conventionele samenwonenden (voor zover tussen deze laatste uiteraard onderhoudsverplichtingen kunnen bestaan).

Ze is niet van toepassing op onderhoudsverplichtingen lastens nalatenschappen (art. 205*bis* BW, art. 301, § 6 (oud) BW en art. 307*bis* (oud) BW).

Er is een uitvoerbare gerechtelijke beslissing vereist, hetzij een overeenkomst voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, hetzij een uitvoerbare minnelijke schikking (dit laatste enkel voor de kinderen en niet tussen echtgenoten of samenwonenden, art. 2, 1<sup>o</sup>, a-b van de wet).

**203** In tegenstelling tot de OCMW-regeling is een tegemoetkoming wel mogelijk tijdens een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaas, weinig wol?”, *EJ* 2004, 96).

Hoewel niet uitdrukkelijk vermeld, moet de voorafgaande overeenkomst bepaald in artikel 1288, 3<sup>o</sup> en 4<sup>o</sup> Ger.W. in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, ook uitvoerbaar zijn wat dus een notariële akte veronderstelt. Het is niet vereist dat de echtscheiding definitief zou zijn (J.-P. MASSON, “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du Service public fédéral des Finances”, *JT* 2004, 190; T. RO-

BERT, “De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen” in P. SENAEVE en F. SWENNEN (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 295). Het is geen beletsel dat het om een buitenlandse gerechtelijke beslissing gaat maar ze moet wel uitvoerbaar zijn verklaard (*ibid.*, 293).

O.i. moet de onderhandse regeling m.b.t. de kinderen die gehomologeerd werd in het echtscheidingsvonnis EOT ook in aanmerking komen, voor zover dit vonnis kracht van gewijsde heeft.

De verwijzing naar artikel 1288 Ger.W. is nogal ongelukkig want daardoor wordt de indruk gewekt dat enkel de uitkering tussen echtgenoten na een echtscheiding door onderlinge toestemming van toepassing is en niet de andere uitkeringen na echtscheiding hetgeen blijktens de voorbereidende werken niet de bedoeling was (N. GALLUS, “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF (MB 28 mars 2003)”, *Div.Act.* 2004, 20).

### § 3. Opdracht van de Dienst (art. 3)

**204** De opdracht is dubbel:

- het toekennen van voorschotten op onderhoudsbijdragen voor kinderen;
- inning of invordering van de toegekende voorschotten, het saldo en de achterstallen van de alimentatievorderingen ten laste van de onderhoudsplichtige.

Door de restricties ingevoerd door de Programmawet van 22 december 2003 is het toekennen van voorschotten eigenlijk van secundair belang geworden wat geenszins het initiële opzet was van de wet (Programmawet van 22 december 2003, *BS* 31 december 2003, 62.160).

**205** “Voorschotten” kunnen onder bepaalde voorwaarden enkel worden gevraagd op alimentatievorderingen voor kinderen (art. 3, § 2, eerste al. van de wet).

De alimentatievorderingen van echtgenoten, ex-echtgenoten, en samenwonenden komen nog slechts in aanmerking voor inning of invordering door de Dienst maar dus niet meer voor de voorschotten.

De “voorschotten” zijn definitief verworven voor de onderhoudsgerechtigde. Zij kunnen dus niet worden teruggevorderd tenzij in uitzonderlijke omstandigheden (art. 17 van de wet, bv. bij bedrog).

Er zouden geen voorschotten verschuldigd zijn op “buitengewone uitgaven” tenzij geïncorporeerd in het periodiek verschuldigde onderhoudsgeld (T. ROBERT, “De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor ali-

mentatievorderingen” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 297).

In de mate dat deze “buitengewone uitgaven” steunen op een wettelijke onderhoudsplicht naar kinderen toe, wordt niet ingezien waarom zij niet in aanmerking zouden komen. Anderzijds geven dit soort uitgaven wel steeds aanleiding tot oeverloze discussies die de slagkracht van de Dienst ongetwijfeld zouden verlammen.

Het “saldo” is het verschil tussen het bedrag van het toegekend voorschot en het integrale bedrag van de termijn van het onderhoudsgeld.

**206** “Achterstellen” zijn de t e r m i j n e n die op het ogenblik van de aanvraag tot tegemoetkoming reeds zijn vervallen en die niet of niet volledig werden betaald door de onderhoudsplichtige.

De vijfjarige verjaringstermijn blijft van toepassing en de wet doet geen afbreuk aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de onderhoudsplichtige.

**207** Er kan pas een aanvraag ingediend worden indien de onderhoudsplichtige zich gedurende twee, al dan niet opeenvolgende, termijnen in de loop van de twaalf maanden die aan de aanvraag voorafgaan, geheel of ten dele onttrokken heeft aan de verplichting tot betaling van het onderhoudsgeld (art. 6, eerste al. van de wet).

Het voorschot is gelijk aan het onderhoudsgeld met een maximum van € 175 per maand en per alimentatiegerechtigde (art. 4 van de wet). In geval van gedeeltelijke betaling van een termijn van het onderhoudsgeld door de onderhoudsplichtige ten belope van een bedrag dat lager is dan voormelde € 175, wordt het voorschot beperkt tot het verschil tussen dit bedrag en het werkelijk ontvangen bedrag.

#### § 4. Toepassingsvoorwaarden (artt. 2, 4 en 6)

**208** Zoals boven reeds werd opgemerkt, werden de toepassingsvoorwaarden door de Programmawet van 22 december 2003 behoorlijk teruggeschoefd. Zij kunnen als volgt worden samengevat:

- onderhoudsgerechtigde en onderhoudsplichtige moeten op het ogenblik van de aanvraag nog in l e v e n zijn (T. ROBERT, “De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 299);
- er wordt geen nationaliteitsvereiste gesteld;
- de onderhoudsgerechtigde moet zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in België hebben; voor de onderhoudsplichtige geldt dat hij zijn woonplaats in België heeft of er inkomsten geniet;

- het moet gaan om onderhoudsgeld dat verschuldigd is aan de kinderen en dat werd vastgesteld hetzij door een uitvoerbare gerechtelijke beslissing, hetzij in een overeenkomst als bedoeld in artikel 1288, 3° van het Ger.W., hetzij bij een uitvoerbare schikking bedoeld in de artikelen 731 tot 734 van het Ger.W.; verder het onderhoudsgeld dat verschuldigd is tussen echtgenoten of tussen samenwonenden en dat werd vastgesteld hetzij door een uitvoerbare gerechtelijke beslissing, hetzij in een overeenkomst als bedoeld in artikel 1288, 4° van het Ger.W. (ook de vorderingen gegrond op de art. 301 (nieuw) BW, art. 301 306, 307 en 307bis (oud) BW worden bedoeld);
- de onderhoudsplichtige moet zich gedurende twee, al dan niet opeenvolgende termijnen in de loop van de twaalf maanden die aan de aanvraag voorafgaan, geheel of ten dele onttrokken hebben aan de verplichting tot betaling van het onderhoudsgeld;
- in principe hanteert de wet in haar oorspronkelijke versie geen bestaansmiddelengrens doch ingevolge de Programmawet van 22 december 2003 mag voor het aanvragen van voorschotten (enkel voor kinderen) de niet-onderhoudsplichtige vader, moeder of persoon die de bewaring heeft over het kind, evenals het meerderjarige kind dat niet meer bij zijn ouders inwoont, geen inkomsten hebben die het bedrag van € 1.111 netto per maand overschrijden. Dit plafond wordt niet aangepast in functie van het aantal kinderen dat bij de niet-onderhoudsplichtige ouder of persoon leven;
- het voorschot is gelijk aan het onderhoudsgeld met een maximum van € 175 per maand en per alimentatiegerechtigde; in geval van gedeeltelijke betaling van een termijn van het onderhoudsgeld door de onderhoudsplichtige ten belope van een bedrag dat lager is dan voormelde € 175 wordt het voorschot beperkt tot het verschil tussen dit bedrag en het werkelijk ontvangen bedrag; voormeld bedrag en de toekenningsvoorwaarden kunnen bij koninklijk besluit genomen in ministerraad gewijzigd worden.

## § 5. Procedure (artt. 5, 7 tot 11, 12 tot 27)

### A. ALGEMEEN

**209** Er kan slechts een aanvraag ingediend worden indien de onderhoudsplichtige zich gedurende twee, al dan niet opeenvolgende, termijnen in de loop van de twaalf maanden die aan de aanvraag voorafgaan, geheel of ten dele onttrokken heeft aan de verplichting tot betaling van het onderhoudsgeld. De aanvraag moet worden ingediend bij de Dienst in tweevoud en kan ondertekend worden door de onderhoudsgerechtigde, zijn wettelijke vertegenwoordiger of zijn advocaat. De advocaat moet wel een (geschreven) bijzondere volmacht hebben. Indien de voorschotten op zijn derdenrekening moeten worden gestort dan moet zulks uit de volmacht blijken.

De verplichte vermeldingen in de aanvraag worden opgesomd in artikel 7 van de wet.

Voor een minderjarige onderhoudsgerechtigde zal zijn wettelijke vertegenwoordiger de aanvraag indienen, tenzij er een belangenconflict is, of de wettelijke vertegenwoordiger niet wil of kan optreden. Er kan dan een voogd *ad hoc* worden aangesteld ofwel indien de minderjarige voldoende onderscheidingsvermogen heeft, zou hij zelf kunnen optreden. De vraag is wel hoe een administratie zoals de Dienst dit in de praktijk zal beoordelen (T. ROBERT, "De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 310; I. ANNE, "De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaas, weinig wol?", *EJ* 2004, 99).

Er wordt niet vereist dat men zich richt tot de Dienst van zijn woonplaats of gewone verblijfplaats (T. ROBERT, "De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen", 309). De aanvrager kan zijn dossier opsturen per post of afgeven bij één van de 145 plaatselijke registratiekantoren van de FOD Financiën (I. ANNE, "De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaas, weinig wol?", *EJ* 2004, 99).

**210** Bij de aanvraag wordt gevoegd de uitgifte of de minuut, voorzien van het formulier van tenuitvoerlegging, van de gerechtelijke beslissing of van de akte bedoeld in artikel 1288, 3° of 4° Ger.W., van de uitvoerbare gerechtelijke beslissing of van de uitvoerbare schikking, waarin het onderhoudsgeld wordt vastgesteld of gewijzigd, de stukken van betekening van de gerechtelijke beslissing, evenals de stukken van tenuitvoerlegging.

Het indienen van de aanvraag impliceert dat de onderhoudsgerechtigde verzaakt voor de toekomst en zolang de Dienst zijn dossier behandelt aan elk initiatief tot uitvoering van zijn vordering. Er kan echter wel klacht neergelegd worden voor familieoverlating (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 353).

Onmiddellijk na ontvangst van de aanvraag, geeft de Dienst de onderhoudsplichtige, bij een ter post aangetekende brief, kennis van de aanvraag tot tegemoetkoming. Deze kennisgeving vermeldt uitdrukkelijk dat, indien de tegemoetkoming wordt toegestaan, de Dienst in de plaats van de onderhoudsgerechtigde zal overgaan tot inning en invordering van de alimentatievorderingen.

De onderhoudsplichtige beschikt over een termijn van vijftien dagen, te rekenen vanaf de datum van het aangetekend versturen van de kennisgeving om aan te tonen dat hij de gerechtelijke beslissing of de overeenkomst als bedoeld in artikel 1288, 3° of 4° Ger.W. regelmatig heeft uitgevoerd of dat de door de onderhoudsgerechtigde ingeroepen titel van de alimentatievordering niet meer actueel is.

Zodra de aanvraag volledig is, beschikt de Dienst over een termijn van dertig dagen om te beslissen of de onderhoudsgerechtigde al dan niet recht heeft op de tegemoetkoming van de Dienst. Hij geeft bij ter post aangetekende brief kennis van zijn beslissing aan de onderhoudsgerechtigde.

**211** Wanneer de beslissing niet gunstig beschikt op de aanvraag van de onderhoudsgerechtigde of wanneer geen beslissing is genomen binnen de voormelde termijn, kan deze de zaak aanhangig maken bij de beslagrechter middels een (eenzijdig) verzoekschrift dat op straffe van verval moet zijn ingediend binnen een termijn van één maand, te rekenen van de voormelde kennisgeving. Volgens ROBERT wordt de vordering niet ingesteld en behandeld zoals in kort geding (T. ROBERT, “De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen” in P. SENAEVE en F. SWENNEN (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 312; in dezelfde zin J.-P. MASSON, “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du Service public fédéral des Finances”, *JT* 2004,193).

De vraag rijst hoe de onderhoudsgerechtigde zal weten vanaf wanneer de aanvraag “volledig” is en de voormelde termijnen bijgevolg beginnen te lopen.

De bevoegde beslagrechter is deze van de woonplaats van de onderhoudsgerechtigde.

Indien de tegemoetkoming wordt toegestaan, geeft de Dienst de onderhoudsplichtige bij een ter post aangetekende brief, ervan kennis dat hij in de plaats van de onderhoudsgerechtigde overgaat tot inning en invordering van de alimentatievordering en van de achterstallen.

**212** Deze kennisgeving geldt als ingebrekestelling en stuit de verjaring.

Indien de aanvraag wordt toegestaan, treedt de Dienst in de plaats van de onderhoudsgerechtigde.

Voor de terugvordering van de voorschotten speelt het mechanisme van de subrogatie terwijl dit voor de inning en terugvordering van de achterstallen het mechanisme is van het mandaat (N. GALLUS, “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF (MB 28 mars 2003)”, *Div.Act.* 2004, 21 en 23; J.-P. MASSON, “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du Service public fédéral des Finances”, *JT* 2004, 194).

## B. INNING EN INVORDERING

**213** Ten vroegste één maand na de kennisgeving aan de onderhoudsplichtige, gaat de Dienst over tot de invordering van de verschuldigde bedragen door middel van een dwangbevel, overeenkomstig de bepalingen van artikel



94 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991. Dit is het gemeen recht inzake invordering van sommen verschuldigd aan de staat.

Na de betekening van het dwangbevel kan de Dienst bij een ter post aange- tekende brief, uitvoerend beslag onder derden leggen op de bedragen en zaken die de bewaarnemer of de schuldenaar van de onderhoudsplichtige verschul- digd is of moet teruggeven. Het beslag wordt eveneens bij een ter post aan- getekende brief ter kennis van de onderhoudsplichtige gebracht.

Voor het overige zijn de bepalingen bedoeld in artikel 85*bis*, § 1, tweede en derde lid, § 2 en § 3 van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde, van toepassing.

Indien de onderhoudsgerechtigde beschikt over een o n t v a n g s t m a c h t i - g i n g dan kan de Dienst, onverminderd de gebruikelijke uitvoeringsmaat- regelen en na kennisgeving bij een ter post aangetekende brief van de beslis- sing tot tegemoetkoming, de gerechtelijke beslissingen of de in artikel 1288, 3° Ger.W. bedoelde overeenkomst tegen alle tegenwoordige en toekomstige derden-schuldenaars inroepen.

**214** De derde-schuldenaar kan na de kennisgeving slechts bevrijdend beta- len aan de Dienst.

De in de artikelen 1409, 1409*bis* en 1410, § 1, § 2, 1° tot 6°, § 3 en § 4 Ger.W. vastgelegde beperkingen en uitsluitingen betreffende de overdracht en het beslag zijn niet van toepassing.

Geen enkele invordering mag nochtans geschieden zolang de onderhouds- plichtige het leefloon geniet of indien hij slechts beschikt over bestaansmid- delen die lager liggen of gelijk zijn aan het bedrag van het leefloon waarop hij aanspraak zou kunnen maken. Bovendien mag de invordering niet tot resul- taat hebben dat de onderhoudsplichtige slechts zou beschikken over bestaans- middelen die lager liggen dan het bedrag van het leefloon waarop hij aan- spraak zou kunnen maken.

**215** Indien de onderhoudsplichtige overeenkomstig de artikelen 1675/2 Ger.W. e.v. een collectieve schuldenregeling heeft verkregen, wordt de Dienst, voor de toepassing van de artikelen 1675/7 en 1675/13 Ger.W., geacht een schuldeiser van onderhoudsgelden te zijn.

Hij ontsnapt hierdoor aan de volledige gelijkheid tussen de samenlopende schuldeisers.

Zie *boven* nrs. 164-177.

Teneinde de invordering te garanderen zijn de openbare diensten of de instel- lingen die belast zijn met een opdracht van openbaar nut ertoe gehouden op hun kosten alle nuttige inlichtingen te verstrekken met betrekking tot de be- staansmiddelen, de woonplaats of de verblijfplaats van de onderhoudsplich-

tige. Zij kunnen zich niet beroepen op het beroepsgeheim teneinde inlichtingen te weigeren (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaat, weinig wol?”, *EJ* 2004, 99). De Koning bepaalt de nadere regels betreffende de toepassing van deze bepaling. Samen met het dwangbevel is dit uiteraard een krachtig middel om betaling van het onderhoudsgeld te bekomen.

Zonder afbreuk te doen aan de reglementering met betrekking tot het beroepsgeheim mag de Dienst de vrederechter van de woonplaats van de onderhoudsplichtige bij verzoekschrift vragen de privépersonen (bv. werkgever of bank) die hij aanwijst, 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.

### C. BIJZONDERHEDEN

#### **216** Enkel betalingen aan de Dienst zijn bevrijdend.

De derde-schuldenaar kan na de kennisgeving slechts bevrijdend betalen aan de Dienst.

In geval van bedrog is terugvordering ten laste van de onderhoudsgerechtigde mogelijk door de Dienst. Hetzelfde geldt wanneer wetens en willens onjuiste of onvolledige verklaringen werden afgelegd of de Dienst niet in kennis werd gesteld van elk nieuw gegeven dat van invloed kan zijn op het bedrag van de voorschotten of van de alimentatievordering (art. 17 van de wet).

**217** Een rekenplichtige wordt belast met de ontvangst van het onderhoudsgeld en de betaling van het saldo en de achterstallen. Deze opent een financiële rekening die hij beheert. Deze financiële rekening wordt enkel gebruikt voor de ontvangsten en uitgaven van het onderhoudsgeld, voor de terugbetalingen van de onverschuldigde betalingen door de onderhoudsplichtige en voor de betaling van de invorderingskosten (art. 24, § 1 van de wet).

Indien de rekenplichtige van oordeel is dat het saldo van het onderhoudsgeld, de achterstallen of de interesten definitief niet invorderbaar zijn, kan hij de minister van Financiën vragen om van de invordering af te zien en de schuldvordering te “annuleren”. Is de invordering echter “onmogelijk” dan kan ze worden opgeschort en wordt ze geboekt als “voor onbepaalde tijd uitgesteld” (art. 26 en 27 van de wet). In beide gevallen wordt de onderhoudsgerechtigde hiervan in kennis gesteld bij ter post aangetekende brief.

Deze kan de invordering opnieuw activeren door nieuwe elementen over het inkomen of het vermogen van de onderhoudsplichtige mede te delen (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaat, weinig wol?”, *EJ* 2004, 104).

**218** Er is een werkingskost verschuldigd aan de Dienst zowel door de onderhoudsplichtige (10 % van het bedrag van de te innen of in te vorderen hoofdsommen) als door de onderhoudsgerechtigde (5 % van het bedrag van het saldo van de geïnde of ingevorderde bedragen) (art. 5 van de wet). Voor de onderhoudsplichtige komt de werkingskost bovenop de verschuldigde alimentatie. De administratie beschikt daarvoor over een eigen vordering.

Wat de onderhoudsgerechtigde betreft komt de inhouding neer op een verminderde ontvangst die niet kan worden gerecupereerd op de onderhoudsplichtige. Het is als het ware de bezoldiging van de dienstverlening van de Dienst. Op die manier wordt de onderhoudsgerechtigde gesanctioneerd voor een tekortkoming, t.w. de niet-betaling van de alimentatie door de onderhoudsplichtige. Anderzijds brengt de werkingskost wel het besef bij dat elke dienstverlening een kostprijs heeft, of ze nu geleverd wordt door een advocaat, een gerechtsdeurwaarder of door de overheid.

## § 6. Einde (art. 11)

**219** Er zijn twee gronden tot beëindiging van de opdracht van de Dienst:

- de onderhoudsgerechtigde kan op elk moment afzien van de tegemoetkoming;
- zodra alle vervallen termijnen van het onderhoudsgeld gedurende ten minste 6 opeenvolgende maanden zijn betaald. Voor het stopzetten door de Dienst van de betaling van de voorschotten is niet vereist dat ook de achterstallen zouden zijn aangezuiverd, wel voor zijn opdracht tot inning en invordering (N. GALLUS, “La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF (MB 28 mars 2003)”, *Div.Act.* 2004, 22).

De wijze waarop de onderhoudsgerechtigde kan afzien van de verdere invordering en waarop hij zijn titel kan terugvorderen, is niet nader gepreciseerd. Het zou dus zowel mondeling als schriftelijk kunnen gebeuren.

Voor de onderhoudsgerechtigde betekent zulks wel (in de relatie tot de Dienst) een verzaking aan de achterstallen en het vervallen onderhoudsgeld voor de beëindiging. Hij kan die verzaking niet meer herroepen bij een gebeurlijke volgende aanvraag tot tegemoetkoming van de Dienst (art. 11, § 4 wet). Er is echter geen afstand van recht opzichts de onderhoudsplichtige (I. ANNE, “De wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaas, weinig wol?”, *EJ* 2004, 103).

## AFDELING XI

## ONDERHOUDSVORDERING EN STRAFRECHT

Vermits de studie van de strafrechtelijke aspecten eigenlijk niet binnen het opzet van dit boek valt, worden de volgende onderwerpen maar schematisch behandeld.

**§ 1. Familieverlating**

## A. GRONDSLAGEN

**220** De grondslag van dit misdrijf wordt gevormd door de artikel 391*bis* Sw. en aansluitend artikel 391*ter* Sw. (L. DUPONT, *Verlating van familie* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1975, 112 p.; A. KEBERS, *Abandon de famille* in *Les Nouvelles*, Droit pénal, III, Brussel, Larcier, 1972, 575-588; M. ROZIE, "Alimentatie en strafrecht" in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 159 e.v.; P. TRAEST en A. WINANTS, "Strafrecht en Familierecht" in *Personen- en Familierecht. Gezin en Recht in een Postmoderne Samenleving, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1993/1994*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 55-103).

Het eerste, tweede en derde lid van artikel 391*bis* Sw. bepalen: "Met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van vijftig euro tot vijfhonderd euro of met een van die straffen alleen, onverminderd de toepassing van strengere straffen, indien daartoe grond bestaat, wordt gestraft hij die, na door een rechterlijke beslissing waartegen geen verzet of hoger beroep meer openstaat, te zijn veroordeeld om een uitkering tot onderhoud te betalen aan zijn echtgenoot, aan zijn bloedverwanten in de nederdurende of in de opgaande lijn, meer dan twee maanden vrijwillig in gebreke blijft de termijnen ervan te kwijten. Met dezelfde straffen wordt gestraft hij die, in de omstandigheden omschreven in het eerste lid, niet voldoet aan de verplichtingen bepaald in de artikelen 203*bis*, 206, 207, 301, 303, 336 en 353-14 van het Burgerlijk Wetboek en in de artikelen 1288, 3<sup>o</sup> en 4<sup>o</sup> van het Gerechtelijk Wetboek. Dezelfde straffen zijn van toepassing op de echtgenoot die zich vrijwillig geheel of ten dele onttrekt aan de gevolgen van de machtiging door de rechter verleend krachtens de artikelen 203*ter*, 221 en 301, § 11 van het Burgerlijk Wetboek en 1280, vijfde lid van het Gerechtelijk Wetboek wanneer tegen die machtiging geen verzet of hoger beroep meer openstaat". De overige leden van het artikel hebben o.m. betrekking op de niet-naleving van de sociale wetgeving.

Artikel 391*ter* Sw. bepaalt: "Wanneer een persoon meer dan twee maanden in gebreke is gebleven te voldoen aan een van de verplichtingen op de niet-nakoming waarvan door artikel 391*bis* straf is gesteld, kan hij voor de vrederechter worden opgeroepen op verzoek van belanghebbenden of van het openbaar

ministerie. De oproeping geschiedt door middel van een aangetekende brief, door de griffier getekend en verzonden met een bericht van ontvangst. De vrederechter neemt de verklaringen van de partijen af en maakt van een en ander een proces-verbaal op, dat hij aan de procureur des Konings doet toekomen”.

De bedoeling is voorafgaand aan de strafvervolgning klaarheid te brengen in de verhoudingen tussen de partijen en hen nog de kans te geven tot een laatste verzoeningspoging (L. DUPONT, *Verlating van familie* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1975, 84).

Deze procedure die voorheen verplichtend was en een substantiële formaliteit vormde zonder welke de vervolging voor de strafrechter onontvankelijk was, werd door artikel 2 van de wet van 5 juli 1963 (*BS* 19 juli 1963) facultatief gemaakt. De procedure had de verwachtingen die men erin gesteld had niet ingelost en vertraagde onnodig de strafvordering. Thans wordt ze praktisch niet meer of toch weinig toegepast. Dit valt te betreuren, zelfs al is de verzoeningspoging facultatief; de ervaring leert dat heel wat gedwongen uitvoeringen betreffende achterstallige alimentatie worden aangevat en daarbij de strafrechtelijke weg wordt gekozen zonder dat men er zich van heeft vergewist of de debiteur wel een correcte afrekening heeft gekregen, dat hij die wel heeft begrepen en dat hij daarop geen terechte opmerkingen heeft. De vraag naar een correcte afrekening en de bemerkingen daarop rijst dan voor het eerst voor de beslagrechter of voor de strafrechter. De vrederechter zou hier inderdaad heel wat klaarheid kunnen brengen en partijen via zijn bemiddeling tot een minnelijke regeling kunnen bewegen. Is er kwade trouw bij de debiteur dan kan dit ook onmiddellijk worden vastgesteld. Het argument van de onnodige vertraging van de strafvordering is niet meer overtuigend. Meestal wordt er onmiddellijk rechtstreeks gedagvaard voor de strafrechter precies omdat het strafonderzoek op zich al te lang aansleept wat dan weer wordt verklaard door onduidelijke afrekeningen en het dikwijls terechte verweer daarop van de debiteur. Zonder voorafgaand strafonderzoek verschuift het debat echter naar de zitting van de strafrechter waar de zaak dan omwille van haar instaatstelling herhaalde malen moet worden uitgesteld.

**221** Familieverlating is geen klachtdelict. Het is een verzuimmisdrijf zodat de poging tot verlating van familie niet strafbaar is. Het strafbaar feit bestaat in een niet-handelen, in een niet-voldoen aan juridische verplichtingen. Dit sluit op zich de mogelijkheid van strafbare poging uit (L. DUPONT, *Verlating van familie* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1975, 18, nr. 37).

De meeste vormen van verlating van familie kunnen gekwalificeerd worden als voortdurende misdrijven. Bij deze misdrijven begint de verjaring van de strafvordering slechts te lopen vanaf het ogenblik waarop de delictuele toestand beëindigd is d.w.z. vanaf het ogenblik dat de onderhoudsplichtige zijn rechterlijk vastgestelde onderhoudsplicht nakomt (Cass. 22 september 2004, *RTDF* 2005, 634).

Bepaalde vormen van familieverlating zijn geen voortdurende misdrijven maar wel aflopende of ogenblikkelijke misdrijven. Dit zijn misdrijven die door de wet worden omschreven als een doen of een laten op een bepaald ogenblik. Voorbeelden daarvan zijn de gevallen van ontvangstmachtiging zoals opgenomen onder het derde lid van artikel 391*bis* Sw. en het niet-ervullen van de door de sociale wetgeving voorgeschreven formaliteiten waardoor de onderhoudsgerechtigden verstoken blijven van de voordelen waarop zij aanspraak konden maken zoals bepaald onder het vierde en vijfde lid van artikel 391*bis* Sw.

**222** Het misdrijf grijpt plaats daar waar de betaling dient te geschieden. Vermits schulden haalbaar zijn grijpt het misdrijf plaats in de woon- of verblijfplaats van de onderhoudsplichtige tenzij in de titel zou bepaald zijn dat de alimentatieschuld draagbaar is, dan is het de woon- of verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde. De haalbaarheid van de onderhoudsschuld kan voor gevolg hebben dat de Belgische rechter maar bevoegd is indien:

- de schuldlige Belg is;
- hij in België kan worden aangetroffen;
- de feiten eveneens strafbaar zijn in het land waar zij werden begaan (art. 7, § 1 en art. 12, eerste lid Voorafgaande Titel Sv.).

#### B. MOREEL ELEMENT

**223** Het bestaan van een bijzonder intentioneel element is niet vereist. Algemeen opzet volstaat. Er moet *vrijwilligheid* zijn d.w.z. de wil om zich aan zijn onderhoudsverplichting te onttrekken, terwijl men weet dat men daartoe verplicht is. Het is dus het *wetens en willens* weigeren zijn onderhoudsverplichtingen na te komen (L. DUPONT, *Verlating van familie* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1975, 61, nr. 150).

Er is bijvoorbeeld geen vrijwilligheid wanneer de debiteur mocht denken dat de schuldeiser verzaakt had aan zijn achterstallen. De debiteur mag ook zijn insolventie oproepen, op voorwaarde dat deze onvrijwillig en totaal is. Bij gedeeltelijke insolventie is er geen onvrijwilligheid (L. DUPONT, *Verlating van familie*, 63, nr. 156).

De strafrechter kan autonoom de betalingsmogelijkheden van de debiteur onderzoeken en nagaan of er al dan niet een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Het vermoeden dat de burgerlijke rechter rekening gehouden heeft met alle omstandigheden die de betaalkracht van de schuldenaar bepalen, moet beschouwd worden als een *weerlegbaar vermoeden* (J.-M. MICHIELS, *De verlating van familie naar Belgisch en Frans recht*, Antwerpen-Tongeren, 1954, 73-74, nr. 43).

#### C. MATERIEEL ELEMENT

**224** Het misdrijf kan bestaan met betrekking tot de niet-naleving van de familiale onderhoudsverplichtingen of sommendelegaties:

- tussen ouders en kinderen, artikel 203, 203*bis*, 203*ter*, 205, 206, 207 en 223 BW (Cass. 1 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 665 en *RW* 1965-66, 1754), 1280, eerste lid Ger.W. en 1288, 3° Ger.W.;
- tussen adoptant en geadopteerde, nieuw artikel 353-14 BW (art. 364 (oud) BW);
- de waarschijnlijke vader, artikel 336 BW;
- tussen echtgenoten tijdens het huwelijk, artikel 213, 221, 223 BW, artikel 1280, eerste lid Ger.W. (de verwijzing naar art. 1306 Ger.W. werd opgeheven door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007);
- tussen ex-echtgenoten na echtscheiding, artikel 301 en 1288, 4° Ger.W.; de verwijzingen naar de oude artikelen 306, 307 BW en 1306 Ger.W. werden opgeheven door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007; eigenaardig genoeg werd de verwijzing naar artikel 303 BW behouden niettegenstaande dit artikel al door de wet van 13 april 1995 (*BS* 24 mei 1995) werd opgeheven.

De onderhoudsgerechtigde hoeft geen bewijs te leveren van “behoefte”. Het misdrijf is zowel van toepassing op de beperkte onderhoudsverplichtingen die als grondslag de “behoefte” hebben als op de uitgebreide onderhoudsverplichtingen die gesteund zijn op de “levensstandaard”.

Vermits in de delictsomschrijving van familieverlating wordt verwezen naar de verplichtingen bepaald in artikel 203*bis* BW moeten onder “uitkering tot onderhoud” alle bijdrageplichten van de ouders opgesomd in artikel 203, § 1 BW worden begrepen, met inbegrip van het betalen van schoolgelden (Cass. 2 maart 2004, *NJW* 2004, 1026, noot G. VERSCHULDEN, *RW* 2004-05, 827, *RTDF* 2007, 297 en *De Juristenkrant* 2004 (weergave S. VANDROMME), nr. 88; F. APS en V. VANHIMBEEK, “Kroniek van het echtscheidingsrecht (1999-2004)”, *RW* 2004-05, 1128, nr. 24).

**225** Verder moet er nog voldaan zijn aan de volgende voorwaarden.

a. Door een rechterlijke beslissing waartegen geen verzet of hoger beroep meer openstaat, veroordeeld zijn of ingevolge een bekrachtigde overeenkomst voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming gehouden zijn, om een uitkering tot onderhoud te betalen of om een loondelegatie te ondergaan (Cass. 27 januari 1987, *RW* 1987-88, 465). Het heeft geen belang of de rechterlijke beslissing uitvoerbaar was of niet. Anderzijds is niet vereist dat de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, bijvoorbeeld wanneer een cassatievoorziening wordt ingesteld. Een verstekvonnis dat vervallen is omdat het niet betekend werd binnen het jaar, kan niet als grondslag dienen van het misdrijf (art. 806 Ger.W.). Nopens de vraag of een akkoordvonnis als basis kan dienen van een veroordeling bestaat een controverse (zie hierover Corr. Charleroi 23 juni 1989, *JLMB* 1991, 141; A. MASSET, “L’abandon de famille”

in G. BOLIAU (ed.) *Séparation de fait – Commentaire pratique*, Titel VII, Hfdst. 2, Afd. 6, Brussel, Kluwer, losbl.).

b. Meer dan twee maanden vrijwillig in gebreke blijven de termijnen ervan te kwijten, eventueel deels in het buitenland, deels in België (Cass. 12 mei 1989, *RW* 1989-90, 193, noot A. VANDEPLAS). Voor de toepassing van het misdrijf mag de niet-betaling gedeeltelijk zijn en de twee maanden hoeven niet opeenvolgend te zijn. Achterstallen die ontstaan zijn als gevolg van het retroactief effect van het vonnis komen niet in aanmerking (Brussel 12 november 1993, *Rev.dr.pén.* 1995, 663; Corr. Turnhout 14 september 1994, *RTDF* 1996, 291). Inzake de echtscheiding door onderlinge toestemming begint de termijn van twee maanden ofwel te lopen één maand na de uitspraak van het echtscheidingsvonnis d.w.z. wanneer dit definitief is geworden (art. 1299 en 1300 Ger.W.) ofwel vanaf de dag van de eerste verschijning van de echtgenoten (art. 1291 Ger.W.). Dit laatste standpunt wordt ingenomen door een belangrijk deel van de rechtsleer en rechtspraak (Corr. Turnhout 14 september 1994, *RTDF* 1996, 291; M.-A. BEERNAERT, “Droit pénal de la famille – chronique de jurisprudence 1992-1997”, *Div.Act.* 1998, 101; A. MASET en V. BASTIAEN, “Infractions pénales spécifiques” in G. BOLIAU (ed.), *Divorce – Commentaire pratique*, Titel X, Hfdst. 2, Brussel, Kluwer, losbl.). Er moet hier echter genuanceerd worden. Indien het gaat om alimentatievorderingen die al beginnen te lopen tijdens de echtscheidingsprocedure zoals bijvoorbeeld voor de kinderen of voor de echtgenoot als toepassing van de hulpplicht dan is het evident dat de termijn van twee maanden een aanvang neemt vanaf de dag van de eerste verschijning. Gaat het om alimentatievorderingen die betrekking hebben op de periode na de ontbinding van het huwelijk, bijvoorbeeld de uitkering na echtscheiding ten voordele van de ex-echtgenoot, dan kan de termijn van twee maanden uiteraard maar beginnen lopen vanaf de gebeurtenis die het “gerechtigd zijn op” doet ontstaan, zijnde de echtscheiding.

In een casus waar de rechtstreeks gedaagde de compensatie inriep van wat hij teveel had betaald aan alimentatie met het lopende onderhoudsgeld dat hij moest betalen, sprak de correctionele rechtbank te Brussel hem vrij (Corr. Brussel 4 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 116).

**226** Het instellen van een eis tot vermindering van de uitkering tot onderhoud stelt de onderhoudsplichtige niet vrij van de verplichting verder de beslissing uit te voeren, die er het bedrag van bepaald heeft zolang hij door middel van de burgerlijke rechtsovereenkomst geen vermindering verkregen heeft.

Een tegensprekelijk vonnis dat in laatste aanleg werd gewezen hoeft niet meer betekend te worden, zodat geen verzet of hoger beroep openstaat (Cass. 27 januari 1987, *RW* 1987-88, 465).

**227** De vraag of een wijzigende onderhandse overeenkomst na echtscheiding door onderlinge toestemming die niet bekrachtigd werd door de rechtbank, gesanctioneerd wordt door artikel 391bis Sw. is omstreden (*pro* J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994,



102, voetnoot 443; *anders*: J. DE GAVERE, “Le divorce et la séparation de corps”, *TPR* 1975, 248).

Artikel 391*bis* Sw. kan niet bij uitbreiding of naar analogie worden toegepast wanneer de onderhoudsplichtige in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming slechts gehouden is tot de meerderjarigheid van de kinderen en hij daarna niet meer betaalt.

*In casu* studeerden de kinderen nog en was in de familierechterlijke overeenkomst wel voorzien in de mogelijkheid, mits akkoord, tot het verderzetten en verhoging van de onderhoudsbijdrage doch zulk akkoord was er blijkbaar niet evenmin als een nieuwe titel (Corr. Oudenaarde 14 juni 2002, *RW* 2002-03, 1150).

**228** Inzake de collectieve schuldenregeling blijft na de toelaatbaarheidsverklaring de mogelijkheid tot het misdrijf van familieverlating enkel bestaan voor de lopende onderhoudsgelden. Wat de achterstallen betreft zou de collectieve schuldenregeling dan gelden als een opheffing van het moreel element, d.w.z. van de vrijwilligheid (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 119).

#### D. PROCEDURE

**229** De onderhoudsschuldeiser kan:

- klacht neerleggen;
- klacht neerleggen bij de onderzoeksrechter en zich burgerlijke partij stellen;
- rechtstreeks dagvaarden voor de correctionele rechtbank.

De strafrechtelijke sanctionering leidt niet tot een nieuwe alimentatietitel, wel kan de burgerlijke partij een vergoeding vorderen voor haar morele, respectievelijke materiële schade (bv. de meerkost waartoe een correctionele procedure aanleiding geeft of de kosten van het afsluiten van een lening om in het persoonlijk onderhoud te kunnen voorzien; zie wat dit laatste betreft, Brussel 27 februari 1946, *JT* 1946, 302, noot R. VAN DER MADE).

Het misdrijf van verlating van familie wordt gepleegd op de plaats waar de onderhoudsplichtige méér dan twee maanden vrijwillig in gebreke blijft de onderhoudsuitkering waartoe hij verplicht is, uit te voeren (B. DE SMET, “Plaatsbepaling van het misdrijf familieverlating” (noot onder Cass. 5 juni 2007), *RW* 2007-08, 1408-1410).

Krachtens artikel 23 Sv. is de territoriaal bevoegde rechtbank onder meer de rechtbank van de plaats waar de beklaagde zijn verblijfplaats heeft. In het geval van een veroordeling tot onderhoudsbijdrage door een Nederlandse rechterlijke beslissing die uitvoerbaarverklaard was in België en waarbij de tenuitvoerlegging in de Belgische verblijfplaats van de onderhoudsplichtige plaatsgreep, oordeelde het Hof van Cassatie dat de Belgische rechter bevoegd was (Cass. 5 juni 2007, *RW* 2007-08, 1407, noot B. DE SMET).

## § 2. Het in behoeftige toestand achterlaten van een kind

### A. GRONDSLAGEN

**230** De grondslag wordt gevormd door het artikel 424 Sw. dat bepaalt: “Met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van vijftig euro tot zeshonderd euro of met een van die straffen alleen, onverminderd, indien daartoe grond bestaat, de toepassing van strengere strafbepalingen, worden gestraft: De vader of moeder of de adoptanten die hun kind in behoeftige toestand achterlaten, ook al wordt het niet alleen gelaten, die weigeren het weer bij zich te nemen en weigeren zijn onderhoud te betalen als zij het aan een derde hebben toevertrouwd of als het bij rechterlijke beslissing aan een derde is toevertrouwd. In geval van een tweede veroordeling wegens een van de in dit artikel omschreven misdrijven, gepleegd binnen een termijn van vijf jaar, te rekenen van de eerste, kunnen de straffen worden verdubbeld”.

**231** Het misdrijf is niet afhankelijk van een vordering tot uitkering van onderhoudsgeld zoals bepaald door artikel 391*bis* Sw. (Cass. 17 maart 1952, *Pas.* 1952, I, 436).

Er is niet vereist dat vader en moeder gelijktijdig hun kind achterlaten (Cass. 13 mei 1929, *Pas.* 1929, I, 185).

De sanctie bestaat ook bij gebrek aan enig onderhoud t.a.v. een meerderjarig kind (Cass. 26 november 1974, *Pas.* 1975, I, 331).

### B. MOREEL ELEMENT

**232** Er moet vrijwilligheid zijn d.w.z. de wil om zich aan zijn verplichtingen te onttrekken, terwijl men weet dat men daartoe verplicht is. Het is dus het *wetens en willens* weigeren zijn (onderhouds)verplichtingen na te komen.

### C. MATERIEEL ELEMENT

**233** Het vrijwillig in gebreke blijven op zich wordt gesanctioneerd. Er is geen gerechtelijke titel vereist dit in tegenstelling tot het misdrijf van de familieverlating dat precies het niet-respect van een bestaande titel sanctioneert. Het misdrijf van het in behoeftige toestand achterlaten van een kind bestaat dus *vóór* dat er een titel bestaat.

Wanneer klacht wordt neergelegd wegens het niet-betalen van onderhoudsbijdrage voor kinderen is het dus van belang dat zowel de toepassing van artikel 391*bis* Sw. als van artikel 424 Sw. wordt ingeroepen omdat het toepassingsgebied veel ruimer is dan enkel maar de niet-naleving van een rechterlijke beslissing.

Er is geen vereiste om gedurende meer dan twee maanden in gebreke gebleven te zijn.

Het misdrijf blijft beperkt tot de onderhoudsverplichting t.a.v. kinderen en niet deze tussen (ex-)echtgenoten. Het betreft dus onder meer de onderhoudsverplichtingen bedoeld in de artikelen 203, 207 en 353-14 BW (art. 364 (oud) BW).

#### D. PROCEDURE

**234** Er wordt verwezen naar wat werd uiteengezet *boven sub § 1* Familieverlating, nr. 229.

### § 3. Bedrieglijk onvermogen

#### A. GRONDSLAGEN

**235** Het misdrijf is omschreven in het artikel 490*bis* Sw. dat bepaalt: “Met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met geldboete van honderd euro tot vijfhonderdduizend euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij die bedrieglijk zijn onvermogen heeft bewerkt en aan de op hem rustende verplichtingen niet heeft voldaan.

Dat de schuldenaar zijn onvermogen heeft bewerkt, kan worden afgeleid uit enige omstandigheid waaruit blijkt dat hij zich onvermogend heeft willen maken. Ten aanzien van de derde die mededader of medeplichtig is, vervalt de strafvordering wanneer hij de hem overhandigde goederen teruggeeft” (N. BAUWENS, “Bedrieglijk onvermogen”, *RW* 1989-90, 273-295; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 121).

**236** De algemene bewoordingen van het artikel sluiten een toepassing in het kader van de niet-naleving van een onderhoudsverplichting niet uit.

Dit misdrijf is in principe en in tegenstelling tot de familieverlating een ogenblikkelijk misdrijf. Niettemin kan het ook een voortdurend misdrijf zijn wanneer de dader niet louter zijn eigen onvermogen laat voortbestaan, doch bovendien door nieuwe handelingen zijn vermogen blijft onttrekken aan zijn schuldeisers. Dit is het geval wanneer een trainer/coach van een hockeyclub prestaties leverde voor een bvba (waarvan hij de bestuurder was) zonder daarvoor enige vergoeding te vorderen. Bovendien was de vennootschap zelf ook niet vermogend (Antwerpen 14 januari 2004, *NJW* 2004, 379, noot V.G. en *RW* 2004-05, 901, noot C. DE ROY; dit arrest toont aan dat niet altijd beroep moet worden gedaan op het misdrijf van familieverlating, art. 391*bis* Sw.).

## B. MOREEL ELEMENT

**237** Ook hier zal het algemeen intentioneel element moeten aangetoond worden in hoofde van de onderhoudsschuldenaar die zijn verplichtingen tracht te ontlopen. Er is geen bijzonder opzet vereist. Er moet vrijwilligheid zijn d.w.z. de wil om zich aan zijn verplichtingen te onttrekken, terwijl men weet dat men daartoe verplicht is. Het is dus het *wetens en willens* weigeren zijn (onderhouds)verplichtingen na te komen.

## C. MATERIEEL ELEMENT

**238** Het misdrijf veronderstelt het *wetens en willens* organiseren van zijn insolventie met de bedoeling dat uitvoeringsdaden van schuldeisers zonder effect blijven. Het is niet vereist dat de insolventie totaal is. Het volstaat dat het resterende vermogen onvoldoende geworden is opdat de schuldenaar zijn verplichtingen nog zou kunnen naleven (Cass. 17 april 1991, *Pas.* 1991, I, 736 en *RW* 1991-92, 403, noot A. VANDEPLAS). Zowel positieve handelingen als negatieve (bv. de verwerping van de nalatenschap) komen in aanmerking (Cass. 27 april 1993, *Pas.* 1993, I, 400). Andere voorbeelden zijn, het weigeren werk te zoeken (Gent 17 september 1992, *RW* 1992-93, 885), er voor zorgen dat men niet betaald wordt voor het geleverde werk (Antwerpen 18 oktober 1991, *RW* 1994-95, 470, noot S. VAN OVERBEKE; Antwerpen 27 oktober 1995, *RW* 1996-97, 54, noot M. GELDERS; Antwerpen 14 januari 2004, *NJW* 2004, 379, noot V.G.), een fictieve inschrijving van woonst (Cass. 23 mei 1995, *Pas.* 1995, I, 533; Brussel 11 april 1991, *Rev.dr.pén.* 1991, 852), zwartwerk (Brussel 13 februari 1992, *JT* 1993, 426), de wijziging van huwelijksvermogensstelsel (Corr. Luik 28 maart 1988, *JLMB* 1988, 1459).

In tegenstelling tot het in behoeftige toestand achterlaten van een kind, zal er hier wel een gerechtelijke of een conventionele titel nodig zijn zodat het kwantum van de verplichting kan worden vastgesteld. Immers het misdrijf van het organiseren van het bedrieglijk onvermogen veronderstelt het voorafgaandelijk bestaan van een zekere, vaste en opeisbare schuld (Brussel 13 februari 1992, *JT* 1993, 426).

Nochtans oordeelde het Hof van Cassatie dat het niet vereist was dat op het ogenblik dat de debiteur zijn insolventie organiseert de schuld vaststaande en opeisbaar was m.a.w. het gelijktijdig bestaan van de twee voorwaarden is niet noodzakelijk. Het misdrijf is voltrokken wanneer de beide elementen zich verenigen; de chronologische volgorde ervan speelt geen rol (Cass. 5 december 2000, *Bull.* 2000, 1866; Cass. 12 februari 2002, *Pas.* 2002, I, 386).

## D. COLLECTIEVE SCHULDENREGELING

**239** De combinatie van een klacht wegens bedrieglijk onvermogen met een klacht voor familieoverlating heeft voor gevolg dat het bekomen van een toelaatbaarheidsverklaring (art. 1675/6 Ger.W.) kan verhinderd worden. Hierdoor kan de schuldeiser vermijden dat hij geen vat meer heeft op de recuperatie van de achterstallen.

In het kader van een collectieve schuldenregeling is iedere vorm van betaling van achterstallen uitgesloten, inbegrepen de toepassing van de schuldvergelijking (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 31). Zie hierover meer *boven* onder nrs. 170-176.

#### E. DERDE MEDEPLICHTIGE

**240** Ten aanzien van de derde die mededader of medeplichtig is (bv. de vennootschap van de alimentatieplichtige), vervalt de strafvordering wanneer hij de hem overhandigde goederen teruggeeft (art. 490*bis*, § 2 Sw.). Is dit niet het geval dan kan hij zowel op het penale vlak vervolgd worden als op het civielrechterlijk vlak aangesproken worden en veroordeeld tot het herstel van het geheel van de schade die de alimentatieschuldeiser geleden heeft (Cass. 23 mei 1993, *Pas.* 1993, I, 321).

#### F. PROCEDURE

**241** Er wordt verwezen naar wat werd uiteengezet *boven sub* § 1 Familieverlating, nr. 229.

Ook hier kan geen nieuwe alimentatietitel bekomen worden, wel een schadevergoeding.

HOOFDSTUK VII  
**ALGEMENE BEGINSLEN GEKOPPELD AAN EEN  
 INTERNATIONALE FACTOR**

**242** Wanneer alimentatievorderingen terechtkomen in een internationale context, wat meer en meer voorkomt, dan moeten onmiddellijk drie vragen worden gesteld. Vooreerst de vraag welke rechter bevoegd is, en als dat opgelost is, de vraag welk recht die dan zal moeten gaan toepassen. Ten slotte is er de vraag naar de waarde en de uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten.

Vermits de studie van het internationaal privaatrecht niet tot het opzet van dit boek behoort, zal de beantwoording van de hiervoor gestelde vragen eerder schematisch zijn.

Het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht (wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *BS* 27 juli 2004, inwerkingtreding 1 oktober 2004) bepaalt in artikel 2 het algemene principe dat nationale bevoegdheidsregels met internationale draagkracht “overruled” worden door bevoegdheidsregels uitgevaardigd door supranationale instanties (Memorie van Toelichting bij het voorstel van wet, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 25; J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het international privaatrecht. Wet van 16 juli 2004 in Nieuwe wetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2004, 85).

Deze bepaling is niet nieuw maar herhaalt slechts wel bekende beginselen, te weten enerzijds de voorrang van de internationale rechtsinstrumenten op het nationale recht en anderzijds de toepassing van het adagium *lex specialis generalibus derogat* (de afwijkende bijzondere wet heeft voorrang op de algemene wetten). Zie in dat verband de Circulaire van 23 september 2004 betreffende de aspecten van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht die betrekking hebben op het personeelsstatuut (*BS* 28 september 2004 (tweede editie), 96595).

Eerst zal dus steeds het internationale recht worden behandeld, dit zal meestal het Europese recht zijn, vervolgens het interne recht.

AFDELING I

**BEVOEGDHEID**

De vraag moet worden gesteld of de Brussel I-Verordening (EEX-Verordening) van toepassing is of niet. Is dit niet het geval dan regelt het Belgische recht de vraag naar de internationale bevoegdheid van de rechtbank.

## § 1. Europees recht

**243** Onderhoudsvorderingen, ook deze die voortvloeien uit de huwelijksband (bv. naar Belgisch recht art. 213 BW) of uit de ontbinding ervan (bv. naar Belgisch recht art. 301 BW), vallen onder de Verordening “Brussel I” (Verord. (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000, *Pb.L.* 2001, afl. 12 van 16 januari 2001, gewijzigd door Verord. (EG) nr. 1496/2002 van 21 augustus 2002, *Pb.L.* 2002, afl. 225, 13).

Deze verordening treedt in de plaats van het EEX-Verdrag (het Europese Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel, op 27 september 1968, *Pb.L.* 1972, afl. 299, 32, goedgekeurd bij wet van 13 januari 1971, *BS* 31 maart 1971) dat echter van toepassing blijft ten opzichte van bepaalde overzeese gebieden van enkele lidstaten.

Het EVEX-Verdrag (Verdrag van Lugano van 16 september 1988 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de ten uitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 1988, afl. 319, 9) geldt ten opzichte van de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie, met name IJsland, Noorwegen en Zwitserland (er werd echter een nieuw Verdrag van Lugano ondertekend op 30 oktober 2007 dat nog niet van kracht is, *Pb.L.* 21 december 2007, afl. 339, 3).

Aldus kan onderscheid gemaakt worden tussen (I. D’HAEYER, *Belgisch Internationaal Privaatrecht (IPR), AJT-Memo’s*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 44):

– Verweerder met woonplaats binnen het verdragsgebied

De Belgische rechter is bevoegd indien:

- a. de verweerder woonplaats heeft in België (art. 2 Brussel I-Verordening);
- b. de onderhoudsgerechtigde woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in België (art. 5.2 Brussel I-Verordening);
- c. hij de bevoegde rechter is om te oordelen over een statuskwestie en de onderhoudsvordering als bijkomende vordering daaraan verbonden is, behalve indien de bevoegdheid uitsluitend gebaseerd is op de nationaliteit van één van de partijen (art. 5.2 Brussel I-Verordening);

Zie voor een toepassingsgeval, Gent 16 oktober 2003, *RABG* 2004, 483, noot F. DE BOCK, *in casu* werd inzake een alimentatievordering tussen echtgenoten van verschillende nationaliteit de bevoegdheid van de kort gedingrechter weerhouden ingevolge de toepassing van de Verord. “Brussel II” nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 (*Pb.L.* 2000, afl. 160, 19-29) op de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter.

- d. één van de verweerders, indien er meerdere zijn, in België woonplaats heeft (art. 6.1 Brussel I-Verordening);
- e. in geval van een vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkost, wanneer de oorspronkelijke vordering voor hem aanhangig is (art. 6.2 Brussel I-Verordening);

- f. in geval van een tegeneis, wanneer de oorspronkelijke vordering voor hem aanhangig is (art. 6.3 Brussel I-Verordening);
- g. de verweerder voor hem verschijnt en een verweer ten gronde organiseert (art. 24 Brussel I-Verordening); dit is de stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid.

Indien de Belgische rechter werd geadieerd nadat de zaak reeds aanhangig was gemaakt voor een rechter van een andere lidstaat dan zal de Belgische rechter de behandeling en beoordeling moeten opschorten totdat vaststaat dat de eerst gevatte rechter bevoegd is (art. 27 Brussel I-Verordening en art. 21 van het Verdrag van Lugano van 16 september 1988). Nochtans belet dit de Belgische rechter niet om in geval van urgentie de vereiste dringende en bewarende maatregelen te bevelen met betrekking tot de personen en hun goederen die zich in België bevinden (art. 31 Brussel I-Verordening; art. 20 Brussel IIbis-Verordening en art. 24 van het Verdrag van Lugano van 16 september 1988; zie voor een toepassingsgeval Bergen 27 juni 2006, *JT* 2007, 53).

– Verweerder met woonplaats buiten het verdragsgebied

De Belgische rechter is bevoegd indien:

- a. de verweerder voor hem verschijnt en een verweer ten gronde organiseert (art. 24 Brussel I-Verordening geldt ongeacht de woonplaats van de partij-en); dit is de stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid;
- b. de eiser woonplaats heeft in België (art. 638 Ger.W.) en de vreemde verweerder die bevoegdheid niet kan afwijzen omdat in zijn land een dergelijk *forum actoris* ook bestaat (art. 636 Ger.W.) en verder indien de verweerder een Belg is (art. 15 BW). Deze bepalingen werden echter opgeheven bij artikel 139, 1° van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (*BS* 27 juli 2004, inwerkingtreding 1 oktober 2004).

Voormelde regels van Europees internationaal bevoegdheidsrecht uit de Brussel I-Verordening zullen in de toekomst vervangen worden door de regels van internationale bevoegdheid uit Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (*Pb.L.* 10 januari 2009, nr. 7/1; zie i.h.b. art. 68.1 dat bepaalt dat deze verordening de Brussel I-Verordening wijzigt door de bepalingen inzake onderhoudsverplichtingen van die verordening te vervangen). De bevoegdheidsregels uit deze nieuwe verordening zullen evenwel slechts van toepassing zijn met ingang van 18 juni 2011, onder voorbehoud dat op dat tijdstip het Haagse Protocol van 2007 in de Gemeenschap van toepassing is; bij gebreke hiervan is de verordening slechts van toepassing met ingang van de datum waarop het genoemde protocol in de Gemeenschap van toepassing is (art. 76, derde lid). Bovendien dient ook rekening gehouden te worden met het feit dat zowel het Verenigd Koninkrijk als Denemarken niet deelgenomen hebben aan de aanneming van deze verordening zodat ze voor die landen geen toepassing vindt (zie zevenenveertigste en achtenveertigste inleidende overweging bij de verordening). Om die redenen worden deze toekomstige bevoegdheidsregels uit die verordening hier niet verder geanalyseerd.



## § 2. Intern recht

**244** Indien de Brussel I-Verordening niet van toepassing is, regelt het Belgische recht de bevoegdheid van de rechtbank.

Artikel 73 WIPR (wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *BS* 27 juli 2004, inwerkingtreding 1 oktober 2004) is hier van toepassing als bijkomende bijzondere bevoegdheidsregeling. Dit artikel bepaalt: “§ 1. De Belgische rechters zijn bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende een onderhoudsverplichting, naast de gevallen voorzien in de algemene bepalingen van deze wet, indien:

1° de onderhoudsgerechtigde bij de instelling van de vordering zijn gewone verblijfplaats in België heeft; of

2° de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige bij de instelling van de vordering Belg zijn.

§ 2. Indien het een bijkomende vordering betreft bij een vordering inzake de staat van de personen, is de Belgische rechter die bevoegd is om kennis te nemen van deze vordering, ook bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot onderhoud”.

Indien de kwalificatie van de onderhoudsverplichting echter valt onder het toepassingsgebied van de Brussel I-Verordening of van het Verdrag van Lugano, zijn de nationale bevoegdheidsregels met internationale draagkracht niet toepasselijk (H. JACOBS, “Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht en het echtscheidingsrecht”, *EJ* 2004, 145).

Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht bepaalt in artikel 2 het algemene principe dat nationale bevoegdheidsregels met internationale draagkracht “overruled” worden door bevoegdheidsregels uitgevaardigd door supranationale instanties (Memorie van Toelichting bij het voorstel van wet, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 25; J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het international privaatrecht. Wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 85).

Naast de algemene bepalingen van de artikelen 5 tot en met 14 van het WIPR geldt er voor onderhoudsvorderingen dus een bijkomende bijzondere bevoegdheidsgrond zoals deze bepaald is in artikel 73. Dit artikel acht de Belgische rechter bevoegd indien bij de instelling van de vordering de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft in België of de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige Belg zijn.

Het artikel bevat eveneens een ruime bevoegdheidsregel met betrekking tot bijkomende vorderingen tot levensonderhoud in het kader van een geschil inzake de staat van personen (§ 2 van het artikel).

Net zoals de Brussel I-Verordening, laat het Belgische recht toe dat een onderhoudsvordering die verbonden is met een vordering betreffende de staat van een persoon, voor dezelfde rechter kan worden gebracht. Het relevante oogmerk is telkens dat van het instellen van de vordering.

De verwijzing naar het criterium van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde is verantwoord, vermits voornoemd criterium gewoonlijk ook gebruikt wordt om het op de verplichting tot levensonderhoud toepasselijk recht aan te duiden. Het criterium wordt trouwens bevestigd door artikel 5.2 van de Brussel I-Verordening.

De bevoegdheidsgrond van de gemeenschappelijke nationaliteit biedt geëmigreerde Belgen de mogelijkheid hun geschil in België te beslechten. Het WIPR handhaaft meer algemeen dit criterium in persoonsrechtelijke en familierechtelijke aangelegenheden.

**245** Samengevat kan er dus gesteld worden dat inzake onderhoudsvorderingen de oude bevoegdheidsregels zoals opgelegd in internationale verdragen of ingevolge het recht van de Europese Unie, overeind blijven.

Daarentegen vervalt de oude nationale wetgeving, t.w. artikel 638 Ger.W. en 636 Ger.W., evenals artikel 15 BW maar wordt er een bijzondere bevoegdheidsgrond toegevoegd door artikel 73, § 1 WIPR zijnde het criterium van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde of het criterium van de gemeenschappelijke nationaliteit van de partijen (zie de opgeheven bepalingen vermeld in art. 139 WIPR).

Voor de omschrijving van het begrip *gewone verblijfplaats* wordt verwezen naar artikel 4, § 2 WIPR dat stelt: “...

§ 2. Voor de toepassing van deze wet wordt onder *gewone verblijfplaats* verstaan:

1° de plaats waar een natuurlijke persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning; om deze plaats te bepalen, wordt met name rekening gehouden met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met die plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen;

2° de plaats waar een rechtspersoon zijn voornaamste vestiging heeft”.

### § 3. Overgangsbepalingen

**246** De artikelen 126 en 127 WIPR regelen het overgangsrecht.

Betreffende *internationale bevoegdheid* is artikel 126 van belang dat het principe huldigt van de onmiddellijke toepassing ervan op toekomstige rechtsplegingen en beslissingen en akten. Op die manier bevestigt het de oplossing die in het EEX-Verdrag, nu vervangen door de Brussel I-Verordening, wordt gehuldigd (Verord. (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000, *Pb.L.* 2001, afl. 12 van 16 januari 2001, gewijzigd door Verord. (EG)

nr. 1496/2002 van 21 augustus 2002, *Pb.L.* 2002, afl. 225, 13; EEX-Verdrag: het Europese verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel, op 27 september 1968 *Pb.L.* 1972, afl. 299, 32, goedgekeurd bij wet van 13 januari 1971, *BS* 31 maart 1971).

Het laat artikel 3 Ger.W. dat na de inwerkingtreding van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht enkel nog de interne rechterlijk bevoegdheid bepaalt, onaangetast behoudens wanneer dit in subsidiaire orde tot toepassing komt op basis van artikel 13 WIPR (Memorie van Toelichting, *Parl.St. Senaat BZ* 2003, nr. 27/1, 142; J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het international privaatrecht. Wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 213).

Concreet betekent het voorgaande dat artikel 73 WIPR van toepassing is op de onderhoudsvorderingen ingesteld na de inwerkingtreding van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, m.n. 1 oktober 2004.

## AFDELING II

### TOEPASSELIJK RECHT

**247** Vóór het in voege treden van het WIPR werd een onderscheid gemaakt tussen het gemeenrecht en het conventioneel IPR (het verdragsrecht).

In het gemeenrecht werden de onderstaande regels gevolgd.

a. Tussen ascendenten en descendenten:

- van gelijke nationaliteit: de gemeenschappelijke nationale wet;
- van verschillende nationaliteit: de nationale wet van de onderhoudsschuldeiser (meerderheidsopvatting), met een tendens hiervan af te wijken ten voordele van de wet van de woonplaats of gewone verblijfplaats (van de onderhoudsgerechtigde).

b. Tussen echtgenoten en ex-echtgenoten:

- van gelijke nationaliteit: de gemeenschappelijke nationale wet (Rb. Eupen 8 november 2005, *JLMB* 2006, 1330);
- van verschillende nationaliteit: of de wet van gemeenschappelijke woonplaats, of de nationale wet van de onderhoudsschuldeiser of de wet van toepassing op de echtscheiding.

Zie hierover m.b.t. de wet van toepassing op de echtscheiding en na renvoi als gevolg van de toepassing van het Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973:

- Cass. 17 oktober 2002, *RW* 2002-03, 1507, noot B. VOLDERS, *EJ* 2003, 2, noot M. TRAESE, *Arr.Cass.* 2002, afl. 10, 2199, *JLMB* 2003, 1135, noot, *Pas.* 2002, 1966, *RTDF* 2003, 341, noot M. FALLON en *Tijdschrift@ipr.be* 2003, 7, noot M. FALLON, 38-42;

- Cass. 10 februari 2006, *JLMB* 2006, 966, noot P. WAUTELET, *RTDF* 2006, 1083, noot M. FALLON, *TBBR* 2007, 450, *Pas.* 2006, 344, concl. A. HENKES, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, 19, noot M. FALLON, 74-76 en *RW* 2008-09, 825, noot.

Zie voor een toepassing van de wet van de echtscheiding als gevolg van de artikelen 2 en 3 van de Wet ROLIN:

- Gent 16 oktober 2003, *RABG* 2004, 483, noot F. DE BOCK; E. GULDIX, “De doolhof van het wetsconflictenrecht inzake primair huwelijksstelsel bewegwijzerd door het Hof van Cassatie?” in X., *Liber amicorum G. Baeteman*, Gent, E. Story-Scientia, 1997, 144-166.

c. Tegen de vermoedelijke vader (vgl. naar Belgisch recht art. 336 BW):

- de nationale wet van de partijen (art. 3, al. 3 BW); bij verschil van nationaliteit deze van het kind (zie Cass. 24 maart 1960, *Pas.* 1960, I, 860 en *RCJB* 1961, 335 e.v., noot F. RIGAUX en vergelijk met Cass. 20 maart 1941, *Pas.* 1941, I, 86).

## § 1. Verdragsrecht

**248** Het betreft hier in de eerste plaats het Verdrag van Den Haag van 24 oktober 1956. Het verdrag werd in België niet eerder goedgekeurd dan bij wet van 17 juli 1970 (*BS* 30 september 1970).

a. Toepassingsvoorwaarden van het verdrag (A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, 179):

Het verdrag geldt niet voor alle onderhoudsvorderingen. Er zijn twee vereisten:

- de onderhoudsgerechtigde moet een ongehuwd kind zijn beneden de leeftijd van 21 jaar (art. 1, derde al. verdrag);
- het onderhoudsgerechtigde kind moet zijn gewone verblijfplaats hebben in een verdragssluitende staat (wederkerigheidvereiste art. 6 *jo.* art. 1 verdrag).

b. Toepasselijke wet:

De in het verdrag bedoelde onderhoudsverplichtingen worden beheerst door “de wet van de gewone verblijfplaats van het kind”.

Als algemene uitzondering geldt de kennelijke strijdigheid van de aangewezen wet met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde (art. 4 verdrag). Daarenboven moet de wet van de gewone verblijfplaats ook wijken:

- ingevolge het door België overeenkomstig artikel 2 verdrag geformuleerde voorbehoud, voor de Belgische wet, indien:
  1. het kind en de persoon tegen wie onderhoud wordt gevorderd, Belgen zijn;
  2. de persoon tegen wie onderhoud wordt gevorderd, bovendien zijn gewone verblijfplaats heeft in België;

- voor de wet die toepasselijk is volgens het Belgische gemene IPR inzake onderhoudsplicht, ingeval de wet van de gewone verblijfplaats van het kind dit laatste elk recht op onderhoud ontzegt (art. 3 verdrag).

c. Toepassingsgebied van de toepasselijke wet:

De toepasselijke wet bepaalt:

- of, in welke mate en van wie het kind onderhoud kan vorderen (art. 1, eerste al. verdrag);
- wie bevoegd is de onderhoudsvordering in te stellen en binnen welke termijnen dit moet geschieden (art. 1, derde al. verdrag);
- en, zoals wordt aangenomen, onder meer: de organisatie van het bewijs; de ontvankelijkheidsvoorwaarden van de vordering; de duur van de onderhoudsplicht enz. (zie voor een meer gedetailleerde opsomming: A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, 180).

Vanaf het ogenblik waarop Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (*Pb.L.* 10 januari 2009, nr. 7/1) van toepassing zal zijn, met name met ingang van 18 juni 2011, onder voorbehoud dat op dat tijdstip het Haagse Protocol van 2007 in de Gemeenschap van toepassing is, zal het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen worden bepaald overeenkomstig het Haagse Protocol van 23 november 2007 inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen in de lidstaten van de Europese Unie die door dit protocol gebonden zijn (zie art. 15 van Verordening nr. 4/2009). Ingevolge artikel 69.2 van Verordening nr. 4/2009 heeft deze verordening tussen de lidstaten van de Europese Unie immers voorrang boven verdragen en overeenkomsten die betrekking hebben op de in deze verordening geregelde materie en waarbij lidstaten partij zijn. Overigens vloeit ook uit artikel 18 van voormeld Protocol van 23 november 2007 voort dat tussen de verdragssluitende Staten dat protocol het Verdrag van Den Haag van 24 oktober 1956 nopens de wet welke op onderhoudsverplichtingen jegens kinderen toepasselijk is, zal vervangen. Wel dient erop te worden gewezen dat de Verordening nr. 4/2009 geen toepassing vindt ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk en Denemarken (zie zeventenveertigste en achtenveertigste inleidende overweging bij de verordening). Om die redenen worden de verwijzingsregels uit het Protocol waarnaar deze nieuwe verordening verwijst, hier niet verder geanalyseerd.

## § 2. Intern recht

**249** Artikel 74 WIPR is van toepassing dat bepaalt: “§ 1. De onderhoudsverplichting wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied de onderhoudsgerechtigde op het tijdstip dat ze wordt ingeroepen zijn gewone verblijfplaats heeft.

De onderhoudsverplichting wordt evenwel beheerst door het recht van de Staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige op het tijdstip dat deze wordt ingeroepen de nationaliteit hebben indien de onderhoudsplichtige op dat tijdstip zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die Staat heeft.

§ 2. Wanneer het door § 1 aangewezen rechtsstelsel geen recht op onderhoudsgeld aan de onderhoudsgerechtigde toekent, wordt de onderhoudsverplichting tussen echtgenoten of jegens een minderjarig kind beheerst door het recht van de Staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige de nationaliteit hebben op het tijdstip dat zij wordt ingeroepen. Indien dat recht geen onderhoudsgeld toekent, wordt het Belgisch recht toegepast”.

Ook wat de personele gevolgen betreft van het huwelijk (waaronder de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk) geeft het Wetboek van Internationaal Privaatrecht de voorkeur aan het recht van het land waarin partijen gewoonlijk verblijven boven de nationale wet van de echtgenoten. Slechts bij gebreke aan gewone verblijfplaats op het grondgebied van eenzelfde staat, is het recht van toepassing van de staat waarvan beide echtgenoten de nationaliteit hebben. In de andere gevallen is het Belgische recht van toepassing (art. 48, § 1 WIPR).

De voorkeur die gegeven wordt aan de territorialiteit vindt zijn verklaring in het feit dat dit het voordeel biedt dat het toepasselijke recht meestal overeenkomt met de integratie van het echtpaar in hun sociaal milieu. Deze aanknopingsgarandeert tevens een grotere gelijkheid tussen Belgen en vreemdelingen die in België verblijven (J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, “Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)”, *TPR* 2006, (1365) 1464-1465).

Slechts uitzonderlijk kan bij toepassing van artikel 19, § 1 WIPR teruggerepen worden naar het recht van een andere staat wanneer uit het geheel van omstandigheden blijkt dat het geval maar een zeer zwakke band heeft met de staat waarvan het recht volgens de bovenvermelde regels werd aangewezen (zie voor een toepassingsgeval: Luik 10 mei 2005, *Div.Act.* 2007, 153).

**250** Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht regelt volgens artikel 2 ervan voor internationale gevallen de bevoegdheid van de Belgische rechters, de aanwijzing van het toepasselijk recht en de voorwaarden voor de uitwerking in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken en in handelszaken, zulks “onder voorbehoud van de toepassing van internationale verdragen, van het recht van de Europese Unie of van bepalingen in bijzondere wetten”.

Deze bepaling is niet nieuw maar herhaalt slechts wel bekende beginselen, te weten enerzijds de voorrang van de internationale rechtsinstrumenten op het nationale recht en anderzijds de toepassing van het adagium *lex specialis generalibus derogat* (de afwijkende bijzondere wet heeft voorrang op de algemene wetten).

**251** Het hiervoor vermelde Verdrag van Den Haag van 24 oktober 1956 blijft dan ook van toepassing. Het toepassingsgebied is echter beperkt tot ongehuwde kinderen, jonger dan 21 jaar.

De noodzaak bestond dus in het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht de alimentatieproblematiek in zijn geheel te regelen.

Daarbij diende het Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973 (dit verdrag werd nooit bekrachtigd door België) inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, tot voorbeeld (Memorie van Toelichting bij het voorstel van wet, in J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het international privaatrecht. Wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 171).

De hoofdlijnen van dit verdrag zijn de volgende (I. D'HAEYER, *Belgisch Internationaal Privaatrecht (IPR)*, *AJT-Memo's*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 46):

a. het beginsel:

- de wet van de gewone verblijfplaats van de eiser;
- indien geen onderhoud voorzien in die wet: de gemeenschappelijke nationale wet;
- indien ook in die wet niets is voorzien: *de lex fori*.

b. de afwijkingen:

- onderhoudsvorderingen tussen gescheiden echtgenoten en de herziening ervan: de toepasselijke echtscheidingswet (deze verwijzingsregel werd in het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht niet weerhouden);
- vorderingen tot terugbetaling door een overheidsinstelling: de wet die het openbaar lichaam beheerst (bv. naar Belgisch recht het OCMW of de DAVO; deze afkorting staat voor Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën opgericht in toepassing van de wet van 21 februari 2003, *BS* 28 maart 2003).

**252** Het nieuwe wetboek ziet af van elk onderscheid tussen de minder- of meerderjarige onderhoudsgerechtigden.

De bepaling van de toepasselijke wet gebeurt op basis van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde. Er zijn nochtans twee nuanceringen op dit beginsel. Als de onderhoudsgerechtigde van land verandert, wordt het nationale recht van de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige toegepast, als deze laatste gewoonlijk in de betrokken staat verblijft. Het wetboek wil voorkomen dat de loutere verhuizing van de persoon die aanspraak maakt op levensonderhoud, gevolgen kan hebben voor het toepasselijk recht.

Dat criterium van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde maakt de toekenning van onderhoudsuitkeringen mogelijk, bijvoorbeeld aan een Marokkaanse echtgenote in België (art. 74, § 1, tweede lid WIPR).

Paragraaf 2 van artikel 74 WIPR huldigt een alternatieve verwijzingsladder om de onderhoudsgerechtigde te beschermen binnen het familiale kader. Volgens de Memorie van Toelichting berust dit op een concrete beoordeling van de toepassing van het aangewezen recht waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de bedragen die de onderhoudsgerechtigde op grond van de verschillende wetgevingen kan verkrijgen (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 105).

Inzake de alimentatieregeling in het echtscheidingsrecht heeft de wetgever de verwijzingsregel vervat in het voormelde Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973, t.w. dat het echtscheidingsrecht ook toepasselijk is op de onderhoudsverplichtingen tussen gewezen echtgenoten, niet weerhouden omdat dit een groot nadeel betekent als het gaat om een echtscheiding naar het Islamitisch recht waar de vrouw geen recht heeft op onderhoudsgeld.

In een geval van uitkering na echtscheiding tussen partijen van Marokkaanse nationaliteit, had het Hof van Cassatie zich niet uit te spreken over de toepasselijke wet, *in casu* de Marokkaanse wet, maar wel over de toepassing van de "openbare orde-exceptie" (art. 21 WIPR; zie hierover M. TRAEST, "Artikel 21. Openbare orde-exceptie" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 112-116).

De vraag die rees, was of het ontbreken van een recht op uitkering na echtscheiding in de (oude Marokkaanse wet), niet strijdig was met de Belgische internationale openbare orde.

Het hof herinnerde er aan dat een wet slechts van internationale openbare orde is, voor zoveel de wetgever door de bepalingen van die wet een principe heeft willen huldigen dat hij als essentieel voor de gevestigde morele, politieke of economische orde beschouwt en om deze reden, in België noodzakelijkerwijze de toepassing van elke regel moet uitsluiten die ermede in strijd is of er van verschilt (Cass. 4 mei 1950, *Arr. Cass.* 1950, 557 en *Pas.* 1950, I, 624). Volgens het hof is artikel 301 BW dat het recht op een uitkering na echtscheiding regelt, niet van internationale openbare orde (Cass. 18 juni 2007, *JLMB* 2008, 820, noot P. WAUTELET, *RTDF* 2007, 1127, *Tijdschrift@ipr.be* 2007, afl. 2, 33, *TBBR* 2008, 522, noot J.-Y. CARLIER en *RABG* 2008, 1091).

Het WIPR voorziet in artikel 21 een algemene exceptie van internationale openbare orde: vreemd recht wordt geweigerd wanneer de toepassing ervan zou leiden tot een resultaat dat kennelijk onverenigbaar is met de Belgische internationale openbare orde. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde is verbonden en met de ernst van de gevolgen die de toepassing van dat buitenlands recht zou meebrengen (J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, (1365), 1420).

Hier moet toegegeven worden dat het feit dat het (oude) Marokkaanse recht geen uitkering na echtscheiding toekent, niet van aard is de Belgische rechtsorde door elkaar te schudden.

In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat artikel 74 WIPR het recht bepaalt dat toepasselijk is op de onderhoudsregeling in het kader van een echtscheiding, terwijl de Echtscheidingswet zelf zal bepalen of een akkoord tussen de echtgenoten al dan niet noodzakelijk is, met referentie naar artikel 56 WIPR (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 105).

Artikel 56 WIPR bepaalt in dat verband onder nr. 3:



“Het recht van toepassing op de echtscheiding en op de scheiding van tafel en bed bepaalt met name:

1° ....;

2° ....;

3° de verplichting voor de echtgenoten om een overeenkomst te sluiten over de maatregelen betreffende de persoon, het onderhoud en de goederen van de echtgenoten en van de kinderen waarvoor zij de verantwoordelijkheid hebben;

4° ....”.

De verplichting om al dan niet een voorafgaande wilsovereenkomst op te stellen is dus afhankelijk van het echtscheidingsrecht. De inhoud daarentegen van die overeenkomst kan, al naargelang de behandelde materie, beheerst worden door de eigen onderscheiden wetmatigheden van die materie (H. JACOBS, “Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht en het echtscheidingsrecht”, *EJ* 2004, 150).

### § 3. Overgangsbepalingen

**253** Artikel 127 WIPR dat van toepassing is betreffende wetsconflicten huldigt het beginsel van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe bepalingen op toekomstige handelingen en feiten, alsook op de toekomstige gevolgen van vroegere handelingen en feiten. De uitbreiding tot de toekomstige gevolgen geldt echter niet voor contractuele en quasicontractuele verbintenissen.

Wat betreft de conventionele uitkeringen na echtscheiding, bepaald in een overeenkomst voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288, 4° Ger.W.), zie *verder* nrs. 259 en 260.

## AFDELING III

### OVEREENKOMST TOT VERSTREKKING VAN ONDERHOUD

**254** Het hierna besproken artikel 75 WIPR heeft betrekking op de overeenkomsten tot onderhoudsverstekking in familieverband, d.w.z. tussen ouders en kinderen, tussen echtgenoten en ex-echtgenoten en tussen verwanten.

Worden dus niet bedoeld de overeenkomsten tot onderhoudsverstekking buiten de drie voormelde hypothesen, bv. naar Belgisch recht, de onderhoudsplicht tussen verwekker en kind (art. 336 BW) of tussen samenwoners, of nog, de onderhoudsverplichtingen gebaseerd op een natuurlijke verbintenis (art. 1235, tweede lid BW).

## § 1. Verdragsrecht

**255** Vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht werd onderscheid gemaakt tussen het gemeen recht enerzijds en het verdragsrecht anderzijds.

In het gemeen recht gold het principe dat de nationale wet van de betrokkenen moet gevolgd worden (bij verschillende nationaliteiten deze van de eiser), doch de Belgische wet gold als minimumverplichting. Er was nochtans een tendens om de voorkeur te geven aan het recht van de woonplaats of gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde.

Voor uitkeringen na echtscheiding werd ook het standpunt verdedigd van de toepasselijkheid van de echtscheidingswet. Zie m.b.t. het gemeen recht, *boven* nr. 247.

Het verdragsrecht dat voorrang heeft op het nieuwe wetboek wordt bepaald door het Verdrag van Den Haag van 24 oktober 1956 dat alleen van toepassing is op alimentatieverplichtingen jegens ongehuwde kinderen van jonger dan 21 jaar en waarbij als beginsel geldt: de toepassing van de wet van de gewone verblijfplaats van het kind.

Vanaf het ogenblik waarop Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (*Pb.L.* 10 januari 2009, nr. 7/1) van toepassing zal zijn, met name met ingang van 18 juni 2011, onder voorbehoud dat op dat tijdstip het Haagse Protocol van 2007 in de Gemeenschap van toepassing is, zal evenwel rekening moeten gehouden worden met de verwijzingsregels uit dat Haagse Protocol van 23 november 2007.

## § 2. Intern recht

**256** Artikel 75 WIPR bepaalt: “§ 1. De overeenkomst tot verstrekking van onderhoud voortvloeiend uit ouderschap, huwelijk of verwantschap wordt, naar keuze van de partijen, beheerst door het recht van de Staat waarvan op het tijdstip van die keuze een van hen de nationaliteit heeft of op wiens grondgebied op dat tijdstip een van hen zijn gewone verblijfplaats heeft.

§ 2. Bij gebreke van keuze wordt de overeenkomst beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied de onderhoudsgerechtigde bij het sluiten van de overeenkomst zijn gewone verblijfplaats heeft.

Zij wordt evenwel beheerst door het recht van de Staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige bij het sluiten van de overeenkomst de nationaliteit hebben, wanneer de onderhoudsplichtige op dat ogenblik zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die Staat heeft.

§ 3. De overeenkomst is vormelijk geldig indien zij in overeenstemming is met het recht dat krachtens de §§ 1 en 2 van toepassing is of met het recht van de Staat op wiens grondgebied zij is gesloten”.

Er wordt een beperkte rechtskeuze toegelaten tussen de nationale wet enerzijds en de gewone verblijfplaats anderzijds (M. MUYLLE, “Veilig laveren tussen ijsbergen. Enkele clausules als kompas voor een behouden tocht” in C. CASTELEIN, A. VERBEKE en L. WEYTS (ed.), *Liber Amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 585-587).

Wordt de rechtskeuze niet uitgeoefend, dan wordt eenzelfde verwijzingsstelsel toegepast als dit bepaald in de eerste paragraaf van artikel 74 WIPR: “§ 1. De onderhoudsverplichting wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied de onderhoudsgerechtigde op het tijdstip dat ze wordt ingeroepen zijn gewone verblijfplaats heeft.

De onderhoudsverplichting wordt evenwel beheerst door het recht van de Staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige op het tijdstip dat deze wordt ingeroepen de nationaliteit hebben indien de onderhoudsplichtige op dat tijdstip zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die Staat heeft”.

**257** Artikel 75 WIPR regelt het geval waarin een overeenkomst tot onderhoud in familieverband wordt gesloten. Zulks belet evenwel niet dat de vraag moet worden gesteld of in het kader van een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed volgens de nationale wetgeving een voorafgaande overeenkomst is vereist. Dit probleem moet dan worden geregeld door de wet die van toepassing is op de echtscheiding, zoals dit wordt bepaald in artikel 56, 3° WIPR.

Aan de andere kant werd de verwijzingsregel dat het echtscheidingsrecht ook toepasselijk is op de onderhoudsverplichtingen tussen gewezen echtgenoten, niet weerhouden.

**258** Ten slotte zijn de overeenkomsten tot onderhoud die buiten familieverband zijn gesloten, onderworpen aan de verwijzingsregels die de contractuele verbintenissen beheersen, met name het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 106).

### § 3. Overgangsbepalingen

**259** Overeenkomstig artikel 127 WIPR geldt het principe van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe bepalingen op toekomstige handelingen en feiten, alsook op de toekomstige gevolgen van vroegere handelingen en feiten uitgezonderd voor contractuele en quasicontractuele verbintenissen (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 142).

Een door de partijen vóór de inwerkingtreding van deze wet gedane rechtskeuze is geldig indien zij voldoet aan de voorwaarden van deze wet.

Behoudens de geldige vormvereisten van de overeenkomst zoals bepaald in de derde paragraaf van artikel 75 WIPR, worden hier geen andere voorwaarden voor de rechtskeuze gesteld.

**260** Wat de uitsluiting betreft van de toekomstige gevolgen van contractuele verbintenissen, worden die verbintenissen bedoeld die vallen onder het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 (Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ondertekend te Rome op 19 juni 1980, goedgekeurd bij wet van 14 juli 1987, *BS* 9 oktober 1987).

Artikel 1, 2°, b van dit verdrag sluit echter de verbintenissen uit van haar toepassing, die voortvloeien uit overeenkomsten betreffende rechten en verplichtingen uit familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kinderen, uit bloedverwantschap, huwelijk en aanverwantschap, met inbegrip van onderhoudsverplichtingen jegens onwettige kinderen.

De toekomstige gevolgen van overeenkomsten tot alimentatieverstrekking vallen dus ook onder de onmiddellijke toepassing van het WIPR.

#### AFDELING IV

### TOEPASSINGSGBIED VAN HET RECHT TOEPASSELIJK OP DE ONDERHOUDSVERPLICHTING

#### § 1. Verdragsrecht

**261** De in het Verdrag van Den Haag van 24 oktober 1956 bedoelde onderhoudsverplichtingen worden beheerst door “de wet van de gewone verblijfplaats van het kind”. Het aangeduide recht is het interne materiële recht. Herverwijzing wordt uitgesloten, wat onder meer af te leiden is uit artikel 3 van het verdrag. Zie voor de bespreking van dit verdrag *boven* nr. 248.

De toepasselijke wet bepaalt:

- of, in welke mate en van wie het kind onderhoud kan vorderen (art. 1, eerste alinea verdrag);
- wie bevoegd is de onderhoudsvordering in te stellen en binnen welke termijnen dit moet geschieden (art. 1, derde alinea verdrag);

en, zo moet worden aangenomen, verder ook:

- de organisatie van het bewijs (bv. het al dan niet bestaan van vermoedens);
- het al dan niet bestaan van excepties;
- ontvankelijkheidsvoorwaarden van de vordering (bv. het al dan niet vereist zijn dat de moederlijke afstamming vaststaat voor onderhoudsvordering tegen de verwekker);
- de duur van de onderhoudsplicht.

Wat het toepassingsgebied van het toepasselijk recht betreft zoals aangeduid op grond van het Protocol van 23 november 2007 betreffende het recht van toepassing op onderhoudsverplichtingen, raadplege men artikel 11 van dat protocol.

## § 2. Intern recht

**262** Het artikel 76 WIPR bepaalt: “§ 1. Het op de onderhoudsverplichting toepasselijk recht bepaalt met name:

- 1° in welke mate en van wie de onderhoudsgerechtigde onderhoud kan vorderen;
- 2° wie de vordering tot onderhoud kan instellen en binnen welke termijn zulks moet geschieden;
- 3° of en onder welke voorwaarden het onderhoud kan worden gewijzigd;
- 4° de oorzaken voor het eindigen van het recht op onderhoud;
- 5° de grenzen van de verplichtingen van de onderhoudsplichtige wanneer de persoon die onderhoud aan de onderhoudsgerechtigde heeft verschaft, hiervan terugbetaling vordert.

§ 2. De subrogatie in de rechten van de schuldeiser ten voordele van een derde die hem heeft vergoed, wordt beheerst door het recht toepasselijk op de verbintenis van de derde om die schuldeiser te vergoeden, onverminderd § 1, 5°”.

Indien het voormelde Verdrag van Den Haag niet toepasselijk is, dient artikel 76 WIPR te worden gevolgd. Dit artikel bevat een lijst van de aspecten die worden beheerst door het recht toepasselijk op de onderhoudsverplichting. Hiervoor heeft de lijst van artikel 10 van het Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973 model gestaan. Zie voor een nadere bespreking *boven* nr. 251.

Er wordt een bepaling toegevoegd in verband met de subrogatie van de schuldeiser in de rechten van de onderhoudsplichtige. Overeenkomstig de principes in deze materie, wordt het bestaan van de subrogatie beheerst door het recht op grond waarvan de schuldeiser hier de onderhoudsgerechtigde heeft vergoed. Het is evenwel evident dat de onderhoudsschuldeiser maar recht heeft op een bedrag zoals bepaald in het recht dat toepasselijk is op de onderhoudsverplichting (Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat, BZ 2003, nr. 3-27/1, 106; zie ook J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het internationaal privaatrecht. Wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 172).

In de lijst wordt niets bepaald over de te voeren rechtspleging die betreffende onderhoudsvorderingen dikwijls bijzondere en afwijkende rechtsplegingen zijn (vgl. naar Belgisch recht bv. art. 1320-1322 Ger.W. en art. 1253*ter*-1253*quinquies* Ger.W.). Ongetwijfeld sluit dit aan bij het beginsel dat de rechtspleging in het algemeen wordt beheerst door de *lex fori*.

De wijze waarop een “internationaal” geding voor een Belgisch gerecht moet worden gevoerd (verschijning van de partijen, mededeling van stukken, concluderen, pleiten, de aanwendbaarheid van rechtsmiddelen, de wijze waarop een uitspraak definitief wordt enz.), wordt volledig beheerst door de Belgische wet. Dat geldt ook voor de uitlegging en de draagwijdte die aan een proces-

handeling moet worden gegeven (A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, 95).

Nochtans worden niet alle aspecten van een rechtspleging als “eigenlijke rechtspleging” beschouwd.

De verjarings- of vervaltermijn van een rechtsvordering kan worden ingegeven door de houding die tegenover de inhoud van de rechtsvordering wordt aangenomen; en deze inhoud wordt beheerst door de, eventueel vreemde, wet die door het Belgische IPR wordt aangewezen.

Daar de verjaring van een rechtsvordering wordt beheerst door het recht dat op de verplichting zelf toepasselijk is (*lex causae*), worden ook de oorzaken van schorsing of stuiting van die verjaring door hetzelfde recht bepaald (Cass. 7 januari 1991, *RW* 1990-91, 1202).

De *lex fori* is hier dus niet van toepassing.

Zo ook behoort de organisatie van de bewijsvoering van de onderhoudsvordering tot de toepasselijke eventueel vreemde wet, doch niet de organisatie van de wijze waarop de toegelaten bewijzen bij de rechtbank worden aangebracht. Deze wordt beheerst door de *lex fori*.

**263** De lijst van artikel 76 WIPR (inclusief § 2 ervan) vergt nog volgende toelichting:

“§ 1. Het op de onderhoudsverplichting toepasselijk recht bepaalt met name:

1° in welke mate en van wie de onderhoudsgerechtigde onderhoud kan vorderen;”

Hier kan de problematiek rond de pluraliteit rijzen. Deze ontstaat wanneer een behoeftige persoon verscheidene onderhoudsplichtigen kan aanspreken in het verstrekken van een uitkering of ook ingeval een vermogende onderhoudsplichtige door verscheidene onderhoudsgerechtigden wordt aangesproken.

Pluraliteit van onderhoudsplichten, waarbij de hiërarchie wordt weerhouden, geldt naar Belgisch recht enkel tussen wettelijke onderhoudsplichten, doch niet tussen een conventionele onderhoudsverplichting (zoals betreffende echtscheiding door onderlinge toestemming) en een wettelijke (S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 6).

“2° wie de vordering tot onderhoud kan instellen en binnen welke termijn zulks moet geschieden;”

**264** Naar Belgisch recht is de onderhoudsverplichting persoonlijk. Het persoonlijke karakter van de onderhoudsverplichting houdt in dat uitsluitend de onderhoudsgerechtigde een vordering kan instellen, zodat schuldeisers van deze laatste onmogelijk tot het instellen van een zijdelingse vordering (art. 1166 BW) kunnen overgaan (Rb. Bergen 13 maart 2001, *JLMB* 2001, 1353).

Het persoonlijke karakter van de onderhoudsverplichting belet echter niet dat schuldeisers van de onderhoudsplichtige een pauliaanse vordering (art. 1167 BW) kunnen instellen, zoals dit eveneens het geval is in hoofde van de onderhoudsgerechtigde, behoudens dan wat in de toekomst nog te vervallen onderhoudsuitkeringen betreft (*RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969,79, nr. 108 en 109).

Uit het voorgaande volgt eveneens dat de onderhoudsuitkering niet overdraagbaar is, noch door de onderhoudsgerechtigde ten voordele van zijn erfgenamen, noch door de onderhoudsschuldenaar naar zijn erfgenamen toe. Nopens de termijn binnen dewelke de onderhoudsvordering moet worden gesteld, geldt naar Belgisch recht een:

- tienjarige verjaringstermijn die enkel van toepassing is op reeds vervallen onderhoudsuitkeringen ten tijde van de totstandkoming van de uitvoerbare titel (art. 2262bis, § 1, eerste lid BW);
- vijfjarige verjaringstermijn die wordt weerhouden op periodiek, in de toekomst te vervallen alimentatie, aldus na de tussenkomst van de uitvoerbare titel (art. 2277 BW).

“3° of en onder welke voorwaarden het onderhoud kan worden gewijzigd;”

**265** De onderhoudsverplichting is naar Belgisch gemeen recht, overeenkomstig de artikelen 208-209 BW veranderlijk, hetgeen betekent dat het steeds vatbaar is voor aanpassing, zijnde verlaging of verhoging in functie van wijzigingen op het vlak van de inkomsten van de schuldenaar en de behoeften van de onderhoudsgerechtigde (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32-33).

Onder het begrip “gewijzigde omstandigheden” wordt begrepen, iedere verandering sedert de uitspraak, in de factoren die determinerend zijn geweest om de onderhoudsverplichting te weerhouden (J. ROODHOOF, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHIEDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl. 22).

Naar Belgisch recht gelden voor onderhoudsgelden betreffende echtscheiding door onderlinge toestemming, specifieke bepalingen.

“4° de oorzaken voor het eindigen van het recht op onderhoud;”

**266** De grondvoorwaarden, meer bepaald het dwingende en persoonlijke karakter, de onoverdraagbaarheid en de niet-ondeelbaarheid vormen de basis van de onderhoudsverplichting (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 49 e.v.). Dit betekent dat het ogenblik waarop de rechtsvordering wordt ingesteld, niet determinerend is voor het ontstaan van de onderhoudsverplichting, doch wel de aanwezigheid van enerzijds de behoeftigheid in hoofde van de onderhoudsgerechtigde en anderzijds de financiële mogelijkheden in hoofde van de onderhoudsplichtige.

Naar Belgisch recht neemt de onderhoudsverplichting conform artikel 205 BW dan ook een einde wanneer de kwestieuze grondvoorwaarden niet meer

aanwezig zijn.

Alleszins neemt de onderhoudsverplichting een einde bij het overlijden van ofwel de onderhoudsgerechtigde, ofwel de onderhoudsplichtige (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 77).

Zoals hierboven al vermeld, gelden naar Belgisch recht voor onderhoudsgelden betreffende echtscheiding door onderlinge toestemming, specifieke bepalingen.

“5° de grenzen van de verplichtingen van de onderhoudsplichtige wanneer de persoon die onderhoud aan de onderhoudsgerechtigde heeft verschaft, hiervan terugbetaling vordert”.

**267** Er kan naar Belgisch recht verhaal zijn van:

- de schuldenaar tegen de schuldeiser;
- de schuldenaar tegen zijn medeschuldenaars;
- een derde tegen de schuldenaar of de schuldeiser;
- het OCMW.

Het zijn de laatste twee hypothesen die door artikel 76, § 1, 5° WIPR beoogd worden.

Het verhaalrecht waarover het OCMW beschikt, is zowel in het kader van de Wet betreffende het recht op maatschappelijke integratie van 26 mei 2002 (*BS* 31 juli 2002) uitdrukkelijk geregeld (art. 24 tot en met 28 van de wet en de art. 41, 42 t.e.m. 55 van het KB van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 juli 2002) als in het kader van de OCMW-wet (art. 98, § 2 van de Organieke Wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van 8 juli 1976, *BS* 5 augustus 1976) en dit zowel ten laste van de gewezen rechthebende als ten overstaan van onderhoudsplichtigen.

“§ 2. De subrogatie in de rechten van de schuldeiser ten voordele van een derde die hem heeft vergoed, wordt beheerst door het recht toepasselijk op de verbintenis van de derde om die schuldeiser te vergoeden, onverminderd § 1, 5°”.

**268** De wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën (*BS* 28 maart 2003) trad in werking op 1 juni 2004, maar voor de onderdelen die betrekking hebben op het vragen en betalen van voorschotten, werd de inwerkingtreding afhankelijk gesteld van een in de ministerraad genomen koninklijk besluit (Programmawet van 22 december 2003, *BS* 31 december 2003, 62160). Deze programmawet beperkte bovendien het toekennen van voorschotten tot de onderhoudsbijdragen voor de kinderen wat aanvankelijk niet de bedoeling was. Er was geen tijdslimiet gesteld voor het nemen van zulk besluit. Met ingang van 1 juni 2005 werd echter de DAVO bevoegd om die voorschotten (enkel voor kinderen) toe te kennen (KB 20 juni 2005 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van artikel 7, § 2 van de wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën, *BS* 30 juni 2005; de OCMW's konden echter nog voorschotten toekennen tot 1 oktober 2005, zie de wet houdende diverse bepalingen (I) 27 december 2006, *BS* 28 december 2006,



derde uitgave, *NJW* 2007, 252, in het bijzonder de tekst die betrekking heeft op de maatschappelijke integratie en meer in het bijzonder de voorschotten op onderhoudsgelden – artt. 78 en 79).

Voor de terugvordering van de voorschotten speelt het mechanisme van de *subrogatie* terwijl dit voor de inning en terugvordering van de achterstallen het mechanisme is van het *mandat* (artt. 8, 10 en 12 van de wet van 21 februari 2003).

Op deze subrogatie is dus de bepaling van de tweede paragraaf van artikel 76 WIPR van toepassing.

### § 3. Overgangsbepalingen

**269** In overeenstemming met artikel 127 WIPR geldt het principe van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe bepalingen op toekomstige handelingen en feiten, alsook op de toekomstige gevolgen van vroegere handelingen en feiten uitgezonderd voor contractuele en quasicontractuele verbintenissen (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 142).

**270** Wat de uitsluiting betreft van de toekomstige gevolgen van contractuele verbintenissen, worden die verbintenissen bedoeld die vallen onder het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 (Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ondertekend te Rome op 19 juni 1980, goedgekeurd bij de wet van 14 juli 1987, *BS* 9 oktober 1987).

Artikel 1, 2°, b van het verdrag sluit echter de verbintenissen uit van haar toepassing die voortvloeien uit overeenkomsten betreffende rechten en verplichtingen uit familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kinderen, uit bloedverwantschap, huwelijk en aanverwantschap, met inbegrip van onderhoudsverplichtingen jegens onwettige kinderen.

De toekomstige gevolgen van overeenkomsten tot alimentatieverstrekking vallen dus ook onder de onmiddellijke toepassing van het Wetboek IPR.

## AFDELING V

### UITWERKING VAN BUITENLANDSE RECHTERLIJKE BESLISSINGEN EN AUTHENTIEKE AKTEN

#### § 1. Algemeen

**271** In beginsel worden de vreemde rechterlijke beslissingen automatisch erkend in België (art. 22, § 1 WIPR) voor zover geen daden van gedwongen tenuitvoerlegging worden beoogd.

Indien de uitvoering van een vreemde beslissing wordt beoogd, dient de procedure tot het bekomen van een *exequatur* te worden gevoerd (zie meer uitgebreid: H. STORME, “Artkel 22. Erkenning en uitvoerbaarverklaring van buitenlandse rechterlijke beslissingen” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAU-

TELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 117).

De aard van de materie en de Staat van de betrokken rechterlijke beslissing speelt een rol bij de afhandeling van de erkenning en het verzoek tot uitvoerverklaring.

Er bestaat een verschillende behandeling wat de erkenning en tenuitvoerlegging betreft van vonnissen en authentieke akten.

Artikel 22 WIPR bepaalt dienaangaande het volgende: “§ 1. Een buitenlandse rechterlijke beslissing die uitvoerbaar is in de Staat waar zij werd gewezen, wordt in België geheel of gedeeltelijk uitvoerbaar verklaard overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23.

Een buitenlandse rechterlijke beslissing wordt in België geheel of gedeeltelijk erkend zonder dat hiervoor de procedure bedoeld in artikel 23 moet worden gevolgd.

Indien de erkenning incidenteel wordt aangevoerd voor een Belgische rechter, is deze bevoegd daarvan kennis te nemen.

De beslissing mag alleen erkend of uitvoerbaar verklaard worden indien zij de voorwaarden gesteld in artikel 25 niet schendt.

§ 2. Elke persoon die een belang heeft en, in zaken die de staat van personen betreffen, eveneens het openbaar ministerie, kan overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23 doen vaststellen dat de beslissing al dan niet, geheel of gedeeltelijk, moet worden erkend of uitvoerbaar verklaard.

§ 3. In de zin van deze wet:

1° betekent het begrip rechterlijke beslissing de beslissingen die worden gewezen door een instantie die een rechtsmacht uitoefent;

2° verleent de erkenning rechtskracht aan de buitenlandse beslissing”.

Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht is van toepassing op de erkenning van akten die na 1 oktober 2004 tot stand kwamen. Maar krachtens artikel 126 WIPR kunnen akten die vóór 1 oktober 2004 tot stand kwamen ook in België uitwerking hebben overeenkomstig het Wetboek van Internationaal Privaatrecht als ze aan de voorwaarden van deze wet voldoen. Dit betekent dat voor die akten zowel van het nieuwe wetboek toepassing kan worden gemaakt als van het oude gemeen recht (het oude art. 570 Ger.W.), voor zover dat gunstiger zou zijn voor een specifieke erkenning (J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, “Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)”, *TPR* 2006, (1365), 1409 en 1482).

Wat de betekening, kennisgeving en vertaling betreft van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, wordt verwezen naar de Verordening (EG) nr. 1348/2000 van 29 mei 2000 van de Raad (*Pb.L.* 160, 30 juni 2000), opgeheven door de Verordening (EG) nr. 1393/2007 van 13 november 2007 van het Europees Parlement en de Raad (*Pb.L.* 324, 10 december 2007) die met ingang van 13 november 2008 van toepassing is geworden.

## § 2. Erkenning

### A. ERKENNING VAN VONNISSEN

#### 1. Voorwaarden tot erkenning

**272** Opdat een vreemd vonnis in België gevolgen kan hebben, moet het de toets van een aantal behoorlijkheidscriteria doorstaan. Deze criteria zijn opgesomd in artikel 25 van het WIPR, of in de bilaterale, multilaterale verdragen en Europese verordeningen. De vreemde beslissingen inzake onderhoudsvorderingen worden erkend volgens de regels van artikel 25 WIPR t e n z i j de beschikking gewezen werd in één van de landen die lid zijn van de Europese Unie; in dat geval is de Brussel I-Verordening van toepassing.

Vanaf het ogenblik waarop Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (*Pb.L.* 10 januari 2009, nr. 7/1) van toepassing zal zijn, met name met ingang van 18 juni 2011, onder voorbehoud dat op dat tijdstip het Haagse Protocol van 2007 in de Gemeenschap van toepassing is, zullen evenwel de regels inzake erkenning uit die verordening gelden. Daarbij zal bovendien een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de erkenning van beslissingen gegeven in lidstaten die door het Haagse Protocol van 23 november 2007 zijn gebonden en de erkenning van beslissingen uit lidstaten die niet door het Haagse Protocol zijn gebonden (zie art. 16 van Verordening nr. 4/2009). Wel dient erop te worden gewezen dat de Verordening nr. 4/2009 geen toepassing vindt ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk en Denemarken (zie zevenenveertigste en achtenveertigste inleidende overweging bij de verordening). Om die redenen worden deze regels inzake erkenning uit de Verordening nr. 4/2009 hier niet verder geanalyseerd.

Zo wordt volgens artikel 33 van de Verordening “Brussel I” een onderhoudsbeslissing in iedere lidstaat erkend zonder vorm van proces (de Verord. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 12 van 16 januari 2001, 1 e.v., verving het EEX-Verdrag. Dit verdrag is nog enkel van toepassing op de relaties met enkele overzeese gebieden. Vanaf 1 juli 2007 is het niet meer van toepassing op Denemarken wat voordien nog wel het geval was. De regels van het EEX-Verdrag werden door het Verdrag van Lugano van 16 september 1988 uitgebreid naar Zwitserland, Noorwegen en IJsland; I. COUWENBERG en M. PERTEGAS-SENDER in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS-SENDER (ed.), *Het nieuwe IPR, van Verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 62).

Het bestaan van een voorheen uitgesproken vonnis over dezelfde vordering tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat voor de erkenning vormt echter een hindernis voor de erkenning (art. 34, 3 van de verordening; HvJ 6 juni 2002, zaak nr. C-80/00 (Italian Leather/WECO Polstermöbel), [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

Zo ook stelt de Brussel IIbis-Verordening dat geen procedure dient gevoerd te worden om de erkenning van een vreemde echtscheidingsbeslissing te bekomen (art. 21) en dat een definitief echtscheidingsvonnis zonder bijkomende procedure in de registers van de burgerlijke stand kan overgeschreven worden (Verord. Raad (EG) nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de be-

voegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verord. (EG) nr. 1347/2000, *Pb.L.* 23 december 2003, afl. 338, 1; deze verordening is vanaf 1 maart 2005 van kracht, ze heeft echter geen betrekking op aanverwante vorderingen zoals bijvoorbeeld alimentatievorderingen).

**273** Het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht schafte de oude vereiste van “onderzoek naar het geschil zelf” (art. 570, tweede lid (oud) Ger.W.) af voor vreemde vonnissen buiten de materie van status en bekwaamheid en dit voor uitspraken uit vreemde landen met dewelke België geen verdragsrechterlijke afspraken had tot versoepeling van het *exequatur* (respectievelijk erkenning).

Vóór de toepassing van het nieuwe wetboek nam het Hof van Cassatie in haar principiësarrest van 14 oktober 2004 nog het standpunt in dat zich niet alleen een opsplitsing opdrong van de verschillende onderdelen van een beschikkend gedeelte van een uitspraak en dat al naargelang die afzonderbare onderdelen het “geschil zelf” moest worden onderzocht. Bedoeling was niet tot een nieuwe beoordeling ten gronde te komen en de vreemde beslissing te wijzigen, maar wel na te gaan of de beslissing goed was genomen of niet. De aanleiding tot dit cassatiearrest was wel interessant in die zin dat een vrouw een aanvraag tot *exequatur* had ingediend van een vonnis uit Texas, V.S.A. (2002) dat de veroordeling uitsprak van haar man tot betaling van een alimentatie voor hun kind, met daarbij ook de betaling van een hoge borgsom en eveneens tot betaling van een civielrechtelijke penaltiteit wegens het afleggen van leugenachtige verklaringen; verder was er een veroordeling tot betaling van advocatenkosten en proceskosten. Volgens het Hof van Cassatie had het in eerste aanleg genomen vonnis onderscheid moeten maken tussen de aspecten van status en bekwaamheid (waarop het “onderzoek van het geschil” in de praktijk niet meer werd toegepast) enerzijds, en de aspecten van betaling tot waarborg, penaltiteit en de kosten van proces en advocaat van de winnende partij anderzijds. Op deze laatste onderdelen had het hof van beroep te Luik, de appelrechter, “onderzoek van het geschil zelf” moeten doen (Cass. 14 oktober 2004, aangehaald in J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, “Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)”, *TPR* 2006, (1365), 1406-1410). Deze vereiste is dus in het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht weggelaten.

In het nieuwe wetboek werd daarentegen wel een meer gedetailleerde lijst van weigeringsgronden opgenomen onder de artikelen 22, 23 en 25 WIPR. Voor pecuniaire veroordelingen, dus uitspraken buiten de staat en bekwaamheid, is er voortaan ook geen voorafgaand proces meer nodig voor de erkenning en is er dus sprake van een *de plano*-erkenning.

Niet alleen de rechter, maar elke overheid die wil overgaan tot *de plano* erkenning van de vreemde beslissing, moet tot een onderzoek overgaan (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Senaat BZ 200, nr. 3-27/1, 51; G. BRUYNSERAEDE, “Titel IX. De echtscheiding in het IPR” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, IX.7-2, nr. 8002).

Het gevolg van de erkenning mag niet kennelijk in strijd zijn met de openbare orde (art. 25, § 1, 1° WIPR). Hierbij wordt rekening gehouden met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde verbonden is en met de ernst van de gevolgen voor de Belgische rechtorde. De internationale openbare orde verzet zich enkel tegen erkenning indien de Belgische rechtsorde ernstig ver-

stoord zou worden.

Wanneer de Belgische rechtsorde licht geraakt wordt, verzet de internationale openbare orde zich niet tegen erkenning.

Zo zal men wat het polygame huwelijk betreft, niet van een vrouw kunnen eisen dat ze in België met de andere echtgenote samenwoont. Maar wanneer de rechtsvraag het huwelijksvermogen betreft, is het niet onmogelijk dat men dat polygame huwelijk in aanmerking neemt (H. VAN HOUTTE, *Internationaal privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 94).

**274** De rechten van verdediging mogen niet geschonden zijn (art. 25, § 1, 2° WIPR; zie voor een bespreking: H. STORME, “Artikel 25. Gronden voor weigering van de erkenning of de uitvoerbaarverklaring” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 136 e.v.; zie voor een toepassing: Cass. 20 juni 2008, *RABG* 2008, 1122).

De beginselen van behoorlijke procesvoering, zoals opgevat in het Belgische recht, moeten door de vreemde rechter geëerbiedigd worden (Cass. 5 januari 1995, *P&B* 1995, 79). Eén van de vereisten van behoorlijke procesvoering is dat de vreemde procedure verstaanbaar moet zijn voor de verweerder. Indien de verweerder de gebruikte taal niet verstaat, moet hij worden bijgestaan door een tolk en beschikken over een vertaling van de processtukken (Cass. 24 oktober 1975, *Pas.* I, 1976, 251). Wanneer de erkenning van een verstekvonnis wordt gevraagd, dient te worden nagegaan of de partij die verstek heeft gegeven, behoorlijk was opgeroepen (Rb. Luik 13 februari 1986, *Jur. Liège* 1986, 223).

De verweerder dient op de hoogte te zijn van de tegen hem ingestelde eis en moet de nodige tijd hebben om zijn verdediging voor te bereiden (Brussel 15 december 1967, *Pas.* 1968, II, 123; Brussel 10 maart 1993, *JT* 1994, 787; Luik 25 mei 1993, *JT* 1994, 88). Erkenning wordt eveneens geweigerd wanneer de vreemde beslissing alleen is verkregen om te ontsnappen aan de toepassing van het door het wetboek aangewezen recht in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten beschikken (art. 25, § 1, 3° WIPR).

**275** Wetsontduiking is voorhanden wanneer het bestaan van een fictief vreemd element wordt voorgewend om de toepassing te bekomen van een ander recht dan datgene dat normaal toepasselijk is (art. 25, § 1, 3° WIPR; zie hierover M. TRAEST, “Artikel 18. Wetsontduiking” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 97-101).

Zo werd een Turks echtscheidingsvonnis niet erkend wanneer de Turkse rechter zijn bevoegdheid steunde op een fictieve woonplaats in Turkije (Rb. Antwerpen 25 juni 1999, *T.Vreemd.* 1998-99, 368).

**276** Een vreemde rechterlijke beslissing die nog vatbaar is voor een gewoon rechtsmiddel, kan niet worden erkend (art. 25, § 1, 4° WIPR).

Wanneer de beslissing onverenigbaar is met een in België gewezen beslissing of met een voordien in het buitenland gewezen beslissing, die in België kan worden erkend, wordt erkenning geweigerd (art. 25, § 1, 5° WIPR).

Wanneer de vordering in het buitenland werd ingesteld, na het instellen in België van een vordering die nog steeds aanhangig is tussen dezelfde partijen en met hetzelfde voorwerp, zal de buitenlandse beslissing niet erkend worden (art. 25, § 1, 6° WIPR). Deze weigeringsgrond wil beletten dat de partij die verweerster is in België, probeert een gunstiger uitspraak te bekomen voor een buitenlandse rechter (Memorie van Toelichting *Parl.St.* Senaat, BZ 2003, nr. 3-27/1,55).

Zo wees de rechtbank te Hasselt de vordering tot erkenning van een Turks echtscheidingsvonnis af omdat met betrekking tot hetzelfde huwelijk in België al een echtscheidingsvordering was ingeleid vóórdát de vordering in Turkije werd ingeleid, niettegenstaande de beslissing in België nog moest genomen worden (Rb. Hasselt 17 oktober 2006, AR 06.0546.B aangehaald in J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAESE, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, (1365), 1483).

Tot slot zal erkenning eveneens geweigerd worden wanneer de Belgische rechter exclusief bevoegd was (art. 25, § 1, 7° WIPR), of wanneer de bevoegdheid van de buitenlandse rechter uitsluitend gegrond is op de aanwezigheid van de verweerder of van de goederen zonder rechtstreeks verband met het geschil in de Staat van waartoe de rechter behoort (art. 25, § 1, 8° WIPR).

## 2. Gevolgen van erkenning

**277** De automatische erkenning van een rechterlijke beslissing heeft voor gevolg dat de persoon of de instantie die met het vreemde vonnis wordt geconfronteerd (bv. de rechter, de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris belast met de vereffening en verdeling), zal oordelen of aan de voorwaarden van artikel 25 WIPR *prima facie* voldaan is. De zaak dient dan niet doorverwezen te worden naar de exequaturrechter. Men noemt dit de incidentele erkenning.

Als voorbeeld kan verwezen worden naar volgende handelingen die niet worden aangezien als daden van gedwongen tenuitvoerlegging, zodat de vreemde beslissing geen *exequatur* vereist, maar automatisch wordt erkend (E. VAN HOVE, *Het internationaal privaatrecht in de notariële praktijk*, Brugge, die Keure, nr. 38; J. DE CEUSTER, "De echtscheiding en de scheiding van tafel en bed", in *Comm. Personen- en familierecht*, Kluwer Rechtswetenschappen België, IPR, IV, 183; F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, Tome II, Brussel, Larcier, 1993, 1056):

- de oproeping van de vreemde echtscheidingsbeslissing om in België een nieuw huwelijk te kunnen aangaan;
- de kantmelding van die vreemde beslissing in de in België opgestelde huwelijksakte en in de registers van de burgerlijke stand, het vreemdelingenregister en het wachtregister;
- het oproepen van een exceptie van een gewijsde, gebaseerd op de vreemde beslissing, tegen een op dezelfde gronden in België ingeleide eis tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, wanneer de vordering in het buitenland uitging van dezelfde echtgenoot (Cass. 29 maart 1973, *Pas.* 725; J. ERAUW, F. BOUCKAERT, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, W. WAUTERS en B. WYLLEMAN, "Internationaal Privaatrecht en Nationaliteitsrecht (1985-92)", *TPR* 1993, 569);
- het opwerpen van een exceptie van een gewijsde als verweermiddel indien de tegenpartij en eis tot voorlopige dringende maatregelen stelt;

- het opwerpen van een exceptie van een gewijsde van een echtscheidingsvonnis als verweermiddel indien de eisende partij een nieuw huwelijk poogt teniet te laten doen op grond van vermeende bigamie;
- in België de omzetting te vragen van een vreemde beslissing van echtscheiding van tafel en bed in echtscheiding.

Een buitenlands vonnis dat niet werd erkend kan niettemin voldoende bewijskracht vertonen om als titel te fungeren voor een bewarend beslag. In de hypothese dat een *exequatur* procedure moet opgestart worden, is de debiteur al verwittigd van wat gaat komen en kan hij zijn middelen aan uitvoering onttrekken (Brussel 4 maart 2002, *Tijdschrift@ipr.be* 2005, nr. 4, 48).

Hetzelfde principe werd toegepast inzake van een vrouw die gepoogd had alimentatie te bekomen voor haar dochtertje ten laste van de biologische vader. Zij had dit biologisch vaderschap op basis van een bloedonderzoek reeds in 1993 in Duitsland laten vaststellen, gevolgd door een tweede Duits vonnis in 1994 houdende de begroting van de tot dan verschuldigde alimentatiegelden. Het verkrijgen van *exequatur* was haar echter na al die tijd niet gelukt. In een arrest van 20 juli 2002 oordeelde het hof van beroep te Luik dat op basis van de bewijskracht die verbonden was aan het Duits vonnis van 1993 er voldoende spoedeisendheid was en dat er op basis van dit vonnis en de bewijskracht daaraan verbonden op het vlak van het biologisch vaderschap, een voldoende zekere titel voorhanden was (Luik 20 juni 2002, *Tijdschrift@ipr.be* 2004, nr. 2, 35, aangehaald in J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, (1365), 1412).

## B. ERKENNING VAN AUTHENTIEKE AKTEN

**278** De erkenning van een authentieke akte betreft haar bindende kracht. Zij levert het volledige bewijs van de overeenkomst die erin vervat is en zij maakt de akten tevens tegenstelbaar aan derden.

**279** Een buitenlandse authentieke akte wordt in België door alle overheden erkend zonder verdere procedure voor zover de akte geen schending vormt van de openbare orde en niet is opgesteld om de dwingende wetbepalingen te ontduiken (art. 27 WIPR; zie voor een nadere bespreking: M. TRAEST, "Artikel 27. Erkenning en uitvoerbare kracht van buitenlandse authentieke akten" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 152-156).

Indien de akte aan deze voorwaarden voldoet, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand de inhoud over te schrijven in de verschillende registers (art. 31, § 1 WIPR).

In de erkenning van een authentieke akte is niet voorzien in de Brussel I-Verordening (wel de tenuitvoerlegging, art. 57) noch in het Verdrag van Lugano, zodat steeds het Wetboek IPR dient toegepast te worden in zoverre de EEX-regeling of het Verdrag van Lugano geen toepassing kan vinden (Verdrag van Lugano van 16 september 1988 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken,

*Pb.L.* 1988, afl. 319, 9; dit verdrag is toepasselijk op de verhouding tussen de lidstaten van de Europese Unie, met Denemarken inbegrepen, en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie, met name IJsland, Noorwegen en Zwitserland; er werd echter een nieuw Verdrag van Lugano ondertekend op 30 oktober 2007 dat nog niet van kracht is, *Pb.L.* 21 december 2007, afl. 339, 3).

Hoewel immers niet in een bijzondere regeling is voorzien inzake erkenning van authentieke akten in de EEX-regeling, neemt men aan dat de erkenning ervan gebeurt op dezelfde wijze als de erkenning van buitenlandse vonnissen.

De Brussel *Ibis*-Verordening bepaalt in artikel 46 dat de erkenning van een authentieke akte op dezelfde wijze als van een beslissing gebeurt.

### § 3. Uitvoerbaarverklaring

#### A. UITVOERBAARVERKLARING VAN EEN VONNIS

**280** Indien de tenuitvoerlegging van een vreemde beslissing wordt beoogd, dient de uitvoerbaarverklaring te worden bekomen.

Indien geen verordeningen of verdragen de materie regelen, gelden de regels van het WIPR.

#### *1. Europees recht*

Om reden dat in beslissingen inzake echtscheiding maar ook inzake het ouderlijk gezag onderdelen kunnen voorkomen die betrekking hebben op de alimentatie wordt hierna, naast de specifieke beslissingen inzake onderhoudsgeld, ook ingegaan op de echtscheiding en het ouderlijk gezag waar dit nuttig kan zijn.

#### a. Onderhoudsgelden

##### – De Brussel I-Verordening

Indien bezwaar wordt geuit tegen de erkenning en uitvoerbaarverklaring kan iedere belanghebbende een procedure inleiden om de erkenning te doen vaststellen (art. 33, 2 van de verordening).

De gronden voor een weigering van de erkenning of uitvoerbaarverklaring (in dit laatste geval indien een rechtsmiddel werd aangewend) verschillen op sommige punten met deze bepaald in het WIPR:

- kennelijke strijdigheid met de openbare orde van de aangezochte Staat (art. 34.1 van de verordening);
- indien de beslissing bij verstek werd gewezen, wanneer het stuk dat het geding heeft ingeleid of een gelijkwaardig stuk, niet tijdig werd betekend



- en op zodanige wijze dat de verweerder zich voldoende kon verdedigen, tenzij de verweerder tegen deze beslissing geen rechtsmiddel heeft aangewend terwijl hij daartoe in staat was (art. 34.2 van de verordening);
- onverenigbaarheid met een beslissing gegeven in de aangezochte lidstaat tussen dezelfde partijen (art. 34.3 van de verordening);
  - onverenigbaarheid met een beslissing vroeger gegeven in een andere lidstaat of in een derde land tussen dezelfde partijen in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits deze laatste beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat (art. 34.4 van de verordening); en
  - schending van de speciale bevoegdheidsregels in verzekerings- of consumentenzaken of van de exclusieve bevoegdheidsregels bepaald in de verordening (art. 35.1 van de verordening).

Alhoewel nog steeds een verklaring van uitvoerbaarverklaring moet worden bekomen om een beslissing in een andere lidstaat te kunnen uitvoeren, wordt deze verklaring nu afgeleverd op eenvoudige voorlegging van de nodige documenten en zonder nazicht van de weigeringsgronden (art. 41 van de verordening). De bij te voegen documenten zijn:

- uitgifte van de beschikking waarvan de uitvoerbaarverklaring wordt gevraagd;
- certificaat van uitvoerbaarverklaring volgens het model V van de Brussel I-Verordening.

Een bewijs van betekening van een verstekvonnis is niet langer vereist.

Tegen de beslissing tot uitvoerbaarverklaring kan verzet worden aangetekend. Gedurende de verzetsprocedure kunnen enkel nog bewarende maatregelen worden genomen (art. 47, 2 en 3 van de verordening). Deze maatregelen kunnen reeds vanaf het indienen van het verzoek genomen worden.

Tegen de beslissing op verzet staat enkel nog voorziening in cassatie open (art. 44 van verordening).

Het kan soms moeilijk zijn om te achterhalen of het vonnis waarvan de uitvoerbaarverklaring wordt gevraagd, een beschikking is betreffende onderhoudsgelden of een verdeling van het huwelijksvermogensstelsel. Een man kan bijvoorbeeld aan zijn vrouw zijn aandeel in het gemeenschappelijk huis afstaan om van zijn alimentatieverplichting ontheven te worden. In dit geval is de Brussel I-Verordening van toepassing. Echter indien de afstand van een goed kadert in de vereffening en verdeling, dan is de Brussel I-Verordening niet van toepassing (HvJ 27 februari 1997, *JLMB* 1997, 576; G. BRUYNSEAEDE, "De echtscheiding in het IPR" in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, IX.7-13).

Nadat een buitenlands vonnis in België het rechterlijk verlof tot tenuitvoerlegging heeft verkregen overeenkomstig het exequaturrecht, blijft er nog de problematiek van de eigenlijke tenuitvoerlegging in België. Op het vlak van de uitvoeringsmodaliteiten in de enge zin zoals bijvoorbeeld het kantonnement is het recht van de lidstaat van de uitvoering, van toepassing. Het exequatur is

wel een voorwaarde tot tenuitvoerlegging maar impliceert geen daadwerkelijke uitvoering op zich. Heel de beoordeling van de daadwerkelijke uitvoering behoort toe aan de rechters van het land waar de uitvoering gevraagd wordt. Het Belgisch recht geeft wat dat betreft geen ander gevolg aan een vreemd vonnis dan aan een Belgisch vonnis. Er mag geen discriminatie zijn in die zin dat een vreemd vonnis een grotere uitwerking zou krijgen dan een Belgisch vonnis.

De voormelde problematiek wordt goed geïllustreerd door de volgende casus. Met betrekking tot een vonnis uit het Franse Rijsel dat in België al verlot tot tenuitvoerlegging had verkregen vroeg de verwerende partij die tot betaling veroordeeld was, een maatregel van kantonement. De titularis van het Franse vonnis argumenteerde echter dat alleen de Franse bodemrechter kon oordelen of er een waarborg kon toegestaan worden en die had zulks niet toegestaan. Door de vraag van de veroordeelde partij om kantonement te doen werd in feite een bijkomende hindernis opgeworpen die tegen de Brussel I-Verordening inging. De rechtbank van eerste aanleg van Gent volgde dit standpunt niet en oordeelde dat, waar tegenover een Belgisch vonnis aan de beslagrechter kantonement kan gevraagd worden, dit ook als modaliteit bij de uitvoering van een Frans vonnis kan gelden (Rb. Gent 18 maart 2002, *RW* 2002-03, 1, 30, aangehaald in J. ERAUW, C. CLJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, (1365), 1405; eerder was al in dezelfde zin geoordeeld door Luik (Beslagrechter) 28 maart 1990, *JLMB* 1990, 662, noot G. DE L. en Brussel 8 februari 2000, *JT* 2000, 426).

Een andere problematiek inzake de daadwerkelijke uitvoering is deze van het verbeuren van een buitenlandse dwangsom. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde daarover dat een loutere *de plano* erkenning in België niet genoeg was om de dwangsom te laten verbeuren. Het verbeuren van een dwangsom werd getypeerd als een onrechtstreeks executiemiddel dat een uitvoerbare rechterlijke veroordeling impliceert. Daarom moest de veroordeling eerst, voorafgaand aan een executuur, gezag van gewijsde hebben verkregen in België vooraleer de dwangsom kon verbeuren. Een loutere erkenning volstond dus niet (Antwerpen 13 november 2001, *RW* 2003-04, 68, aangehaald in J. ERAUW, C. CLJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, (1365), 1406).

– Het Verdrag van Den Haag van 15 april 1958 nopens de erkenning en uitvoering van de beslissingen inzake de onderhoudsplicht tegenover de kinderen.

**281** Dit verdrag werd goedgekeurd bij wet 11 augustus 1961 (*BS* 28 oktober 1961), in België in werking getreden op 1 januari 1962. Het verdrag is niet van toepassing op de erkenning en uitvoerbaarverklaring van een authentieke akte waarbij iemand zich verbindt om onderhoudsgeld te betalen (Antwerpen 31 oktober 1990, *TBBR* 1992, 405).

In beginsel is het verdrag van toepassing op het verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging in een verdragssluitende staat van gerechtelijke beslissingen inzake onderhoudsvorderingen van ongehuwde kinderen beneden 21 jaar, gewezen in een andere verdragssluitende staat.

De erkenning en tenuitvoerlegging moeten geschieden zonder nieuw onderzoek ten gronde (art. 2 van het verdrag). Ze kunnen enkel geweigerd worden indien een van de in artikel 2 van het verdrag limitatief opgesomde voorwaarden niet is vervuld (art. 2 en 5 van het verdrag). Deze voorwaarden komen *grosso modo* overeen met de voorwaarden van artikel 25 WIPR.

Indien de beslissing waarvoor de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, gewezen is in een land dat lid is van de EU (behoudens Denemarken) is het aangewezen om de Brussel I-Verordening toe te passen vermits deze verordening soepeler is (art. 71 van de Brussel I-Verordening).

In voorkomend geval kan in die laatste situatie ook toepassing worden gemaakt van de Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (*Pb.L.* 30 april 2004, nr. 143/15) dan wel van de Europese betalingsbevelprocedure (Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *Pb.L.* 30 december 2006, nr. 399/1). Beide rechtsinstrumenten die voorzien in een afschaffing van het exequatur voor beslissingen die onder hun toepassingsgebied vallen, kunnen evenwel slechts aangewend worden ten aanzien van niet-betwiste schuldvorderingen zodat zij ter zake alimentatie in de praktijk wellicht niet zoveel zullen kunnen worden aangewend.

Vanaf het ogenblik waarop Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen (*Pb.L.* 10 januari 2009, nr. 7/1) van toepassing zal zijn, met name met ingang van 18 juni 2011, onder voorbehoud dat op dat tijdstip het Haagse Protocol van 2007 in de Gemeenschap van toepassing is, zullen evenwel de regels inzake uitvoerbaarverklaring uit die verordening gelden. Daarbij zal bovendien een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de uitvoerbaarverklaring van beslissingen gegeven in lidstaten die door het Haagse Protocol van 23 november 2007 zijn gebonden en de uitvoerbaarverklaring van beslissingen uit lidstaten die niet door het Haagse Protocol zijn gebonden (zie art. 16 van Verordening nr. 4/2009). Wel dient erop te worden gewezen dat de Verordening nr. 4/2009 geen toepassing vindt ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk en Denemarken (zie zeventenveertigste en achtenveertigste inleidende overweging bij de verordening). Bovendien zal deze verordening op het gebied van onderhoudsverplichtingen ook Verordening (EG) nr. 805/2004 vervangen, behalve voor zover het Europese executoriale titels betreft inzake onderhoudsverplichtingen, afgegeven in een lidstaat die niet gebonden is door het Haagse Protocol van 23 november 2007. Om reden dat het gaat om een toekomstig instrument dat nog niet van toepassing is, worden deze regels inzake uitvoerbaarverklaring uit de Verordening nr. 4/2009 hier niet verder geanalyseerd.

#### – Andere verdragen

België heeft nog andere verdragen gesloten i.v.m. erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde akten en gerechtelijke beslissingen over uitkeringen tot onderhoud, zoals (G. BRUYNSERAEDE, “De echtscheiding in het IPR” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, IX.7-14, 8028):

- het Verdrag van New York van 20 juni 1956 (goedgekeurd bij wet 6 mei 1966, *BS* 30 juli 1966);
- de Overeenkomst van Wenen van 25 oktober 1957 tussen België en Oostenrijk (goedgekeurd bij wet 22 april 1960, *BS* 28 juni 1960 in werking getreden op 9 augustus 1960);
- de Overeenkomst van Boekarest van 30 oktober 1979 (goedgekeurd bij wet van 23 maart 1983, *BS* 20 december 1983, in werking getreden sedert 1 februari 1984; J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen België, 1997, 686-688).

Voor zover het de verhouding tussen landen van de Europese Unie betreft, zal de Brussel I-Verordening wel primeren (zie art. 69 en 72.1 Brussel I-Verordening).

#### b. Echtscheiding

**282** Voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid binnen de Europese Unie (zonder Denemarken) geldt de Brussel IIbis-Verordening (Verordening nr. 2201/2003/EG van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verord. (EG) nr. 1347/2000, *Pb.L.* 23 december 2003, afl. 338, 1; deze verordening is vanaf 1 maart 2005 van kracht, ze heeft echter geen betrekking op aanverwante vorderingen zoals bijvoorbeeld alimentatievorderingen).

De in een lidstaat gegeven beslissing wordt in een andere lidstaat erkend zonder dat daartoe een procedure moet worden gevoerd (art. 21 van de Brussel IIbis-Verordening). Bijgevolg zal de ambtenaar van de registers van de burgerlijke stand zonder bijkomende formaliteiten melding maken van de echtscheiding, de echtscheiding van tafel en bed of de omzetting van de echtscheiding in een echtscheiding van tafel en bed, die in een andere lidstaat is verkregen (art. 21, 2<sup>o</sup> van de verordening).

**283** De belanghebbende partij kan slechts vier gronden aanvoeren om zich tegen de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing inzake de echtscheiding te verweren (art. 22 van de verordening):

- indien de erkenning kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat;
- indien het stuk dat de procedure inleidt, niet tijdig en op zodanige wijze is betekend aan de andere partij zodat de rechten van verdediging zijn geschonden. Dit geldt niet indien de andere partij ondubbelzinnig met de beslissing heeft ingestemd;
- indien zij onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing of een andere erkenbare beslissing.

**284** Het gerecht van de aangezochte staat mag in geen geval:

- de bevoegdheid van de lidstaat van herkomst onderzoeken (art. 24 van de verordening);
- de juistheid van de beslissing onderzoeken (art. 26 van de verordening).

Tevens mag de aangezochte staat niet opwerpen dat de echtscheiding volgens haar wetgeving niet mogelijk is (art. 25 van de verordening).

**285** Indien een gewoon rechtsmiddel wordt aangetekend tegen de beslissing waarvan de erkenning wordt gevraagd, kan de aangezochte autoriteit haar uitspraak aanhouden (art. 27 van de verordening).

De tenuitvoerlegging van de vreemde beslissing gebeurt in België via de procedure op éézijdig verzoekschrift (art. 28 van de Brussel *Ibis*-Verordening; art. 23 van het WIPR), waartegen verzet mogelijk is. De verzoekende partij dient wel woonstkeuze te doen in België (art. 30, 2° Brussel *Ibis*-Verordening).

Bij het verzoekschrift tot uitvoerbaarverklaring worden volgende documenten gevoegd (art. 30, 3° Brussel *Ibis*-Verordening):

- een afschrift van de beslissing dat voldoet aan de voorwaarden tot vaststelling van de echtheid ervan;
- het certificaat I van de Brussel *Ibis*-Verordening;
- indien de beslissing bij verstek is gewezen: een origineel of een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het stuk waaruit blijkt dat het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk aan de niet-verschijnende partij, is betekend of meegedeeld of een stuk waaruit blijkt dat de verwerende partij ondubbelzinnig met de beslissing instemt.

De griffier brengt de verzoekende partij bij gerechtsbrief in kennis van de beslissing (art. 32 van de verordening). Tegen de beslissing staat een rechtsmiddel open (art. 33 van de verordening), waarna de procedure op tegenpraak verloopt.

### c. Ouderlijk gezag

**286** De beslissingen inzake het ouderlijk gezag worden eveneens geregeld door de Brussel *Ibis*-Verordening vanaf 1 maart 2005 (G. BRUYNSERAEDE, “De echtscheiding in het IPR” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, IX.7-9, nr. 8020).

Bepaalde beslissingen betreffende het omgangsrecht en sommige beslissingen die de terugkeer van het kind met zich brengen, worden erkend zonder dat men zich tegen de erkenning kan verzetten. Deze beslissingen zijn eveneens uitvoerbaar zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid moet worden bekomen. Voorwaarde is wel dat de betrokken beslissing is gewaarmerkt overeenkomstig de regels van de verordening. Dergelijke waarmerking gebeurt door de rechter van de lidstaat van herkomst bij middel van een standaardcertificaat opgenomen onder de bijlagen III (inzake omgangsrecht) en IV (inzake terugkeer) van de Brussel *Ibis*-Verordening. De certificaten bevestigen dat aan een aantal minimumvereisten is voldaan (art. 41 van de Brussel *Ibis*-Verordening).

De rechter kan slechts een certificaat Bijlage III afgeven indien (art. 41, 2° Brussel *Ibis*-Verordening):

- alle partijen zijn gehoord, inbegrepen het kind tenzij het te jong was om gehoord te worden;
- in geval van verstek: het inleidende stuk of akte tijdig en met eerbiediging van de rechten van de verdediging aan de verstekmakende partij werd afgeleverd, tenzij de verstekmakende partij uitdrukkelijk met de beslissing heeft ingestemd.

De beslissing inzake de terugkeer van een kind die van de automatische erkenning en tenuitvoerlegging geniet op grond van artikel 42 van de Brussel *Ibis*-Verordening, kan in strijd zijn met een beslissing die op grond van artikel 13 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 1980 is gegeven (het Verdrag van 's Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechterlijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen is voor België in werking sedert 1 mei 1999 (wet van 10 augustus 1998, *BS* 24 april 1999). Zie ook artikel 1322*bis* tot en met 1322*octies* van het Ger.W.).

Artikel 13 bepaalt dat de rechter niet gehouden is de terugkeer van een kind te gelasten indien:

- de persoon die het gezag over het kind had, het gezag niet uitoefende;
- lichamelijk of geestelijk gevaar dreigt voor het kind i.g.v. terugkeer;
- het verzet van een kind dat getuigt van voldoende rijpheid.

Om deze betwistingen te vermijden, zijn de beslissingen inzake de terugkeer uitvoerbaar zonder bijkomende exequaturprocedure. De rechter die de oorspronkelijke beslissing heeft getroffen, kan een certificaat (bijlage IV van de verordening) slechts afgeven, indien hij rekening heeft gehouden met de redenen die de rechter op basis van artikel 13 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag heeft geveld. In dat geval zal het kind naar het land van herkomst moeten worden teruggebracht, spijs de beslissing op basis van artikel 13 van het Haagse Verdrag.

Indien de certificaten zoals opgenomen in de bijlagen III en IV niet kunnen worden voorgelegd, kan nog steeds de uitvoerbaarverklaring worden gevraagd middels de bijlagen II van de verordening.

(Zie voor een meer uitvoerige bespreking van het Haags Kinderontvoeringsverdrag, J. ERAUW, C. CLJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAUTELET, "Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)", *TPR* 2006, (1365), 1523-1532).

**287** De erkenning en uitvoerbaarverklaring van beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid kunnen enkel op volgende gronden worden geweigerd (art. 23 van de Brussel *Ibis*-Verordening):

- kennelijke strijdigheid met de openbare orde van de aangezochte staat, gelet op het belang van het kind;
- behalve in spoedeisende gevallen, indien de beslissing is gegeven zonder dat het kind, in strijd met de fundamentele procesregels van de aangezochte lidstaat, in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord;
- indien het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk, niet tijdig werd betekend en op zodanige wijze dat de verweerder zich voldoende kon verdedigen, tenzij het vaststaat dat de niet-verschenen partij ondubbelzinnig met de beslissing instemt;
- op verzoek van eenieder die beweert dat de beslissing in de weg staat aan de uitoefening van zijn ouderlijke verantwoordelijkheid, indien zij is gegeven zonder dat deze persoon in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord;
- onverenigbaarheid met een latere beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, die in de aangezochte lidstaat is gegeven;

- onverenigbaarheid met een latere beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid die in een andere lidstaat of in het derde land van de gewone verblijfplaats van het kind is gegeven, mits die latere beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat; of
- niet-naleving van de procedure bepaald in de verordening voor de plaatsing van het kind in een instelling of in een pleeggezin in een andere lidstaat.

Het gerecht van de aangezochte staat mag in geen geval:

- de bevoegdheid van de lidstaat van herkomst onderzoeken (art. 24 van de verordening);
- de juistheid van de beslissing onderzoeken (art. 26 van de verordening).

Indien een gewoon rechtsmiddel wordt aangewend tegen de beslissing waarvan de erkenning wordt gevraagd, kan de aangezochte autoriteit haar uitspraak aanhouden (art. 27 van de verordening).

De uitvoerbaarverklaring van de vreemde beslissing geschiedt in België via de procedure op éézijdig verzoekschrift (art. 28 van de verordening; art. 23 van het WIPR), waartegen verzet mogelijk is. De verzoekende partij dient wel woonstkeuze te doen in België (art. 30, 2° verordening).

**288** Bij het verzoekschrift tot uitvoerbaarverklaring worden volgende documenten gevoegd (art. 30, 3° Brussel *Iibis*-Verordening):

- een afschrift van de beslissing dat voldoet aan de voorwaarden tot vaststelling van de echtheid ervan;
- het certificaat bijlage II van de Brussel *Iibis*-Verordening;
- indien de beslissing bij verstek is gewezen: een origineel of een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het stuk waaruit blijkt dat het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk, aan de niet-verschijnende partij is betekend of meegedeeld of een stuk waaruit blijkt dat de verwerende partij ondubbelzinnig met de beslissing instemt.

De griffier brengt de verzoekende partij bij gerechtsbrief in kennis van de beslissing (art. 32 van de verordening).

Tegen de beslissing staat een rechtsmiddel open (art. 33 van de verordening), waarna de procedure op tegenspraak verloopt.

## 2. *Intern Recht (WIPR)*

### a. De bevoegdheid

**289** In beginsel is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd om kennis te nemen van de verzoeken tot uitvoerbaarverklaring van vreemde vonnissen (art. 570 Ger.W. en art. 23 WIPR; zie voor een uitvoerige bespreking: I. COUWENBERG, “Art. 23. Bevoegdheid en procedure voor de erkenning of de

uitvoerbaarverklaring” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 124-130).

Wat de territoriale bevoegdheid van de rechtbanken betreft, duidt het wetboek trapsgewijs de bevoegde Belgische rechter aan:

- de woonplaats van de verweerder, bij gebrek waaraan;
- de plaats van uitvoering, bij gebrek waaraan;
- de woonplaats van eiser, bij gebrek waaraan;
- de rechtbank van Brussel.

#### b. De voorwaarden

**290** Een vreemd vonnis kan slechts ten uitvoer worden gelegd als het aan de voorwaarden van artikel 25 WIPR voldoet. Zie *boven* voor de voorwaarden tot erkenning van buitenlandse vonnissen, nrs. 272-276.

De aangezochte rechter kan geen onderzoek doen over de grond van de zaak en kan dus niet de buitenlandse beslissing herzien (art. 25, § 2 WIPR).

#### c. De procedure

**291** De vordering wordt bij eenzijdig verzoekschrift ingeleid (art. 1025 tot 1034 Ger.W.).

Volgende stukken dienen te worden neergelegd (art. 24 WIPR):

- een uitgifte van de vreemde beslissing;
- i.g.v. verstek: bewijs dat de inleidende akte aan de verstekmakende partij is betekend;
- bewijs dat de vreemde beslissing uitvoerbaar is in het land van herkomst.

De rechter kan de verzoekende partij vragen een ontbrekend stuk voor te leggen. Hij zal op korte termijn uitspraak doen.

De persoon tegen wie de tenuitvoerlegging werd toegestaan, kan verzet aantekenen tegen de beslissing. De procedure verloopt dan tegensprekelijk.

De buitenlandse beslissingen waartegen een gewoon rechtsmiddel mogelijk is, kunnen door de Belgische rechter uitvoerbaar worden verklaard, eventueel tegen zekerheidstelling.

De beslissingen inzake uitvoerbaarverklaring zijn niet uitvoerbaar bij voorraad.

Indien hoger beroep wordt aangetekend tegen een uitvoerbaarverklaring, kunnen slechts bewarende maatregelen getroffen worden gedurende de beroepsprocedure.



## B. UITVOERBARE KRACHT VAN AUTHENTIEKE AKTEN

1. *Algemeen*

**292** De tenuitvoerlegging van een authentieke akte betreft de uitvoerbare kracht van de akte. Hiervoor is het noodzakelijk dat de akte in het land waar zij is verleden, uitvoerbaar is verklaard. Meestal zijn de akten in het land van herkomst uitvoerbaar verklaard (K. BROECKX, “De uitvoerbare kracht van een notariële akte”, *TPR* 1991, 70).

De tenuitvoerlegging van authentieke akten afkomstig uit een EU-lidstaat wordt geregeld in de Brussel I-Verordening (EEX-Verordening). Echtscheidingen en de verdeling van het huwelijksvermogensstelsel worden in deze verordening niet geregeld, wel geschillen m.b.t. onderhoudsgelden, zodat authentieke akten op basis van deze verordening ten uitvoer kunnen worden gelegd voor zover zij dit laatste aspect behandelen (op akten uit Noorwegen, IJsland en Zwitserland is het Verdrag van Lugano van 1988 van toepassing dat in een zelfde regeling voorziet als de Brussel I-Verordening).

De erkenning en tenuitvoerlegging van authentieke akten die betrekking hebben op de echtscheiding en de ouderlijke macht worden geregeld door de Brussel IIbis-Verordening. Artikel 46 bepaalt dat de authentieke akten die verleden zijn en uitvoerbaar verklaard in een lidstaat van herkomst, onder dezelfde voorwaarden als de gerechtelijke beslissingen erkend en uitvoerbaar worden gemaakt.

**293** Enkel voor akten afkomstig uit landen waarop geen verdrag of verordening slaat, alsook voor akten waarvan de inhoud uitgesloten is uit het toepassingsgebied van het verdrag of verordening, geldt het WIPR (art. 27 WIPR; zie voor een nadere bespreking: M. TRAEST, “Artikel 27. Erkenning en uitvoerbare kracht van buitenlandse authentieke akten” in J. ERAUW, M. FAL-LON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 152-156).

Wat Frankrijk en Nederland betreft, bestaat er een verdragrechtelijke regeling, in het bijzonder het artikel 16 van het verdrag tussen België en Frankrijk (Belgisch-Frans bevoegdheids- en executieverdrag van 8 juli 1899, wet van 31 maart 1900, *BS* 30-31 juli 1900) en het artikel 16 van het verdrag tussen België en Nederland (Belgisch-Nederlands executieverdrag van 28 maart 1925, wet van 16 augustus 1926, *BS* 27 juli 1929).

Artikel 27 WIPR bepaalt: “§ 1. Een buitenlandse authentieke akte wordt in België door alle overheden erkend zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijk recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21.

De akte moet voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld, nodig zijn voor haar echtheid.

Artikel 24 is, voorzover nodig, van toepassing.

Ingeval de overheid weigert de geldigheid van de akte te erkennen, kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 121, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23.

§ 2. Een buitenlandse authentieke akte die uitvoerbaar is in de Staat waarin zij is opgesteld, wordt in België uitvoerbaar verklaard door de rechtbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 121, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23 en na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in § 1.

§ 3. Een gerechtelijke schikking aangegaan voor een buitenlandse rechter, die uitvoerbaar is in de Staat waar zij tot stand is gekomen, kan in België onder dezelfde voorwaarden als een authentieke akte uitvoerbaar verklaard worden”.

## 2. Voorwaarden

**294** De Brussel I-Verordening en het WIPR stellen deels dezelfde voorwaarden aan de uitvoerbaarverklaring van een authentieke akte. Het WIPR legt twee bijkomende voorwaarden op (art. 27 WIPR verwijst naar de voorwaarden vermeld in de art. 18 en 21 van het WIPR).

De vier gemeenschappelijke voorwaarden zijn:

- het moet een authentieke akte zijn; het WIPR bevat geen definitie van wat een authentieke akte is; uit het rapport JENARD-MÖLLER blijkt dat de authenticiteit door een overheidsorgaan moet zijn vastgesteld en dat de authenticiteit ook de inhoud en niet enkel de handtekening moet betreffen; een éézijdige verklaring die door de plaatselijke autoriteit is geregistreerd, is geen authentieke akte (Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, gedaan te Lugano op 16 september 1988, *Pb.L.* 1988, afl. 319, 9, zie voor het rapport *Pb.C.* 189/57, 28 juli 1990, nr. 72);
- de akte moet voldoen aan de voorwaarden die nodig zijn voor haar echtheid in de staat van herkomst; meestal wordt de legalisatie van de akte vereist;
- de akte moet uitvoerbaar zijn in het land waar zij werd verleden; de uitvoerbaarheid van een authentieke akte is de eigenschap die zij bezit om rechtstreeks, zonder voorafgaand vonnis, uitvoerbare kracht te genieten. De uitvoerbaarheid moet beoordeeld worden aan de hand van de wet van het land van herkomst; dit varieert sterk van land tot land;
- de akte mag niet in strijd zijn met de openbare orde van de aangezochte staat; tenuitvoerlegging wordt alleen geweigerd of ingetrokken indien de tenuitvoerlegging van die authentieke akte kennelijk strijdig is met de openbare orde van de lidstaat; het moet gaan om een onduldbare verstoring van de openbare orde, die echter niet voortvloeit uit de inhoud van de akte, maar uit de gevolgen die haar tenuitvoerlegging zouden meebrengen.

Het WIPR legt nog volgende voorwaarden op:

- de authentieke akte mag geen wetsontduiking tot doel hebben (art. 27, § 1 WIPR);
- de authentieke akte dient rechtsgeldig te zijn volgens het recht dat in het WIPR is aangeduid (art. 27, § 1 WIPR).

### 3. Procedure

**295** De procedure die van toepassing is op de uitvoerbaarverklaring van vonnissen is dezelfde voor authentieke akten (art. 27, § 2 WIPR).

## § 4. Legalisatie

### A. VERDRAGSRECHT

**296** Tussen de staten die partij zijn bij het Haags Apostilleverdrag, is de procedure van legalisatie afgeschaft (Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961 tot afschaffing van legalisatie van buitenlandse openbare akten, wet van 5 juni 1975, *BS* 7 februari 1976). De legalisatie is vervangen door een apostille die wordt afgeleverd door de bevoegde autoriteit in het land van herkomst van de akte. In bijlage I bij het verdrag is een model van apostille opgenomen.

Voor akten uitgaande van een Deense, Franse, Ierse, Italiaanse of Letse overheid, moet het verdrag van 25 mei 1987 betreffende de afschaffing van de legalisatie van akten in de lidstaten van de Europese Gemeenschappen gevolgd worden (Verdrag van Brussel van 25 mei 1987 betreffende de afschaffing van de legalisatie van akten in de lidstaten van de Europese Gemeenschappen, wet van 18 april 1997, *BS* 14 juli 1999, *erratum BS* 30 september 1999). De akte opgemaakt op het grondgebied van een verdragstaat, is vrijgesteld van elke vorm van legalisatie of analoge formaliteit.

### B. INTERN RECHT (WIPR)

**297** Een buitenlandse rechterlijke beslissing of authentieke akte moet worden gelegaliseerd om in België geheel of bij uittreksel, in origineel of in afschrift te worden voorgelegd (art. 30 WIPR). De legalisatie bevestigt de echtheid van de handtekening, de hoedanigheid waarin de ondertekenaar van het stuk heeft gehandeld en in voorkomend geval de identiteit van het zegel of de stempel van het stuk. Hieruit kan dan worden afgeleid dat het stuk wel degelijk, zoals het beweert, uitgaat van de vreemde overheid en dat het dus echt is (G. BRUYNSEAEDE, “De echtscheiding in het IPR” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, losbl., IX.7-16; J. ERAUW, “Artikel 30. Legalisatie” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 162-166).

Op 11 januari 2007 werd een koninklijk besluit gepubliceerd waarin niet alleen een defintie wordt gegeven van wat een legalisatie is maar tevens wordt beklemtoond dat een legalisatie niet gelijkstaat met een “erkenning” in de zin van het exequaturrecht (KB 12 juli 2006 betreffende de legalisatie van buitenlandse rechterlijke beslissingen of authentieke akten, *BS* 11 januari 2007 met een omzendbrief van 14 december 2006 houdende instructies betreffende de legalisatie; zie ook J. ERAUW, C. CLIJMANS, V. DE RUYCK, K. JANSEGGERS, K. ROOX, M. TRAEST, H. VAN HOUTTE, J. VERHELLEN en P. WAULETEL, “Overzicht rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1998-2006)”, *TPR* 2006, (1365), 1411).

Eerst wordt de akte gelegaliseerd door de plaatselijke overheid, waarna ze gelegaliseerd wordt (art. 30, § 2 WIPR):

- door een Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar die geaccrediteerd is in de staat waar de beslissing is gewezen of de akte is opgesteld;
- bij gebreke hiervan, door een diplomatieke of consulaire ambtenaar van de buitenlandse staat die de belangen van België in die staat behartigt;
- bij gebreke hiervan, door de minister van Buitenlandse Zaken.

Daarna wordt het stuk via het Ministerie van Buitenlandse Zaken overgemaakt aan het Ministerie van Justitie (G. DROZ, “L’activité notariale internationale” *Rec.Cours* 1999, vol. 280, 103-106; VAN HOUTTE (ed.), *Internationaal Privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 99).

## § 5. De burgerlijke stand en buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten

**298** Wat hierna volgt heeft slechts in die mate belang voor alimentatievorderingen dat het steeds mogelijk is dat in een echtscheidingsvonnis ook een onderdeel kan opgenomen zijn met betrekking tot bijvoorbeeld een uitkering na echtscheiding.

Buitenlandse echtscheidingsvonnissen worden automatisch erkend en zij dienen in België niet te worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand, tenzij het huwelijk dat door het vreemde echtscheidingsvonnis ontbonden werd, in België gesloten is.

In dat geval zal het buitenlandse echtscheidingsvonnis overgeschreven worden op de rand van de huwelijksakte. Dit gebeurt dan niet om de buitenlandse echtscheiding definitief te laten worden maar omdat de registers van de burgerlijke stand aan de werkelijkheid moeten beantwoorden (Rb. Namen 3 januari 1990, *RTDF* 1990, 429; Rb. Nijvel 29 juni 1995, *RTDF* 1996, 76).

De ambtenaar van de burgerlijke stand is wel verplicht om melding te maken van de echtscheiding op de kant van de akten en de nodige wijzigingen aan te brengen in de bevolkings- en de vreemdelingenregisters. Immers, ook deze registers dienen te beantwoorden aan de werkelijkheid (J. VERHELLEN, “Overzicht van Rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht”, *TPR* 1998, 1443).

De buitenlandse akte dient evenwel aan vier voorwaarden te voldoen. Vooreerst dient de akte rechtsgeldig te zijn volgens het door het WIPR aangewezen recht (art. 31 WIPR). Bovendien moet zij voldoen aan de voorwaarden, volgens het land van herkomst vereist voor haar echtheid. Vervolgens mag er geen sprake zijn van wetsontduiking. Ten slotte mogen de gevolgen van de akten niet strijdig zijn met de Belgische internationale openbare orde.

De ambtenaar van de burgerlijke stand die twijfels heeft over de regelmatigheid van de echtscheidingsbeslissing waarvan de overschrijving wordt gevraagd, dient de procureur des Konings om advies te vragen.

In de gevallen waarin de ambtenaar meent dat de vreemde beslissing, die hem wordt voorgelegd naar Belgisch recht geldig is, dient hij deze te vermelden op de kant van de akten en de nodige wijzigingen aan te brengen in het bevolkingsregister. Hij is dan ook gehouden met deze beslissing rekening te houden bij het opmaken van volgende akten.

Wanneer een vreemde beslissing gekantmeld werd in de registers en zij nadien onregelmatig blijkt te zijn, dan kan de rechtbank de doorhaling van de kantmelding bevelen. Indien de ambtenaar weigert om de akte over te schrijven, kan de procedure via eenzijdig verzoekschrift voor de rechtbank van eerste aanleg binnen het arrondissement waar het kwestieuze register wordt bijgehouden, aanhangig gemaakt worden, zonder de ambtenaar te moeten dagvaarden (art. 31, § 1 WIPR; J. ERAUW, "Artikel 31. Vermelding en overschrijving van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten inzake staat en bekwaamheid", in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS-SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTE en P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 167-173).

Artikel 31 WIPR bepaalt het volgende: "§ 1. Een buitenlandse authentieke akte betreffende de burgerlijke stand kan slechts worden vermeld op de kant van een akte van de burgerlijke stand, worden overgeschreven in een register van de burgerlijke stand of als basis dienen voor de inschrijving in een bevolkingsregister, een vreemdelingenregister of een wachtregister, na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in artikel 27 § 1.

De vermelding of overschrijving van een buitenlandse rechterlijke beslissing kan slechts plaatsvinden na onderzoek van de voorwaarden bedoeld in de artikelen 24 en 25 en, naar gelang van het geval, in de artikelen 39, 57 en 72.

Ingeval de bewaarder weigert over te gaan tot de vermelding of tot de overschrijving, kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg van het arrondissement waarin het register wordt gehouden, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23.

§ 2. Dit onderzoek gebeurt door de bewaarder van de akte of van het register.

De minister van Justitie kan richtlijnen opstellen die de eenvormige toepassing waarborgen van de voorwaarden bedoeld in § 1.

De bewaarder van de akte of van het register kan bij ernstige twijfel bij de beoordeling van de voorwaarden bedoeld in § 1, de akte of de beslissing voor advies verzenden aan het openbaar ministerie dat, indien nodig, aanvullend onderzoek verricht.

§ 3. De Koning kan een register aanleggen en zijn werking regelen, voor beslissingen en akten die voldoen aan de voorwaarden bedoeld in § 1, wanneer zij betrekking hebben op een Belg of op een vreemdeling die in België verblijft".

TITEL II  
**DE WETTELIJK GEORGANISEERDE  
ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN**

HOOFDSTUK I  
**DE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN DIE ALS GRONDSLAG DE  
 “LEVENSSANDAARD” HEBBEN**

AFDELING I

DE VERPLICHTING VAN DE OUDERS HUN KINDEREN LEVENSONDERHOUD, OPVOEDING EN OPLEIDING TE VERSCHAFFEN (ART. 203, § 1 BW)

**§ 1. Algemeen**

A. GRONDSLAGEN

*1. Aard*

**299** De wettelijke basis is terug te vinden in de artikelen 203 BW en 203bis BW. De naleving van de verplichting kan onder meer gesanctioneerd worden door een ontvangstmachtiging zoals bepaald in artikel 203ter BW dat bijzondere procedureregels voorschrijft.

Het artikel 203 BW bepaalt: “§ 1. De ouders dienen naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen. Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting door na de meerderjarigheid van het kind. § 2. De langstlevende echtgenoot is gehouden tot de verplichting gesteld in paragraaf 1 ten aanzien van de kinderen van de vooroverleden echtgenoot van wie hij niet de vader of de moeder is, binnen de grenzen van hetgeen hij heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en van de voordelen die deze hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, door schenking of bij testament”.

Artikel 203 BW bestond al te tijde van de *Code civil des Français* (1804) onder de volgende tekst: “Uyt het feyt alleen van den egten-staet, gaen de egtgenooten saemen de verbintnisse aen van hunne kinderen te alimenteren, onderhouden en op-te-brengen” (D. HEIRBAUT en G. BAETEMAN (eds.), *Cumulative editie van het Burgerlijk Wetboek, I en II, Herdenkingsuitgave Tijdschrift voor Privaatrecht*, Gent, 2004, 182). De tekst bleef ongewijzigd tot de invoeging van paragraaf 2 door de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (BS 27 mei 1981). Daarna volgden nog ingrepen door de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, BS 27 mei 1987 en vervolgens door de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, BS 24 mei 1995.

a. Onderscheid

**300** De onderhoudsverplichting in de relatie ouders - kind wordt beheerst door artikel 203 BW. De onderhoudsverplichting t.o.v. het kind in de relatie ouder - ouder wordt beheerst door artikel 203bis BW.

Dit artikel bepaalt: “Onverminderd de rechten van het kind kan elk van de ouders van de andere ouder diens bijdrage vorderen in de kosten die voortvloeien uit artikel 203, § 1” (ingevoegd door art. 33 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *BS* 27 mei 1987).

**301** Voormeld onderscheid leidt tot de volgende consequenties (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2036, nr. 588 en de verwijzingen aldaar).

Het meerderjarig kind en de ouder bij wie het minderjarig kind verblijft, kunnen een vordering instellen op grond van artikel 203, § 1 BW; de ouder die vordert op grond van artikel 203, § 1 BW doet dit namens het kind, als wettelijke vertegenwoordiger. Het meerderjarige kind vordert in eigen naam.

De ouder van een m i n d e r j a r i g kind kan niet alleen vorderen op grond van artikel 203 § 1 BW namens het kind, maar ook op grond van artikel 203*bis* BW, in eigen naam. In de praktijk wordt meestal de precieze rechtsgrond niet vermeld. De ouder van een m e e r d e r j a r i g kind beschikt alleen over een vordering op grond van artikel 203*bis* BW.

Wanneer een ouder een persoonlijke rechtsvordering instelt, die gegrond is op zijn eigen schuldvordering ten opzichte van de andere ouder, kan de rechter niet toestaan dat deze laatste zijn bijdrage rechtstreeks in handen van zijn kinderen betaalt (Cass. 9 december 1993, *Arr.Cass.* 1993, 1034, *Pas.* 1993, I, 1036, *RW* 1994-95, 165 en *JLMB* 1994, 404 ; Brussel 7 oktober 2003, *NJW* 2003, 1302, noot R. DE CORTE).

Anders is het wanneer de voorafgaande overeenkomsten in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming bepalen dat de partijen rechtstreeks met hun meerderjarige kinderen het bedrag en de modaliteiten van hun bijdrage in de verschillende kosten regelen waarvan zij menen dat die hun toekomt. In dat geval is de vordering van een ouder tot verhoging van de bijdrage van de andere onontvankelijk (Vred. St.-Pieters-Woluwe 18 april 2005, *Rev.not.b.* 2006, afl. 2993, 45).

Het meerderjarig kind kan vorderen op grond van artikel 203, § 1 BW, zelfs al werd de onderhoudsplichtige ouder reeds veroordeeld om een onderhoudsuitkering te betalen aan de andere ouder op basis van artikel 203*bis* BW.

Het meerderjarig kind kan ook een vordering inleiden bij wijze van vrijwillige tussenkomst in het geding dat tussen zijn ouders voor de rechter hangende is.



Het minderjarige kind kan zelf geen alimentatievordering op grond van artikel 203, § 1 BW tegen zijn ouders inleiden, noch bij wijze van hoofdvordering, noch bij wijze van tussenkomst. Wel kan, op verzoek van het Openbaar Ministerie, een beheerder of een voogd *ad hoc* aangesteld worden om de minderjarige te vertegenwoordigen.

De vrederechter van Westerlo (Vred. Westerlo 9 maart 2004, *RW* 2004-05, 1111, noot F. SWENNEN en *T. Vred.* 2004, 220) neemt echter het standpunt in dat een onderhoudsvordering, ingesteld door een minderjarige, overeenkomstig artikel 203 BW, geen aanleiding geeft tot aanstelling van een voogd *ad hoc*, conform artikel 378, § 1, zesde lid BW, vermits een voogd *ad hoc* enkel in verband met rechtsvorderingen en rechtshandelingen inzake de goederen van de minderjarige, met inbegrip van die inzake het ouderlijk vruchtgenot, kan worden aangesteld (de anotator betwist zulks).

## b. Afstamming

**302** De onderhoudsverplichting is gesteund op de afstamming en niet op het huwelijk of het ouderlijk gezag (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 110, nr. 161).

In een arrest van 12 mei 2004 kwam het Arbitragehof (vanaf mei 2007 Grondwettelijk Hof) tot het besluit dat de vereiste van artikel 232, eerste lid BW dat de toekenning van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan twee jaar, de materiële toestand van de minderjarige kinderen niet op gevoelige wijze mag verslechteren, ongrondwettelijk is (Arbitragehof 12 mei 2004, nr. 81/2004, *Div.Act.* 2004, 84, noot en *De Juristenkrant* 9 juni 2004, nr. 91, 1 (weergave G. VERSCHULDEN)).

Een van de argumenten daartoe was precies dat de onderhoudsverplichting naar kinderen toe niet gesteund is op het huwelijk en bijgevolg geen vereiste kan zijn voor de toekenning van een bepaalde echtscheidingsvorm.

Eveneens vertrekkend vanuit de vaststelling dat het de afstamming is die aan de basis ligt van artikel 203 BW kwam de vrederechter van Doornik (tweede kanton) tot het besluit dat de onderhoudsverplichting t.o.v. een kind veel ruimer is dan deze die voortvloeit uit artikel 301 BW. De verplichting ex artikel 203 BW bestaat los van elke staat van behoefte van het kind. Bijgevolg heeft de eerstgenoemde plicht voorrang op de tweede. Bij de begroting van de verschillende onderhoudsgelden moet dus eerst deze gemaakt worden ten voordele van het kind en vervolgens deze voor de gewezen echtgenote (Vred. Doornik (2de kanton) 25 mei 2005, *JT* 2006, 293 en *RTDF* 2005, 566).

De rechtbank van eerste aanleg te Gent oordeelde in een geval van terugvordering van betaalde onderhoudsbijdragen ten gevolge van het wegvallen van de afstammingsband dat de erkenning de oorzaak is van de veroordeling van de erkenner tot het betalen van een onderhoudsbijdrage voor het erkende kind. Het verdwijnen van deze oorzaak na de nietigverklaring van de erkenning leidt er niet toe dat de gevolgen van deze erkenning geacht worden nooit te hebben bestaan. De door de erkenner gevorderde terugbetaling van de onderhoudsbijdragen die hij betaald heeft op grond van onverschuldigde betaling of verrijking zonder oorzaak, is dan ook ongegrond.

Anderzijds is het wel zo dat wanneer de moeder steeds kennis heeft gehad van het feit dat de erkenner niet de biologische vader is van het door hem erkende kind, maar dit niet mededeelde aan de erkenner, zij een fout heeft begaan, waardoor de erkenner morele schade heeft geleden (Rb. Gent 7 oktober 2004, *NJW* 2005, 741, noot G. VERSCHULDEN).

De erkenning van een kind conform artikel 319*bis*, vierde lid, *in fine* BW werkt retroactief vanaf de datum van het verzoekschrift maar met betrekking tot de onderhoudsverplichting wordt de afstammingsband per definitie geacht altijd bestaan te hebben, met name vanaf de geboorte van het kind (Rb. Gent 18 november 2004, *NJW* 2005, 93, noot G. VERSCHELDEN). Hetzelfde geldt in geval van vaststelling van het vaderschap bij vonnis in toepassing van artikel 322 BW (Rb. Aarlen 14 december 2001, *RTDF* 2004, 1142).

Niettegenstaande artikel 203*bis* BW verwijst naar de “kosten die voortvloeien uit artikel 203, §1” en dit laatste artikel zijn grondslag vindt in de afstamming, oordeelde het hof van beroep te Luik toch dat de vordering van de moeder tot een onderhoudsbijdrage tegen de wettelijke vader niet gegrond was waar het kind sinds zijn geboorte bij de moeder en de biologische vader woonde en door deze laatste ook werd onderhouden. Het hof steunde zich daarbij wel op de bijzondere omstandigheden van de zaak t.w. het gedurende vele jaren stilzitten van de moeder en het feit dat de wettelijke vader voor het eerst geïnformeerd werd over het bestaan van het kind nadat dit al de leeftijd had van bijna 7 jaar (Luik 19 juni 2001, *RRD* 2001, 413 en *RTDF* 2003, 816).

**303** T.o.v. een minderjarig kind is de onderhoudsverplichting onvoorwaardelijk. Na de meerderjarigheid is ze afhankelijk van de voltooiing van de opleiding (art. 203, § 1, tweede lid BW).

De verplichting bestaat ook in hoofde van de langstlevende echtgenoot die niet de vader of de moeder is van het kind maar dit slechts binnen de grenzen van hetgeen hij heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en van de voordelen die deze hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, door schenking of bij testament (art. 203, § 2 BW, zie ook *verder* nrs. 485-506).

Een derde-schuldeiser kan zich niet steunen op de artikelen 203 en 203*bis* BW om een schuldvordering te stellen met betrekking tot het kind (bv. hospitaalrekeningen).

Deze zal zich moeten steunen op de artikelen 222, 1408 en 1414 BW indien de ouders nog gehuwd zijn. Zijn zij uit de echt gescheiden dan zal de vordering enkel kunnen gericht worden tegen de ouder bij wie het kind verblijft (Vred. Luik (3de kanton) 28 februari 2002, *JLMB* 2003, 1776; in dezelfde zin m.b.t. niet-betaalde schoolgelden: Vred. Borgworm 19 oktober 2006, *JLMB* 2007, 84; *anders*: Vred. Deurne 10 oktober 2008, *NJW* 2009, 230, noot G. VERSCHELDEN).

### c. Hoofdelijkheid

**304** Behoudens de gevallen bepaald in artikelen 222 BW en 1477, § 4 BW (schulden t.a.v. schuldeisers aangegaan in het kader van de huishouding resp. het samenleven en de opvoeding van de kinderen, ook de niet gemeenschappelijke kinderen) bestaat er geen hoofdelijkheid.

Er bestaat geen reden om de kosten verbonden aan een voorafgaand verblijf van de kinderen bij de ene ouder te compenseren met de onderhoudsbijdrage die deze ouder verschuldigd is, sedert het verblijf van de kinderen bij de andere ouder. Dergelijke compensatie met een onderhoudsschuld zou strijdig zijn met artikel 1293, 3° BW (KG Neufchâteau 21 december 1999, *RTDF* 2000, 478).

**305** De vraag of via artikel 221 BW of artikel 1477, § 3 BW m.b.t. de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk resp. de wettelijke samenwoning, de echtgenoot of samenwoner die niet de ouder is van het kind toch indirect tot de onderhoudsverplichting gehouden is, wordt niet eensgezind beantwoord.

Het Hof van Cassatie lijkt die vraag in het arrest van 21 april 1983 wel bevestigend te beantwoorden (Cass. 21 april 1983, *JT* 1983, 663, noot T. AFSCHRIFT; zie ook A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 61, meer in het bijzonder de voetnoten nrs. 147 en 148).

De rechter moet bij het bepalen van de onderhoudsbijdrage van de kinderen rekening houden met alle lasten die de onderhoudsplichtige heeft. De kosten voor het onderhoud en de opvoeding van de kinderen van de vrouw waarmee de man hertrouwd is, komen als lasten in aanmerking (zie in dezelfde zin: Luik 24 april 2001, *JLMB* 2002, 1497; zie ook m.b.t. de homoseksuele partner van de moeder van de kinderen: Vred. Beveren 7 april 1998, *JLMB* 2002, 801).

Anderzijds werd geoordeeld dat de onderhoudsverplichting niet bestaat voor de nieuwe levenspartner van de ouder van het kind zodat de rechter de overlegging van diens inkomstenbescheiden niet kan bevelen op basis van artikel 203<sup>ter</sup> BW op gevaar af een inbreuk te plegen op het recht op eerbiediging van het privéleven (Vred. Grâce-Hollogne 18 november 2003, *RTDF* 2006, 613; J.-C. BROUWERS, "Absence d'obligation alimentaire légale dans le chef d'un époux à l'égard de l'enfant issu d'une précédente union de l'épouse" (noot onder Vred. Brussel 25 september 2006) *Div.Act.* 2007, 74).

#### d. *In solidum*

**306** De onderhoudsverplichting van de ouders zelf werd overwegend, niet als solidaire verplichting, doch als een *in solidum*-verplichting beschouwd (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 130, nr. 188; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, 62).

Dit werd als volgt verdedigd:

- indien één ouder in gebreke blijft zijn verplichting uit te voeren of overlijdt, moet de andere ouder alleen instaan voor het totale onderhoud en de volledige opvoeding van het kind;
- het artikel 203<sup>bis</sup> BW laat elk van de ouders toe van de andere ouder diens bijdrage te vorderen in de kosten die voortvloeien uit artikel 203, § 1 BW; deze regeling zou geen zin hebben indien iedere ouder niet voor het geheel is gehouden;
- het kind bezit geen recht tegen zijn vader (moeder) als het volledig wordt onderhouden door zijn moeder (vader), daar zijn schuldvordering is tenietgedaan door de betaling van zijn moeder (vader);
- J. GERLO meent dat deze uitzondering op het gemeen recht niet meer verantwoord is nu artikel 203, § 1 BW zoals gewijzigd door de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag (*BS*

24 mei 1995), bepaalt dat de ouders “naar evenredigheid van hun middelen” dienen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen.

Onder “middelen” in artikel 203 BW moeten de “respectievelijke” middelen van ieder van beide ouders begrepen worden, niet de “globale” middelen van de beide ouders. Het is onverdedigbaar dat een kind, ingeval zijn ouders gescheiden leven – en de wet maakt geen onderscheid tussen samenlevende en gescheiden ouders – een onderhoudsbijdrage zou kunnen vorderen van één ouder waarbij niet alleen zou uitgegaan worden van diens eigen middelen, maar ook van de middelen van de andere ouder.

In dit verband kan verwezen worden naar een cassatiearrest van 14 november 1997: de rechter die de omvang van de onderhoudsbijdrage van de vader, die niet de hoede heeft, vaststelt op grond van twee maatstaven, enerzijds de behoeften van het kind en anderzijds de mogelijkheden van de ouder die niet de hoede heeft, zonder rekening te houden met de mogelijkheden van de moeder die wel de hoede heeft, schendt artikel 203, § 1 BW (*Arr.Cass.* 1997, 1131, *RW* 1999-2000, 768 en *Rev.not.b.* 1998, 99; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2017, nr. 564).

De onderhoudsplicht van de ouders bestaat *in solidum*, wat onder meer inhoudt dat bij overlijden van een ouder (*in casu*, de vader van de eiseres), de andere ouder helemaal alleen moet instaan voor het totale onderhoud en de volledige opvoeding van het kind (Vred. Zomergem 21 december 2007, *RW* 2008-09, 551).

**307** Men zou het voorgaande als volgt kunnen samenvatten.

Van zodra men weet wat een kind “kost” en wat het gezamenlijke aandeel daarin is dat beide ouders voor hun rekening dienen te nemen (bv. na aftrok van de kinderbijslag), kunnen zij ieder, naar evenredigheid van hun middelen, veroordeeld worden tot betaling van een deel van, voormelde netto “kost”. Zij kunnen niet elk veroordeeld worden tot de totaliteit van deze netto “kost”.

**308** Het voormelde principe van “evenredige verdeling” van de onderhoudsverplichting (art. 203, § 1 BW) en het principe dat de verplichting *persoonlijk* is en in de eerste plaats *in natura* wordt uitgevoerd, leidt ook tot de volgende vaststelling.

De onderhoudsbijdrage die de ene ouder aan de andere betaalt, moet niet aangewend worden tot aanschaf van dagelijkse kleding, voedsel, uitrusting enz. die dan door de andere ouder ter beschikking moet worden gesteld van de “betalende” ouder tijdens de periodes dat de kinderen bij hem verblijven of doorbrengen. Elke ouder dient zelf in te staan voor de dagdagelijkse kosten die inherent zijn aan het verblijf van de kinderen. Het betaalde onderhoudsgeld daarentegen houdt verband met het verschil aan middelen en draagkracht tussen de ouders en beoogt het evenwicht te herstellen.

Bij de begroting van de onderhoudsbijdrage wordt immers reeds rekening gehouden met het feit dat de onderhoudsplichtige ouder gedurende bepaalde periodes zijn onderhoudsplicht *in natura* vervult (Rb. Leuven 9 januari 2004, *NJW* 2004, 565; het kosteloos ter beschikking stellen van de gezinswoning kan ook beschouwd worden als een bijdrage *in natura*: Luik 8 april 2003, *RTDF* 2004, 439).

Om die reden ook sluit een gelijkmatig verdeeld verblijf van het kind bij elk van zijn ouders niet uit dat toch een bijdrage verschuldigd is (Brussel 13 december 2001, *JLMB* 2004, 200).

Een vader had oorspronkelijk de opheffing gevraagd van de onderhoudsbijdrage die hij zelf betaalde aan de moeder voor het andere kind dat bij haar verbleef doch de vrederechter van Grâce-Hollogne is hierop niet willen ingaan omdat onderhoudsgelden in overeenstemming met artikel 1293, 3° BW niet kunnen worden gecompenseerd. Beide ouders hadden vergelijkbare inkomsten. De oplossing was bijgevolg dat de moeder hetzelfde bedrag zou betalen aan de vader voor het kind dat bij hem verbleef en dit ook voor de buitengewone onkosten (Vred. Grâce-Hollogne 14 november 2006, *JLMB* 2007, 768).

Het kind heeft recht op de levensstandaard van het gezin. Het kan niet zijn dat het als gevolg van de scheiding van zijn ouders verplicht wordt afwisselend periodes door te brengen in grote luxe bij de ene en in relatieve armoede bij de andere ouder (Vred. Doornik 28 januari 2003, *RTDF* 2004, 442).

#### e. Openbare orde

**309** De onderhoudsverplichting van de ouders ten aanzien van hun kinderen op grond van artikel 203, § 1 BW is van openbare orde (Cass. 27 september 1990, *Rev.not.b.* 1991, 195).

Dit impliceert dat het Openbaar Ministerie ambtshalve kan optreden overeenkomstig artikel 138, alinea 2 Ger.W.

**310** De verplichting is niet wederkerig maar eenzijdig en zij bestaat onafhankelijk van enige vordering in rechte tot uitvoering ervan (Cass. 5 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 784, *JT* 1998, 54 en *Div.Act.* 2000, 29), dit laatste voor zover de vijfjarige verjaring krachtens artikel 2277 BW niet is bereikt.

Een rechtsovereenkomst stuit deze verjaring tijdens de hele duur van de aanleg, niettegenstaande de weglating van de zaak van de rol. Zelfs in de veronderstelling dat zij kan worden afgeleid uit feiten die niet vatbaar zijn voor enige andere interpretatie is de afstand van de verkrijging van een alimentatie-uitkering namens het kind zonder werking wegens de strijdigheid ervan met de openbare orde. De aanspraak kan echter worden verminderd op grond van de theorie van het rechtsmisbruik wanneer zij een te lange procedurele inertie van

de onderhoudsgerechtigde aan het licht brengt, voor zover de onderhoudsplichtige niet in staat was die tegen te gaan (Bergen (2de kamer) 28 november 2005, *Div.Act.* 2006, afl. 5, 74 en *JT* 2006, 47).

Met betrekking tot de *retroactiviteit* is er het belangrijke cassatiearrest van 2 juni 1978 dat stelt dat de in de artikelen 203 en 303 BW vermelde verbintenissen ten behoeve van de kinderen bestaan afgezien van elke vordering ingesteld teneinde uitvoering ervan te verkrijgen.

In het arrest wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het ontstaan van het recht op alimentatie en anderzijds het oogenblik waarop dit opeisbaar wordt. Zodoende kan alimentatie voor het verleden gevorderd worden, wat de vorderingen gesteund op artikel 203 BW betreft, en waarbij het arrest bepaalt dat zulks maar mogelijk is vanaf het oogenblik dat de vordering daartoe is ingesteld (Cass. 2 juni 1978, *RW* 1978-79, 904 en *RTDF* 1979, 78, noot J.-L. RENCHON; zie ook voor een toepassing Gent 5 februari 2004, *RABG* 2004, 1280 noot M.-A. DEVENYN en Gent 9 december 2004, *RABG* 2005, 1740 noot M. GOVAERTS).

In strijd daarmee oordeelde het hof van beroep te Luik dat, aangezien de onderhoudsverplichtingen krachtens artikel 203 BW van dag tot dag worden uitgevoerd, de gevorderde onderhoudsbijdrage niet met terugwerkende kracht kan worden toegekend (Luik 3 februari 2004, *JT* 2004, 383 en *RRD* 2004, 14).

**311** Het kind heeft recht om de levensstandaard van zijn ouders te delen; de verplichting van de ouders bestaat ook als het kind niet behoeftig is in de strikte zin van het woord.

Aldus oordeelde de vrederechter van Doornik (tweede kanton) dat het feit dat een nog studerende dochter gaat samenwonen met haar vriend helemaal niet de alimentatieverplichting van de ouders aantast waar het concubinaat geen onderhoudsplicht doet ontstaan in hoofde van de vriend. Wel kan er worden mee rekening gehouden dat het samenwonen de kosten van levensonderhoud (niet deze van de opleiding) enigszins verlichten (Vred. Doornik (2de kanton) 11 maart 2003, *RTDF* 2003, 590).

De verplichting van artikel 203, § 1 BW bestaat alleen in hoofde van de ouders, niet in hoofde van de grootouders. Nochtans kunnen deze worden aangesproken op basis van artikel 205 BW indien de ouders zelf niet in staat zijn voldoende bij te dragen (Rb. Brussel 8 oktober 2001, *RTDF* 2002, 334).

De verplichting is onbeperkt veranderlijk (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 2032, nr. 584). Zij heeft geen blijvend, maar een tijdelijk karakter. Zij is meer uitgebreid dan de gewone (gemeenrechtelijke) verplichting tot onderhoud. Naast een materieel is er ook een moreel aspect. De verplichting omvat persoonlijke prestaties *in natura* (de gewone onderhoudsverplichting bevat in principe slechts geldelijke

uitkeringen). Zoals boven al gesteld, bestaat zij alleen tussen ouders en kinderen, niet tussen grootouders en kleinkinderen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 124, nr. 180; zie ook m.b.t. de uitvoering *in natura*, A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 64 en 67 onderaan).

De verplichting tot onderhoud van de kinderen door hun ouders ontslaat de vader niet van zijn aansprakelijkheid naar gemeen recht tegenover zijn kind dat door zijn fout schade geleden heeft. De vordering waarover het kind beschikt, op grond van artikel 1382 BW, staat los van de rechten die het tegen zijn ouders kan uitoefenen bij toepassing van artikel 203 BW (Cass. (3de kamer) 12 januari 2004 *JTT* 2004, 244, concl. O.M., *Pas.* 2004, afl. 1, 46, concl. J. LECLERCQ, *RGAR* 2004, afl. 9, nr. 13.928, *RW* 2005-06, afl. 21, 821, (verkort), noot B. WEYTS en *RTDF* 2004, 376.

Een "uitkering tot onderhoud", bedoeld in artikel 391*bis*, eerste lid Sw. heeft betrekking op alle in artikel 203 BW bedoelde bijdrageplichten van de ouders. Daaronder behoort ook het betalen van schoolgeld. Het inschrijvingsgeld van de school is een uitkering tot onderhoud die moet worden gekweten telkens wanneer het verschuldigd is. *In casu* was de vader expliciet veroordeeld tot het betalen van het inschrijvingsgeld van de school van de twee kinderen (Cass. (2de kamer) 2 maart 2004, *Juristenkrant* 2004, afl. 88, 1, *NJW* 2004, 1026, noot G. VERSCHULDEN, *Pas.* 2004, afl. 2, 348, *RW* 2004-05 (verkort), 827, *RTDF* 2004 (samenvatting), 691 en *T.Strafr.* 2004, afl. 4, 229).

Om het bestaan te rechtvaardigen van een plicht tot onderhoud beperkte een erfgenaam er zich toe het feit in te roepen dat de administratie van de directe belastingen in zijn hoofde de vergoedingen had belast die de erflater hem had gestort. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel meende evenwel dat de belasting van deze vergoedingen slechts geacht kon worden een bevestiging te zijn van het feit dat op het vlak van de inkomstenbelastingen de belastbare inkomsten van de erflater werden verminderd om ze te belasten in hoofde van de erfgenaam.

De rechtbank stelde vast dat de erfgenaam niet aantoonde dat hij behoeftig was in de zin van artikel 208 BW. Zij oordeelde verder dat de sommen gestort krachtens een wettelijke verplichting tot onderhoud, zoals bepaald in de artikelen 203 e.v. BW, een wettelijke verplichting zijn en bijgevolg niet kunnen worden beschouwd als een schenking. Artikel 7 W.Succ. is dus niet van toepassing op deze onderhoudsgelden. Dit artikel is wel van toepassing indien onderhoudsgeld wordt betaald buiten het kader van de plicht tot onderhoud (Rb. Brussel 1 februari 2005, *Rec. gén.enr.not.* 2006, afl. 5, 188).

#### f. *In natura*

**312** Overeenkomstig artikel 211 BW kan de vader of de moeder aanbieden het kind waaraan levensonderhoud verschuldigd is – ongeacht of de vordering van het kind gegrond is op artikel 203 of artikel 205 BW – bij zich in huis te nemen en het aldaar kost en onderhoud te verschaffen (zie voor een toepassing: Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539 en *RTDF* 2003 (verkort), 649; Vred. Grâce-Hollogne 10 februari 2004, *RTDF* 2006, 620, hier ging het niet om de gezinswoning maar om de terbeschikkingstelling van een leegstaand

eigendom van de ouders; Vred. Charleroi (3de kanton) 13 augustus 2008, *JT* 2008, 592, noot, *in casu* had het kind een onderhoudsvordering gesteld op aandringen van het OCMW).

Met inachtneming van de omstandigheden van de zaak beslist de rechter het aanbod al dan niet te aanvaarden. Zoals hierna blijkt is de rechtspraak dan ook uiteenlopend.

De vrederechter te Luik en de rechtbank van eerste aanleg te Luik verwerpen het aanbod van de vader om zijn meerderjarige dochter *in natura* onderhoud te verschaffen gelet op de onverenigbaarheid van beider karakters (Vred. Luik 17 juni 1997, *TBBR* 1999, 584; Rb. Luik 7 december 1998, *TBBR* 1999, 586 en *JLMB* 1999, 1044, noot L. VON FRENCKELL).

Zo ook de rechtbank van eerste aanleg te Gent die van oordeel was dat de onderlinge verhouding tussen ouders en kind al te zeer verstoord was, zodat hun aanbod niet realistisch werd geacht en het uitgekeerde bestaansminimum (thans leefloon) integraal aan het OCMW moest worden terugbetaald (Rb. Gent 8 mei 2003, *NJW* 2003, 1409; vgl met Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539, hierboven aangehaald).

De vrederechter te Brussel oordeelt dat de wil van een 20-jarig meisje om met haar vriend samen te wonen en haar verlangen om een conflict en spanningen met haar ouders te ontvluchten volkomen achtenswaardig en opbouwend zijn; haar bevelen om terug naar huis te komen zou een stap achteruit zijn op de weg naar zelfstandige volwassenheid (Vred. Brussel 2 mei 1996, *J.dr.jeun.* 1996, 430, noot).

De vrederechters te Westerlo en Halle zijn evenwel van oordeel dat een (intussen meerderjarig) kind niet kan eisen dat de onderhoudsbijdrage van de ouder op een andere plaats dan thuis zal worden uitgevoerd, wanneer geen bewijs wordt geleverd dat de ouder ergens is te kort geschoten en dat het samenwonen onmogelijk is geworden (Vred. Westerlo 31 maart 1995, *Turn. Rechtsl.* 1995-96, 44; Vred. Halle 5 november 1997, *AJT* 1999-2000, 545; zie ook i.v.m. de huur van een studentenkamer Vred. Binche 27 juni 2006, *RTDF* 2006, 1255; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 2030-2031, nr. 581).

Volgens de vrederechter van Gr ace-Hollogne moet er rekening gehouden worden met het feit dat een aanbod van de ouders ook nog moet aanvaard worden door degene tot wie het gericht is (Vred. Gr ace-Hollogne 11 april 2006, *JLMB* 2007, 1612). Deze voorwaarde van aanvaarding wordt bekritiseerd door S. LOUIS (S. LOUIS, "Obligations alimentaires: jurisprudence r cente" in X. (ed.), *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierichters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 40).

De vrederechter van Zomergem beoordeelt de opportuniteit van het aanbod door de ouder om het kind aan wie hij levensonderhoud is verschuldigd, in huis te nemen en het aldaar kost en onderhoud te verschaffen. Van een vrijstelling van de verplichting tot betaling van een onderhoudsgeld kan geen sprake zijn als de verstandhouding dermate is gestoord dat samenwoning zeer moeilijk is geworden (Vred. Zomergem 21 december 2007, *RW* 2008-09, 551).

#### g. Persoonlijk karakter

**313** De verplichting heeft een persoonlijk karakter in hoofde van de ouders wat tot o.m. de volgende vaststellingen leidt:

- worden de kinderen onderhouden en opgevoed door een derde die niet *animo donandi* handelt, dan kan deze van de ouders de terugbetaling van zijn redelijke uitgaven vorderen op grond van zaakwaarneming of vermogensverschuiving zonder oorzaak; zulks kan het geval zijn voor grootouders. Deze kunnen in voorkomend geval wel onderhoudsplichtig zijn op



grond van artikel 205 BW (zie voor een toepassing van de zaakwaarnemingstheorie of de theorie van de verrijking zonder oorzaak: Vred Westerlo 26 februari 2007, *NJW* 2007, 420);

- het is de ouders echter niet toegelaten de uitgaven, gedaan in het kader van hun onderhoudsverplichting, te verhalen op de kinderen die ervan genoten; wanneer de kinderen eigen goederen verkrijgen zijn de ouders, ook al hebben ze er het wettelijk genot van, niet gerechtigd er verhaal op uit te oefenen voor de onderhouds- en opvoedingskosten die zij tot op dat ogenblik voor het kind hebben gedragen;
- na het overlijden van één van de ouders gaat de verplichting over op de langstlevende ouder en niet op de erfgenamen: de langstlevende ouder is gehouden voor het geheel (Cass. 31 oktober 1991, *JT* 1992, 75); ook na overlijden van beide ouders is de verplichting niet overdraagbaar;
- zo de door de ouders in geval van dodelijk ongeval van het kind bekomen schadevergoeding het herstel van de morele en materiële schade omvat, wordt in deze laatste schadepost niet de terugbetaling begrepen van de tot op de dag van het overlijden voor het kind gedane onderhoudskosten (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 127, nr. 184).

#### h. Materiële en morele componenten

**314** De verplichting van artikel 203 BW heeft zowel een materiële als een morele component (Vred. Doornik 28 januari 2003, *RTDF* 2004, 442).

De voldoening van de materiële en lichamelijke behoeften omvat o.m.: voeding, kleding, huisvesting, verwarming, medische zorgen, vervoer enz. doch niet deze die zouden moeten voldoen aan verzuchtingen van louter luxueuse aard (Vred. Grâce-Hollogne 2 maart 2000, *JLMB* 2000, 1217 i.v.m. paarden).

In het kader van de morele en intellectuele behoeften van het kind staan de ouders in voor de morele en godsdienstige vorming, de keuze van de studies of de beroepsvorming van het kind. Zij dienen aan het kind een opleiding te verschaffen die aangepast is enerzijds aan hun financiële mogelijkheden en anderzijds aan de door het kind bekomen resultaten. Als algemeen principe kan gelden dat onder "opleiding" een opleidingscyclus wordt bedoeld en de verplichting ophoudt wanneer het kind in die opleiding niet slaagt, tenzij het, na begane vergissingen, blijk geeft van de vaste wil zich te herpakken.

De omvang van beide componenten moet beoordeeld worden binnen de levensstandaard van de ouders (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 111-112, nrs. 162-164; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et*

*fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 62 onderaan).

Volgens bepaalde rechtspraak die zich daarvoor steunt op het cassatiearrest van 12 januari 1978 is dit de levensstandaard van vóór de feitelijke scheiding van de ouders en dus niet de actuele situatie (Cass. 12 januari 1978, *JT* 1978, 348; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, 64 bovenaan).

De vraag rijst of dit wel een redelijk standpunt is waar kinderen van niet-gescheiden ouders toch ook de negatieve of positieve gevolgen zullen ondergaan van de verslechterde of verbeterde financiële situatie van hun ouders.

Vooraf t.o.v. een verbeterde financiële situatie kan toch niet verdedigd worden dat deze niet ten goede zou mogen komen van kinderen van gescheiden ouders.

Het kind heeft tegen zijn ouders geen vordering tot het bekomen van een stand, hetzij als huwelijksuitzet, hetzij op een andere wijze. Aldus kan het kind geen aanspraak maken op middelen ter verkrijging van een materiële vertrekbasis voor het uitoefenen van een beroep, handel of ambacht of op een bruidsschat.

De morele plicht van de ouders om hun kinderen een stand te verschaffen, is slechts een natuurlijke verbintenis, die de wetgever niet in rechte afdwingbaar heeft gemaakt, doch die, indien zij vrijwillig wordt uitgevoerd, civielrechtelijke gevolgen resorteert (Brussel 27 april 1889, *Pas.* 1890, II, 25).

#### i. Eigen inkomsten kind

**315** M.b.t. minderjarige kinderen met eigen inkomsten uit een eigen vermogen bestaat er in rechtsleer en rechtspraak een grote controverse over o.m. de verplichting om dit vermogen al dan niet te realiseren en over het al dan niet subsidiair karakter van de onderhoudsplicht van de ouders (zie voor een uitgebreide verwijzing naar de bestaande rechtsspraak en rechtsleer, S. LOUIS, “Obligations alimentaires: jurisprudence récente” in X. (ed.), *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierichters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 50; S. LOUIS, “L'éventuelle contribution de l'enfant dans ses frais d'entretien, d'éducation et de formation” (noot onder Bergen 21 november 2005), *TBBR* 2007, 623-629).

Samen met A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT zijn wij van mening dat dit eerder een academische discussie is die niet veel baat brengt voor de practicus die met het meestal zelden voorkomend probleem geconfronteerd wordt (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 63 en de verwijzingen aldaar).

Deze auteurs weerhouden uit de samenlezing van het artikel 379, eerste lid, artikel 384 en artikel 386, 2° BW, de volgende regels:

- het kapitaal moet in stand blijven en de ouders zijn hiervoor rekening en verantwoording verschuldigd (art. 379, eerste lid BW);
- over de inkomsten ervan hebben zij het beheer en genot maar zij dienen ze aan te wenden voor het onderhoud, opvoeding en opleiding van het kind (art. 384 en 386, 2° BW; zie voor een toepassingsgeval: Gent 29 juni 2006, *RTDF* 2007, 895 (verkort) en *NJW* 2007, 136, noot G. VERSCHELDEN i.v.m. een rente uitgekeerd aan de kinderen als gevolg van een dodelijk arbeidsongeval van hun vader).

M.b.t. minderjarige kinderen die beroepsinkomsten genieten (uit bv. leercontract, studentenjob enz.) kan volgens dezelfde auteurs als volgt onderscheid gemaakt worden:

- ontvangen de ouders deze inkomsten op grond van het wettelijk genot dan verhoogt dit de grondslag van hun onderhoudsverplichting (o.i. is dit hetzelfde voor de inkomsten uit kapitaal);
- ontvangt het kind deze inkomsten alleen dan is dit niet het geval, maar met de inkomsten moet wel worden rekening gehouden bij het bepalen wat het kind kan vorderen van zijn ouders gelet op hun inkomstsituatie; wat dan overblijft wordt tussen de ouders verdeeld, enerzijds naar evenredigheid van hun middelen (art. 203, § 1 BW), anderzijds volgens de verdeelsleutel van de huisvesting bij elk van hen (art. 211 BW).

In het geval van een 16 jarig meisje dat inkomsten had als mannequin in een agenschap maar ook onkosten die niet door het agenschap werden gedragen, hield het hof van beroep te Bergen wel rekening met het buitengewoon karakter van deze uitgaven bij het bepalen van de bijdrage van de vader doch niet met de inkomsten die er tegenover stonden. In de motivering werd daar zelfs niet over gesproken (Bergen 21 november 2005, *TBBR* 2007, 621, noot S. LOUIS).

De vrederechter van Fontaine l'Évêque besluit in zijn vonnis de meerderjarige zoon uit te nodigen zijn inkomsten aan te vullen met deze van een studentenjob, nu de vader niet in staat was de kosten te dragen die inherent waren aan de opleiding van verpleegkundige (Vred. Fontaine l'Évêque 26 december 2006, *RTDF* 2008, 558).

De vrederechter van Zomergem oordeelde dat er moet rekening worden gehouden met de eigen inkomsten, van welke aard ook, van de eiseres (het kind) en dus ook met inkomsten van de studentenjob. Verder kan rekening worden gehouden met de inkomsten die eiseres heeft van het kapitaal dat zij zal ontvangen uit de nalatenschap van haar vader, doch zulks enkel voor wat de vruchten betreft (Vred. Zomergem 21 december 2007, *RW* 2008-09, 551).

**316** Als gevolg van de Reparatiewet van 13 februari 2003 (*BS* 25 maart 2003) kan ten slotte nog verwezen worden naar de wijziging die werd aangebracht aan artikel 379 BW en waarbij iedere rechterlijke beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over geldsommen die toekomen aan een minderjarige, ambtshalve beveelt dat voornoemde geldsommen worden geplaatst op een rekening die op de 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.

## 2. Geldingsduur

**317** Algemeen kan gesteld worden dat de verplichting van artikel 203 BW bestaat totdat het kind gevormd is, totdat het in staat is zelfstandig in zijn onderhoud te voorzien en dit zelfs in geval van het huwelijk van het kind (Cass. 20 april 2007, *RTDF* 2007, 808 en *RTDF* 2008, 1009).

Indien de opleiding niet voltooid is loopt de verplichting dus door na de meerderjarigheid (art. 203, § 1, tweede lid BW; zie ook de talrijke verwijzingen in J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 115, onder voetnoot 19).

De verplichting ontstaat van zodra de afstamming vaststaat. Volgens A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT vallen de kosten van de bevalling en deze inherent aan de zwangerschap ook onder de toepassing van artikel 203*bis* BW (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, 65-66).

Het declaratief karakter van de titels van vaststelling van de afstamming heeft voor gevolg dat de onderhoudsverplichting retroactief kan worden gevorderd. Omgekeerd zal een gerechtelijke uitspraak tot betwisting van vaderschap de verplichting retroactief doen ophouden.

In geval van vaststelling van het vaderschap, in overeenstemming met artikel 322 BW kan de vader veroordeeld worden tot betaling van de onderhoudsbijdrage vanaf de geboorte van het kind (Rb. Aarlen 14 december 2001, *RTDF* 2004, 1142). De vaststelling van het vaderschap, conform artikel 319*bis*, vierde lid, *in fine* BW werkt terug tot op de datum van het verzoekschrift tot homologatie, wat met betrekking tot de onderhoudsverplichting impliceert dat de afstammingsband geacht wordt altijd te hebben bestaan, d.w.z. vanaf de geboorte van het kind (Rb. Gent 18 november 2004, *NJW* 2005, 93).

T.o.v. een kind dat onder het statuut valt van de verlengde minderjarigheid (art. 487*bis* e.v. BW) blijft de onderhoudsverplichting bestaan tot het einde van zijn leven.

**318** Voor de andere kinderen eindigt de verplichting op de leeftijd van 18 jaar op voorwaarde dat de vorming dan voltooid is. Is dit niet het geval dan loopt de verplichting door tot het einde van de (adequate) opleiding. Wanneer dit is en wat een adequate opleiding is, gaf aanleiding tot een omvangrijke casuïstiek in de rechtspraak.

Het is niet mogelijk een bepaalde draad te vinden in deze rechtspraak, dan tenzij deze van het gezonde verstand en de billijkheid, wat dit dan ook moge wezen. Verschillende factoren spelen een rol, sommige hangen af van de ouders, andere van het kind zelf.

Van ouders die gefortuneerd zijn, zelf een hogere opleiding genoten, verschillende diploma's bezitten, kan moeilijk worden aanvaard dat zij niet veel over hebben voor de opleiding van hun kinderen.

Tragische familiale omstandigheden of opvoedkundige verwaarlozing door de aangesproken ouder kunnen echter een bijkomende verlenging rechtvaardigen (Vred. Sint-Gillis 14 februari 1996, *T.Vred.* 1996, 411).

Anderzijds is de onderhoudsverplichting van de ouders ten overstaan van hun kinderen niet afhankelijk van de aard van hun genegenheidsbanden of van het laakbaar of onwaardig gedrag van het kind.

De eenzijdige beslissing van het kind om alleen te gaan wonen beëindigt de verplichting van de ouders niet wanneer zij verantwoord is gelet op familiale spanningen of studieredenen.

Wanneer geen bewijs noch zelfs aanwijzing voorhanden is dat de ouders ergens tekort zijn geschoten of het samenwonen onmogelijk was, kan het kind niet eisen dat de onderhouds- en opvoedingsplicht op een andere plaats dan thuis zal worden uitgevoerd. Nochtans wordt volgens een bepaalde rechtspraak het wederzijdse respect dat, weliswaar uitsluitend ouders en kinderen ten opzichte van elkaar verschuldigd zijn (art. 371 BW), als rechtsgrond ingeroepen om tot een ontheffing van de onderhoudsplicht te besluiten (Vred. Gent 28 december 1998, *AJT* 1999-2000, 711, noot E. DE GROOTE; anders Vred. Doornik 29 juni 2004, *RTDF* 2005, 570).

Illustratief zijn de twee volgende arresten van het hof van beroep te Brussel. Merk op dat het wel steeds over meerderjarige kinderen gaat.

Een kind van welke leeftijd ook is respect verschuldigd aan zijn ouders (art. 371 BW). Bij een flagrante miskenning van die plicht kan een meerderjarig studerend kind elk recht op voortgezet onderhoud verbeuren. Het ging om een adoptiefzoon die wegens slagen en verwondingen t.a.v. zijn adoptievader blijkbaar met medewerking van de moeder, strafrechterlijk veroordeeld was. Hij genoot een onderhoudsbijdrage op grond van artikel 203, § 1, tweede lid BW (Brussel 6 juni 2006, *T.Fam.* 2007, 6, noot).

Een kind van welke leeftijd ook is respect verschuldigd aan zijn ouders (art. 371 BW). In geval van bijzonder laakbaar gedrag waaruit een manifeste miskenning van die civiel-rechterlijke plicht blijkt, kan een meerderjarig kind zijn recht op voortgezet onderhoud vanwege de ouders verbeuren. Hier ging het om twee meerderjarige dochters die geen enkel contact meer hadden met hun vader en die hem niet op de hoogte brachten van hun studie activiteiten en -resultaten (Brussel 10 oktober 2006, *T.Fam.* 2007, 7, goedkeurende noot R. HEPS en *Div.Act.* 2007, 36, afkeurende noot J.FIERENS onder meer m.b.t. het onderscheid tussen meerderjarige en minderjarige kinderen en m.b.t. het verhaalsrecht van het OCMW).

Zie ook het vonnis van de vrederechter van Zomergem. Een ouder blijft op grond van artikel 203, § 1 BW onderhoudsplichtig ten opzichte van het meerderjarig kind dat informatie en raadpleging over de studie (art. 371 BW) mogelijk maakt en de studie ernstig opvat, zodat deze een normale voortgang kent en het kind nog geen diploma heeft verworven dat toegang geeft tot de arbeidsmarkt (Vred. Zomergem 21 december 2007, *RW* 2008-09, 551).

**319** Het concubinaat of het huwelijk van het onderhoudsgerechtigde kind is op zichzelf geen oorzaak van beëindiging van de onderhoudsverplichting van de ouders, al gaat in geval van huwelijk de hulpverplichting van de echtgenoot voor (Cass. 20 april 2007, *RTDF* 2007, 808, (verkort) en *RTDF* 2008, 1009; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 117, nrs. 170-172).

Tussen feitelijk samenwonenden bestaat geen onderhoudsplicht. Niettemin kan de verdeling van de lasten in een feitelijk gezin tot een lagere onderhoudsbijdrage van de ouders leiden (Vred. Waver 2 februari 1995, *RTDF* 1997, 125), of deze zelfs volledig opheffen indien blijkt dat het kind dat een onderhoudsbijdrage vordert ingevolge de nieuwe gezinsvorming en het inkomen van de partner, zich niet in een behoeftetoestand bevindt (Vred. Grâce-Hollogne 3 augustus 2007, *JLMB* 2008, 1382).

Het genieten van een werkloosheidsuitkering of het vervullen van de legerdienst doet de verplichting van artikel 203 BW niet vervallen, al kunnen beide het bedrag van het onderhoudsgeld beïnvloeden.

Waar de wetgeving inzake werkloosheid een wachttijd oplegt na beëindiging van de studies, blijft de verplichting van de ouders om het kind op grond van de artikelen 205-207 BW een minimum gewaarborgd inkomen te verzekeren voortbestaan tot op de dag dat het kind effectief zal genieten van een werkloosheidsuitkering (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 2035, nr. 587).

**320** De onderhoudsverplichting neemt een einde wanneer het kind een volledige hogere opleidingscyclus heeft voltooid. Van zodra deze hogere studies beëindigd werden, kunnen de ouders niet verplicht worden nog bijkomende, totaal andere hogere studies te bekostigen, wel studies die in het normale verlengde van de vorige studies liggen: een diploma van assistent-architect sluit bv. aan bij een diploma van technisch tekenaar, een diploma van handelsingenieur bij een diploma van licentiaat in de handels- en financiële wetenschappen (Luik 19 oktober 2004, *RTDF* 2005, 1119; Rb. Gent 3 november 2005, *RW* 2006-07, 69; in dezelfde zin Rb. Leuven 29 april 2005, *RABG* 2006, 533, noot C. VERGAUWEN). Een verderzetting van de opleiding in het buitenland komt ook in aanmerking (Vred. Doornik (2de kanton) 1 juni 2004, *RTDF* 2006, 635).

In strijd met het voorgaande, doch niet ten onrechte, oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Eupen dat de ouders gehouden waren hun onderhoudsverplichting conform artikel 203 BW voort te zetten in een geval waar hun zoon eerst een opleiding had gevolgd als installateur centrale verwarming maar zich daarna onmiddellijk had georiënteerd naar een opleiding als muzikleraar. Deze opleiding duurde vier à vijf jaar doch de rechtbank was onder de indruk van de bijzondere muzikale gaven van de jonge man en rechtvaardigde haar beslissing onder meer met de vaststelling dat een polyvalente professionele opleiding alleen maar een meerwaarde kan zijn (Rb. Eupen 27 november 2006, *JLMB* 2007, 1581).

Van het kind mag anderzijds verwacht worden dat het alles in het werk stelt om binnen een redelijke termijn financieel onafhankelijk te worden (Vred. Doornik 29 juni 2004, *RTDF* 2005, 570).

De verplichting eindigt niet noodzakelijk de dag dat de studies beëindigd zijn; er dient rekening mee gehouden te worden dat de jonge volwassene enige tijd nodig heeft om een betrekking te vinden of om zijn toestand administratief te regelen (zie m.b.t. het volgen van een stage: Rb. Luik 18 april 2002, *JLMB* 2003, 1149), of nog om inkomsten te verwerven (Luik 20 december 2007, *JLMB* 2008, 1366; Vred. Doornik 29 juni 2004, *RTDF* 2005, 570).

De ouder die financieel tussenkomt in de installatiekosten van de zoon als dierenarts in Frankrijk kan daarin op basis van artikel 203*bis* BW evenwel geen bijdrage vorderen van de andere ouder (Vred. Fontaine L’Evelque 16 maart 2006, *RTDF* 2006, 682).

Het kind heeft geen absoluut recht zijn onafgewerkte studies geheel te voltooien na zijn meerderjarigheid; de gevolgde opleiding moet passend zijn en blijven; het kind moet de nodige capaciteiten hebben en de nodige inspanning leveren om binnen een redelijke termijn te slagen. De studies moeten een normale voortgang kennen (Vred. Doornik (2de kanton) 1 april 2008, *JT* 2008, 408; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 116, nr. 169; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHIEDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2034, nr. 587 en de geciteerde rechtspraak aldaar onder voetnoot 1779).

Anderzijds werd geoordeeld dat een *sabbatical*-onderbreking, een mislukking of een heroriëntering van de opleiding geen beletsel is voor de toepassing van artikel 203 BW. Voorwaarde is wel dat het niet gaat om een “eeuwige student” of “prins-student” (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 66 onderaan en de aldaar aangehaalde rechtspraak onder de voetnoten nrs. 172-173; zie ook m.b.t. een heroriëntering van de vorming Vred. Gent 8 januari 1997, *TGR* 1997, 131).

Bij toepassing van artikel 211 BW kunnen de ouders voorstellen hun verplichting gedeeltelijk *in natura* te voldoen en het kind bij hen te huisvesten, eerder dan het op “kot” te laten verblijven. Zo ook kan het kind opgelegd worden zijn uitgaven te beperken of vakantie- of studentenjobs te aanvaarden (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, 67).

Een meerderjarig kind dat zijn studies heeft stopgezet kan geen aanspraak meer maken op een onderhoudsbijdrage gesteund op artikel 203 BW, wel op een onderhoudsgeld gesteund op de artikelen 205-207 BW (Vred. Luik 17 juni

1997, *TBBR* 1999, 584; Rb. Luik 7 december 1998, *JLMB* 1999, 1044, noot E. VON FRENCKELL).

**321** Samenvattend kan gesteld worden dat er zich drie hypothesen kunnen voordoen m.b.t. de geldingsduur van de onderhoudsverplichting (P. SENAËVE, "BW art. 203" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., art. 203-9, nr. 16; R. UYTENDAELE, "De maatregelen aangaande de kinderen" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten (Art. 223 BW en Art. 1280 Ger.W.)*, Leuven, Acco, 1989, 116, nr. 105).

*1° Hypothese:* de opleiding van het kind is voltooid vóór zijn meerderjarigheid en het is in staat om zelf, door beroepsuitoefening (of via het huwelijk) in zijn onderhoud te voorzien: in dat geval loopt de plicht van de ouders ten einde vóór de meerderjarigheid maar kan zij herleven indien voordien de bestaande inkomstenbron voor de minderjarige vervalft.

*2° Hypothese:* de opleiding van het kind is voltooid vóór zijn meerderjarigheid, doch het is niet in staat om zelf in te staan voor zijn onderhoud (werkloosheid, fysieke of mentale handicap enz.): in dat geval loopt de plicht van de ouders definitief ten einde bij de meerderjarigheid; op het ogenblik van het wegvallen van de bijzondere plicht van de ouders tot levensonderhoud, opvoeding en opleiding (art. 203 BW), ontstaat er in hun hoofde evenwel een gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting tegenover hun meerderjarig kind overeenkomstig artikel 207 *juncto* 205 BW die van een andere orde is en o.m. de behoefte van de onderhoudsschuldeiser vergt (art. 208 BW).

*3° Hypothese:* de opleiding van het kind is nog niet voltooid bij zijn meerderjarigheid: alsdan loopt de plicht van de ouders, wat zijn materieel aspect betreft gewoon door tot op het ogenblik dat deze opleiding voltooid zal zijn; vanaf dat ogenblik ontstaat er in hoofde van de ouders eveneens een gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting tegenover hun meerderjarig kind, op grond van het criterium van de behoefte.

**322** In de regel wordt de opleiding als *v o l t o o i d* beschouwd bij het verwerven van een eindexamen van het hoger onderwijs dat toegang geeft tot de arbeidsmarkt. Bedoeld wordt één opleidingscyclus en niet andere nieuwe aan te vatten opleidingen of specialisaties die niet noodzakelijk zijn voor de toegang tot de arbeidsmarkt.

Het bezitten van een diploma van de *humaniora* kan niet beschouwd worden als een voltooiing van de passende opleiding waartoe de ouders gehouden zijn, enerzijds omdat dergelijk diploma geen ernstige toekomstkansen biedt op de arbeidsmarkt, en anderzijds omdat het aanvatten van studies van het hoger onderwijs thans als een recht voor elke jongere beschouwd wordt, dat ook op burgerrechtelijk vlak vertaald moet worden. Verder is het niet uitgesloten dat in de toekomst de onderhouds- en opleidingskosten m.b.t. een bijkomend



universitair of gelijkwaardig diploma of m.b.t. een doctoraatsopleiding eveneens tot de ouderlijke plicht van artikel 203 BW gerekend zullen worden (P. SENAËVE, “Art. 203-17”, nr. 30 en 31).

### 3. *Begroting van de onderhoudsbijdrage en methodiek*

**323** Het kind heeft recht om de levensstandaard van zijn ouders te delen. Volgens bepaalde rechtspraak zelfs deze van vóór de feitelijke scheiding van de ouders (Cass. 12 januari 1978, *JT* 1978, 348; Brussel 3 februari 1995, *RTDF* 1996, 328, noot J. MASSON; Bergen 9 mei 1996, *Div.Act.* 1996, 156; Bergen 30 juni 1998, *Div.Act.* 1999, 42; Vred. Westerlo 27 september 1994, *Turnh. Rechtsl.* 1995-96, 42).

Sommigen vinden dit onterecht en menen dat de onderhoudsbijdrage steeds moet begroot worden in functie van de actuele situatie van de ouders. Zij wijzen erop dat, indien de ouders niet zouden gescheiden zijn en het kind in hun gezin zou gebleven zijn, het toch ook de negatieve gevolgen zou moeten ondergaan van bijvoorbeeld een faillissement (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 64).

Elke ouder is gehouden bij te dragen in verhouding tot zijn mogelijkheden (art. 203, § 1, eerste lid BW). De wet bevat geen nadere criteria noch methoden van vaststelling van het respectieve aandeel van de ouders.

**324** Onderscheid moet bij het bepalen van het aandeel van elk van beide ouders gemaakt worden tussen het *obligatio*-aspect en het *contributio*-aspect van de onderhoudsverplichting.

Het *obligatio*-aspect betreft de gehoudenheid van elk van beide ouders in de relatie tegenover hun kind.

Het *contributio*-aspect betreft de onderhoudsbijdrage van de ouders in hun onderlinge verhouding, d.w.z. het respectieve aandeel van elk van de ouders in de kosten of m.a.w. de verdeelsleutel van de kosten tussen de ouders.

De rechter die dit aandeel in die kosten van de ouders moet vaststellen beschikt echter niet over vastgestelde tarieven.

**325** In de rechtsleer werd een wetenschappelijk gefundeerde berekeningsmethode voor het onderhoudsgeld voor kinderen uitgewerkt door RENARD (R. RENARD, “Divorce, coût de l’enfant, pension alimentaire et fiscalité”, *JT* 1986, 101-110; Bergen 16 oktober 2002, *RTDF* 2004, 422; Bergen 10 februari 2003, *RTDF* 2004, 429; Bergen 25 april 2005, *JT* 2006, 628; Bergen 2 mei 2006, *JT* 2006, 585; Bergen (2de kamer) 19 september 2006, *JLMB* 2007, 69, noot B. COMPAGNION, deze uitspraak is van belang voor de gevallen waar de partijen geen gegevens voorbrengen en de rechter bijgevolg niet in staat is om aan de

hand van concrete cijfers de kost van een kind te berekenen; zie verder voor een toepassingsgeval waarbij rekening wordt gehouden met de incidentie van hypothecaire aflossingen en de fiscale aftrek van alimentatiegelden: Bergen 22 juni 1999, *TBBR* 2001, 53; Brussel 26 juni 2007, *RTDF* 2008, 232; zie voor een geval van alternerend verblijf van de kinderen: Jeugdrb. Brussel 10 januari 2002, *Div.Act.* 2002, 24 en voor de incidentie van het betalen van huurgeld: Vred. Doornik 20 december 2000, *Div.Act.* 2002, 29; Vred. Fontaine-l'Évêque, 26 december 2006, *RTDF* 2008, 551).

Deze methode werd in een vereenvoudigde vorm gegoten en toegelicht door FRANEAU (J.-L. FRANEAU, “Une méthode logique et transparente pour déterminer la part contributive équitable des parents dans les frais d’entretien et d’éducation de leurs enfants”, *Div.Act.* 1995, 131-140). Zij werd ook gebruikt als een van de uitgangspunten van het berekeningsmodel ontwikkeld door de Studiedienst van de Gezinsbond waarbij echter de equivalentieschaal van de kosten van het kind werd aangepast omwille van de eigen visie van de Gezinsbond (X., “Mijn kind, duur kind”, *Gezinsbeleid in Vlaanderen*, 2005, 1-56).

De methode werd geïnformatiseerd in een computerprogramma onder de benaming *Proposition de contribution alimentaire* (P.C.A.) (R. RENARD en P.-A. WUSTEFELD, *Proposition de contribution alimentaire. Méthode Renard pondérée et informatisée*, Brussel, De Boeck-Larcier, 1996, 115 p.; P.-A. WUSTEFELD, “P.C.A.: Een voorstel tot rationele raming van onderhoudsgelden voor minderjarige kinderen” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, p. 429; R. RENARD, P.-A. WUSTEFELD en R. SERRA, *PCA-Proposition de Contribution Alimentaire/VOB – Voorstel tot OnderhoudsBijdrage (gewogen en geïnformatiseerde methode Renard)*, Gent, De Boeck-Larcier, 2003; R. RENARD, “La méthode Renard” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux* 51, Brussel, Larcier, 2005, 152 p.; R. RENARD, “La méthode Renard. Questions spéciales” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux* 69, Brussel, Larcier, 2008, 272 p.; zie ook S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk* 37, Mechelen, Kluwer, 2004, 403; S. BROUWERS, “De conventionele kwantificering van onderhoudsgelden”, *Not.Fisc.M.* 1998, 61; N. DANDOY, “Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants?”, *RTDF* 2006, 455-514).

Vermits de rechtspraktijk meer en meer te maken krijgt met “nieuw samengestelde gezinnen” waarin nieuwe kinderen bijkomen wat uiteraard ook een impact heeft op de draagkracht van de ouders bij de begroting van de onderhoudsbijdrage voor hun “gezamenlijke” kinderen, werd de methode daaraan aangepast (R. RENARD, “La méthode Renard” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux* 51, Brussel, Larcier, 2005, 152 p.; J.-L. FRANEAU, “La méthode Renard étendue aux familles recomposées” (noot onder Vred. Binche 2 oktober 2003), *RTDF* 2004, 702-703; Bergen 6 oktober 2004, *RTDF* 2006, 552; Bergen 14 maart 2006, *RTDF* 2006, 601; Vred. Châtelet 7 oktober 2004, *RTDF* 2006, 650).

## a. Methode RENARD

**326** Er wordt uitgegaan van een aantal basisgegevens, t.w.:

– De theoretische kost (a.) van een kind, zijnde de bijkomende uitgave die door het gezin gedaan moet worden om het levenspeil te bewaren in functie van de uitbreiding van het gezin, ingevolge opeenvolgende geboortes of adopties en de leeftijd van ieder kind van het gezin.

Voorbeeld: bij eenzelfde inkomen van € 1.250 heeft een koppel met één kind een levensniveau dat gelijk is aan 80 % van een koppel zonder kind. Om tot hetzelfde levensniveau te komen moet het eerste koppel kunnen beschikken over een inkomen van:

$$€ 1.250 \times 100/80 = € 1.562,50.$$

De theoretische kost van het kind is dus € 312,50 hetzij 25 % van het oorspronkelijke inkomen van € 1.250 waarover het eerste koppel kan beschikken.

RENARD ontwikkelde op basis van een wetenschappelijke studie op verzoek van de Franstalige Gemeenschap een schaal waarop de percentages van de theoretische kost gedetailleerd weergegeven zijn in functie van de leeftijd van het kind.

<i>Leeftijd kind</i>	<i>Theoretische kost</i>
0	0,137
1	0,144
2	0,152
3	0,159
4	0,166
5	0,174
6	0,181
7	0,188
8	0,196
9	0,203
10	0,211
11	0,218
12	0,225
13	0,233
14	0,240
15	0,247
16	0,255
17	0,262
18	0,270
19	0,277
20	0,284

Zo zal een kind van 15 jaar een theoretische kost vertegenwoordigen van 0,247 of 25 % van het gezinsinkomen van zijn ouders.

– De reële of directe kost (b.) van een kind, zijnde datgene wat concreet wordt besteed aan het kind en dat lager ligt dan de theoretische kost. Immers het koppel beschikt niet over de voormelde € 1.562,5 per maand doch slechts over € 1.250 en zal dus proportioneel minder gaan besteden dan de € 312,5 uit voormeld voorbeeld. Hoe meer kinderen een koppel heeft, hoe kleiner het aandeel per kind zal worden.

De reële kost wordt op grond van navolgende formule berekend:

Reële kost = theoretische kost:  $(1 + \text{theoretische kost})$ .

Voorbeeld: bij een gezinsinkomen van € 1.250 per maand is de theoretische kost van een kind van 15 jaar 0,247 of afgerond 25 % hetzij € 312,5; reël zal hiervoor maar € 250 besteed worden:

$0,247/1,247 = 0,198$  of afgerond 20 %.

$€ 1.250 \times 20 \% = € 250$ .

Is er een tweede kind van bijvoorbeeld 10 jaar dan bedraagt de theoretische kost hiervoor 0,211 (zie de schaal) hetzij voor beide kinderen samen:  $0,247 + 0,211 = 0,458$ .

De reële kost wordt:  $0,458/1,458 = 0,313$  of afgerond 31 %.

$€ 1.250 \times 31 \% = € 387,5$  of € 193,75 per kind i.p.v. € 250.

– De proportionaliteit (c.) in de bijdrage van ieder der ouders in de kosten van onderhoud en opvoeding van hun kinderen (art. 203 BW).

Voorbeeld: de vrouw heeft € 500 per maand en de man € 750 per maand hetzij € 1.250 in het totaal.

Dit betekent dat het proportionele deel van de vrouw 40 % en dat van de man 60 % bedraagt.

Zij zullen nu in dezelfde verhouding moeten bijdragen in de reële kost van het kind (zie hierna de kinderbijslag).

– De kinderbijslag (d.): deze wordt bij het gezinsinkomen geteld om de reële kost van het kind te berekenen; om vervolgens het proportionele deel van elk der ouders te bepalen wordt de gezinsbijslag afgetrokken van de reële kost.

Voorbeeld: de gezinsbijslag voor het 15-jarige kind bedraagt € 124 per maand. Het gezinsinkomen wordt dan:

$$€ 1.250 + € 124 = € 1.374.$$

De theoretische kost (25 %): € 344.

De reële kost (20 %): € 275.

De proportioneel tussen de ouders te verdelen kost is dan € 275 - € 124 (kinderbijslag) = € 151, waarvan te dragen door de vader 60 %, hetzij € 91 en door de moeder 40 %, hetzij € 60. De kinderbijslag van € 124 is immers afkomstig van een "derde betaler" en wordt niet zelf door de ouders gefinancierd.

- De factor verblijf of opvang (e.) van het kind bij de ene of de andere ouder. Wanneer het kind bij zijn vader of moeder verblijft, wordt de onderhoudskost voor de duur van het verblijf op directe wijze gefinancierd door de huishoudelijke uitgaven (bv. aankoop voedsel, verbruik gas, elektriciteit, mazout enz.); de indirecte financiering is dan de overdracht van geld, d.w.z. de betaling van de onderhoudsbijdrage.

Voorbeeld: hierboven werd berekend dat het proportioneel aandeel van de vader in de reële kost, € 91 bedroeg; ingevolge de verblijfsregeling of het omgangsrecht brengt het kind op jaarbasis 30 % van zijn tijd bij de vader door; aldus wordt reeds € 275 × 30 % = € 82,5 door hem gedragen *in natura* en is er nog een geldelijke bijdrage verschuldigd van € 91 - € 82,5 = € 8,5.

Het computerprogramma (P.C.A.) bracht aan het licht dat de oorspronkelijke formule bovenmatig de factor verblijf of opvang naar waarde schatte en een overschatting inhield van de directe bijdrage (*in natura*) van de ouder die het kind niet in hoofdverblijf heeft.

Inderdaad, behalve in de situaties van een *alternierend verblijf* (verdeling 50/50) en in de situaties waarin het recht op persoonlijk contact niet wordt uitgeoefend of er geen verblijf is bij een ouder (verdeling 100/0), bestaat er een bepaald aantal uitgaven die niet noodzakelijk evenredig verdeeld worden volgens de duur van het hoofdverblijf of het secundair verblijf of contact. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de gezondheidszorgen, de schoolkosten en de kledingkosten. M.a.w. er bestaat geen evenredigheid tussen de verdeelsleutel van het verblijf tussen de ouders en het dragen van de onderhoudskost. Hier diende de formule dus te worden verfijnd (in het computerprogramma wordt dit de *w e g i n g* genoemd).

De stapsgewijze toepassing van de 5 voormelde basisgegevens (a. t.e.m. e.) kan best worden verduidelijkt aan de hand van het navolgend schematisch voorbeeld.

Een echtpaar in echtscheiding met drie kinderen van respectievelijk 6, 9 en 11 jaar; de vrouw beschikt over een eigen inkomen van € 992 per maand en de man over € 1.611 per maand; tevens beschikt men over een kinderbijslag van € 398,71 per maand (d.).

Op grond van deze inkomsten wordt eerst de reële kost (a. + b.) van de kinderen berekend en vervolgens de proportionele verdeling (c.) tussen de ouders, terwijl de kinderen ingeschreven zijn op het adres van de moeder in het bevolkingsregister, en verhoudingsgewijze voor 80 % van de tijd bij haar vertoeven en bijgevolg voor 20 % bij de vader (e.).

### Stap 1. Het gezinsinkomen

– Netto maandelijks inkomen vrouw:	€ 992,00 (38 %).
– Netto maandelijks inkomen man:	€ 1.611,00 (62 %).
– Kinderbijslag:	€ 398,71 (d.).
Totaal inkomen:	€ 3.001,71.

### Stap 2. De reële kost van de kinderen

Theoretische kost:

$$0,181 (6 \text{ jaar}) + 0,203 (9 \text{ jaar}) + 0,218 (11 \text{ jaar}) = 0,602 (a.).$$

Reële kost (bruto):

$$(a./1 + a.) \times € 3.001,71 = € 1.127,98 (b).$$

Reële kost (bruto – kinderbijslag):

$$(b. - d.) = € 729,27.$$

### Stap 3. De proportionele verdeling

– Volgens inkomen:

(b. – d. aan respectievelijk 38 % en 62 %), hetzij € 729,27 aan 38 % (€ 277,12) en aan 62 % (€ 452,15).

– Volgens verblijf:

(b. aan respectievelijk 80 % en 20 %) hetzij € 1.127,98 aan 80 % (€ 902,38) en aan 20 % (€ 225,60) (en dit zonder de mogelijkheid tot verfijning, d.w.z. weging, toe te passen).

Worden de verdelingen volgens verblijf en inkomen geïntegreerd dan geeft dit het volgende resultaat:

– de vader moet volgens zijn inkomen voor € 452,15 tussenkomen in de onderhoudskosten van zijn kinderen, doch vult dit reeds *in natura* in ingevolge het verblijf bij hem voor € 225,60, zodat hij uiteindelijk nog verschuldigd blijft het saldo van € 226,55;

- de moeder is volgens haar inkomen slechts € 277,12 verschuldigd, doch ingevolge het verblijf van de kinderen bij haar vult zij dit reeds in voor € 902,38, hetzij dus € 625,26 teveel.

Om dit te dragen kan zij beschikken over de kinderbijslag ten belope van € 398,71 en het resterende saldo van € 229,55 wordt opgevangen door de onderhoudsbijdrage die de vader betaalt.

Wie de voormelde begrotingsmethode nog wil verfijnen zal rekening houden met de fiscale impact van het betalen, respectievelijk ontvangen van onderhoudsbijdragen.

De onderhoudsplichtige kan wat hij betaalt voor 80 % aftrekken van zijn belastbaar inkomen. Dit kan hem een aanzienlijk fiscaal voordeel opleveren waardoor de reëel betaalde onderhoudsbijdrage lager komt te liggen.

Anderzijds worden de onderhoudsbijdragen als een eigen inkomen van de kinderen beschouwd.

Wanneer dit inkomen een bepaalde grens overschrijdt dan is het kind niet meer fiscaal ten laste. Voor de ouder in kwestie kan dit een belangrijk belastingverlies tot gevolg hebben.

Uitgaven waaronder huurgelden of afbetalingen van een hypothecaire lening dienen niet afgetrokken te worden om het nettogezinsinkomen te bepalen. Immers in de berekening van de "kost" van een kind (zie *boven de tabel*) is de huisvesting begrepen. Vermits die "kost" een bepaald percentage is van het nettogezinsinkomen zou het niet logisch zijn daaruit de huisvestingskost te lichten (Bergen 10 februari 2004, *JT* 2004, 483).

Zoals hierboven al werd opgemerkt, werd de methode RENARD, meer in het bijzonder de percentages van de theoretische kost, ook gebruikt als een van de uitgangspunten van het berekeningsmodel ontwikkeld door de Studiedienst van de Gezinsbond waarbij echter de equivalentieschaal van de kosten van het kind werd aangepast omwille van de eigen visie van de Gezinsbond (X., "Mijn kind, duur kind?!", *Gezinsbeleid in Vlaanderen*, Gezinsbond, 2005, 33ste jaargang, nr. 4, 1-56).

Dit model is gemakkelijker in het gebruik omdat het werkt met nettobasisgezinsinkomsten (voor 2008: € 1.941,25) doch de vraag die rijst, is, of bij hogere inkomsten die een veelvoud zijn van het referte-inkomen, het resultaat van de tabel dan zonder meer kan worden vermenigvuldigd met dit veelvoud. Wij denken dat dit niet het geval is omdat de (relatieve) behoeften van een kind niet wiskundig stijgen met de levensstandaard van de ouders. Verder is de inhoud van het gebruikte referte-inkomen (de componenten) niet altijd vergelijkbaar met het concrete gezinsinkomen op basis waarvan gevraagd wordt de gemiddelde kost van een kind te berekenen. De factor "personenbelasting" kan bijvoorbeeld al helemaal anders zijn in een concrete situatie dan in de theoretische situatie van het referte-inkomen.

De minimumkosten van kinderen bevatten geen specifieke kosten (kinderopvang, onderwijs en uitzonderlijke (medische) kosten). Die komen bovenop de minimumkosten. In de formule RENARD zijn de onderwijskosten en deze van kinderopvang wel in de coëfficiënten vevat, echter niet wanneer deze een buitengewoon karakter vertonen.

Gemiddelde maandelijkse minimumkost van een kind volgens het model van de Gezinsbond:

datum			1/10/2004	31/08/2008
maand indexcijfer			SEP/04	AUG/08
indexcijfer			115,52	128,93
netto basisgezinsinkomen			1.739,34	1.941,25
leeftijd kind			Minimumkost	
van	tot	coëfficiënt		
0	1	0,1303	226,64	<b>252,94</b>
1	2	0,1375	239,16	<b>266,92</b>
2	3	0,1447	251,68	<b>280,90</b>
3	4	0,1520	264,38	<b>295,07</b>
4	5	0,1592	276,90	<b>309,05</b>
5	6	,1665	289,60	<b>323,22</b>
6	7	0,1737	302,12	<b>337,19</b>
7	8	0,1809	314,65	<b>351,17</b>
8	9	0,1882	327,34	<b>365,34</b>
9	10	0,1954	339,87	<b>379,32</b>
10	11	0,2026	352,39	<b>393,30</b>
11	12	0,2099	365,09	<b>407,47</b>
12	13	0,2171	377,61	<b>421,45</b>
13	14	0,2243	390,13	<b>435,42</b>
14	15	0,2316	402,83	<b>449,59</b>
15	16	0,2388	415,35	<b>463,57</b>
16	17	0,2461	428,05	<b>477,74</b>
17	18	0,2533	440,57	<b>491,72</b>
18	19	0,2605	453,10	<b>505,70</b>
19	20	0,2678	465,80	<b>519,87</b>
20	21	0,2750	478,32	<b>533,84</b>
21	22	0,2822	490,84	<b>547,82</b>
22	23	0,2895	503,54	<b>561,99</b>
23	24	0,2967	516,06	<b>575,97</b>
24	25	0,3040	528,76	<b>590,14</b>
gemiddelde			<b>337,63</b>	<b>421,47</b>

Van de voormelde gemiddelde minimumkost worden de volgende percentages besteed aan de hieronder opgegeven posten:

- wonen:	25,2 %
- vervoer en communicatie:	16,3 %
- voeding en lichaamsverzorging:	16,2 %
- cultuur en ontspanning:	14,4 %
- sparen:	14,1 %
- gezondheidszorg:	5,0 %
- energie:	4,4 %
- kleding en schoeisel:	4,3 %



Onderwijs en opleiding is dus niet in de gemiddelde minimumkost opgenomen.

**327** Belangrijk m.b.t. de methode RENARD is het arrest Hof van Cassatie van 16 april 2004 (Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97 noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221 noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY).

Het hof van beroep te Bergen had in het arrest van 28 maart 2001 voor de begroting van de onderhoudsbijdrage voor het kind van partijen “ambtshalve” de methode RENARD toegepast terwijl partijen daar niet naar verwezen hadden in hun conclusies.

Aan het hof van beroep werd dan ook het verwijt gericht o.m. de rechten van de verdediging te hebben geschonden, *ultra petita* te hebben geoordeeld, en zelfs rechtsmacht te hebben gedelegeerd aan een computerprogramma, zulks in strijd met artikel 11, eerste lid Ger.W.

Het Hof van Cassatie heeft deze grieven niet weerhouden waaruit minstens kan worden afgeleid dat het Hof de zelfs “ambtshalve” toepassing van een begrotingsmethodiek niet heeft “gesanctioneerd”.

In hetzelfde arrest besliste het Hof echter ook dat om de respectieve middelen van de ouders te bepalen, de rechter onder meer ook rekening dient te houden met de lasten die op één van hen rusten.

In de methode RENARD wordt niet specifiek in de aftrek van kosten van het netto-inkomen voorzien.

Volgens deze methode dienen uitgaven waaronder huurgelden of afbetalingen van een hypothecaire lening niet afgetrokken te worden om het nettogezinsinkomen te bepalen. Immers in de berekening van de “kost” van een kind is de huisvesting begrepen. Vermits die “kost” een bepaald percentage is van het nettogezinsinkomen zou het niet logisch zijn daaruit de huisvestingskost te lichten. M.a.w. de lasten en uitgaven zitten al (proportioneel) in de globale kost van het kind en het is die kost die tussen de ouders moet worden verdeeld (Bergen 10 februari 2004, *JT* 2004, 483).

Het Hof van Cassatie volgt deze logica niet. Indien de ouders niet naar evenredigheid bijdragen in de kosten van woning, van de huur of de hypothecaire lening van de woning, bijvoorbeeld wanneer de hypothecaire last uitsluitend door één ouder wordt gedragen terwijl de andere ouder kosteloos in de voormalige echtelijke verblijfplaats is blijven wonen, dan moet volgens het Hof met dit onevenwicht wel degelijk rekening worden gehouden bij het bepalen van de onderhoudsbijdrage zelf (Cass. 10 januari 2003, *RW* 2004-05, 740 en *RTDF* 2005, 559).

Ook met andere uitgaven in hoofde van een ouder die een uitzonderlijk karakter hebben en die zijn draagkracht verminderen zoals zware medische uitgaven, zal moeten rekening gehouden worden vermits daarin niet specifiek wordt voorzien in de methode RENARD (Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97

noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221 noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY; J.-L. FRANEAU, “La méthode Renard étendue aux familles recomposées” (noot onder Vred. Binche 2 oktober 2003), *RTDF* 2004, 702-703; zie m.b.t. het begrip “kosten met een uitzonderlijk karakter”: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1113).

**328** In dezelfde context oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 2 mei 2005 dat volgens de bepalingen van artikel 203, § 1 BW de vader en de moeder ertoe gehouden zijn naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen (Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543, noot).

Om de respectieve mogelijkheden van de vader en de moeder te bepalen moet de rechter onder meer rekening houden met de lasten die op elk van hen wegen.

Door te beslissen dat de netto-inkomsten niet moeten worden verminderd met het bedrag van de kosten van het dagelijkse leven van de ouders, aangezien het aftrekken van deze kosten van de inkomsten van een van de ouders in werkelijkheid erop zou neerkomen een gedeelte van genoemde inkomsten te wissen, dat wil zeggen een essentieel bestanddeel van de kosten van het kind dat men precies via de methode RENARD probeert te bepalen, verantwoordde het bestreden arrest van het hof van beroep te Bergen zijn beslissing niet naar recht. Niettegenstaande het hof verwijst naar de “kosten van het dagelijkse leven” ging het *in casu* over (niet te herleiden) hypothecaire lasten. In die zin komt het arrest wel in de lijn te liggen van de vorige arresten van 10 januari 2003 en 16 april 2004 (boven geciteerd).

Heeft het hof willen duidelijk stellen dat de rechter zijn beslissing moet verantwoorden wanneer hypothecaire lasten wel dan niet worden gelijkgesteld met de courante lasten van het dagelijkse leven om er dan wel of geen rekening mee te houden bij het bepalen van de “middelen” van elk van de ouders in de zin van artikel 203, § 1, eerste lid BW?

De tekst van het arrest laat niet toe hierop zonder meer bevestigend te antwoorden. Mocht het hof de bedoeling gehad hebben de rechter te verplichten met alle courante lasten van het dagelijkse leven rekening te houden dan zet zulks de deur wagenwijd open voor ellenlange apothekersrekeningen van alle mogelijke uitgaven waarmede een ouder zijn “middelen” om bij te dragen in het onderhoud van zijn kind volledig kan uithollen. Bovendien kan de beslissing van de rechter om sommige lasten of onderdelen ervan, bijvoorbeeld de aansluitingskosten op het internet, wel en andere niet te verwerpen niet anders dan arbitrair zijn (zie voor een voorbeeld: Luik 20 januari 2004, *RTDF* 2006, 547).

In een arrest van 12 juni 2007 maakt het hof van beroep te Bergen, onder verwijzing naar de twee voormelde arresten van het Hof van Cassatie, een onderscheid tussen enerzijds de lasten van elk van de ouders die ook gedeeltelijk in het belang zijn van de kinderen, en anderzijds de lasten in hoofde van de bijdrageplichtige die voor deze prioritair en exceptioneel zijn en bovendien volledig vreemd zijn aan de kost van het kind. Met de eerstgenoemde lasten houdt het hof geen rekening, met de tweede vermelde lasten wel (Bergen 12 juni 2007, *JLMB* 2009, 116).

Indien een van de ouders een voordeel *in natura* geniet en de andere niet (bv. het kosteloos gebruik van een woonst) dan wordt daar door het hof enkel mee rekening gehouden voor zover het de bijdrageplichtige ouder betreft. Het voordeel wordt dan bij zijn inkomsten gevoegd die als basis dienen voor de berekening van de kost van het kind.

**329** Naar aanleiding van het voormelde arrest van 16 april 2004 en dit van 2 mei 2005 stelde het hof van beroep te Bergen drie prejudiciële vragen aan het Arbitragehof dewelke in het arrest van 28 juni 2006 negatief werden beantwoord. Uit de bewoordingen van het arrest blijkt echter dat de cassatiearresten moeten worden begrepen in de zin van lasten van uitzonderlijke en niet te herleiden aard (Arbitragehof nr. 108/2006, 28 juni 2006 (prejudiciële vraag), *AA* 2006, afl. 3, 1301, *BS* 15 september 2006, 47120, *Div.Act.* 2007, 2, noot J.-C. BROUWERS en *RTDF* 2006, 1239).

Eén vraag betrof de schending van artikel 12 van de Grondwet in de mate dat de interpretatie gegeven aan artikel 203 BW door het Hof van Cassatie afbreuk zou doen aan het recht op de eerbiediging van het privéleven van de ouders.

De twee andere vragen hadden betrekking op de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de mate dat, waar door het Hof van Cassatie rekening wordt gehouden met de lasten die op één van de ouders kunnen wegen, er een onderscheid wordt gecreëerd tussen kinderen al naargelang hun ouders gescheiden leven of niet, terwijl er anderzijds ook een discriminatie is tussen de verschillende vaders en moeders met dezelfde nettomiddelen al naargelang er door de rechter een andere betekenis wordt gehecht aan de begrippen “lasten” en “rekening houden met” bij gebreke aan een definitie van deze begrippen.

Op de eerste vraag antwoordde het Arbitragehof als volgt:

“Artikel 203, § 1 van het Burgerlijk Wetboek schendt artikel 12 van de Grondwet niet. In die zin geïnterpreteerd dat het de rechter toestaat rekening te houden met de lasten van uitzonderlijke en onreducerbare aard die op de ouders kunnen wegen teneinde de middelen vast te stellen waarover zij beschikken om bij te dragen in de kosten van hun kinderen, doet artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek immers niet op onverantwoorde wijze afbreuk aan het recht op de eerbiediging van het privéleven van de ouders”.

Op de tweede vraag:

“Artikel 203, § 1 van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet. Dat artikel maakt geen enkel onderscheid tussen de kinderen die samenleven met hun beide ouders en diegenen wier vader en moeder feitelijk gescheiden zijn. Uit de arresten van het Hof van Cassatie van 16 april 2004 (C.02.0504.F) en 2 mei 2005 (C.04.0375.F) blijkt dat de rechter een

onwettige beslissing zou wijzen, indien hij, teneinde de draagkracht van de vader en de moeder te ramen, geen rekening zou houden met de lasten van medische en farmaceutische aard alsmede met de onreducerbare, met name hypothecaire lasten die op één van hen wegen; het Hof heeft geen onderscheid ingesteld naargelang de ouders al dan niet feitelijk gescheiden zijn.

Dat artikel roept anderzijds geen discriminatie in het leven tussen verschillende vaders en moeders die over dezelfde nettomiddelen beschikken, doordat het begrip ‘lasten’ en de uitdrukking ‘rekening houden met’ niet zijn gedefinieerd. Vanwege het beginsel zelf van de algemeenheid van de wetten kunnen de bewoordingen ervan vaak geen absolute precisie vertonen. Er kan de wetgever, in naam van de rechtszekerheid, niet worden verweten dat hij te dezen geen criteria heeft vastgesteld die dermate precies zijn dat de rechter over geen enkele beoordelingsbevoegdheid meer zou beschikken in een aangelegenheid die wordt gekenmerkt door zeer uiteenlopende situaties. Het is immers enkel in het raam van een concreet onderzoek van de situatie van de ouders dat de verhouding kan worden vastgesteld waarin zij zouden moeten bijdragen in de kosten voor levensonderhoud van hun kinderen. De mogelijke discrepanties in de rechtspraak die zouden kunnen voortvloeien uit de ontstentenis van wettelijke criteria, kunnen worden bijgestuurd door de beschikbare beroepen”.

Zie ook het cassatiearrest van 7 december 2006 waarin aan de appelrechter wordt verweten voor de herziening van de onderhoudsbijdragen voor de kinderen de methode RENARD te hebben toegepast, terwijl de ouders in hun EOT-overeenkomst in een andere wijze van aanpassing hadden voorzien (Cass. (1ste kamer) 7 december 2006 *RTDF* 2007, 238).

**330** Dat niet elke rechter voorstander is om de methode RENARD te gebruiken moge blijken uit de volgende passus uit een beschikking in kort geding (KG Charleroi 27 september 2005, *JT* 2006, 629):

“Zelfs indien de methode RENARD toelaat om een idee te vormen over de kost van het onderhoud en de opvoeding van een kind, heeft deze voor gevolg dat zij aan de eisende partij de indruk geeft om vrijgesteld te zijn van het bewijs van wat zij voorhoudt en aan de rechtbank de elementen te leveren die haar eis schijnbaar bewijzen, terwijl aan de rechter de illusie wordt gegeven van juridische zekerheid”.

De vrederechter van Ukkel echter gebruikt precies de tegenovergestelde argumenten om het gebruik van de methode te rechtvaardigen. De partijen waren in gebreke gebleven enig geloofwaardig en adequaat cijfermateriaal over te leggen zodat hij wel verplicht was op de methode terug te vallen. Volgens de vrederechter laat deze aan de rechter bovendien toe zijn redenering te verifiëren en aldus te vermijden onvoorspelbare en onverklaarbare beslissingen te nemen (Vred. Ukkel 13 februari 2004, *RTDF* 2006, 623).

Zie voor een ander voorbeeld van afkeurende rechtspraak: Rb. Charleroi 14 december 2007, *RTDF* 2008, 1285, afkeurende noot van N. DANDROY. In dit vonnis gewezen in graad van hoger beroep wordt het vonnis *a quo* van de vrederechter van Fontaine-l’Eveque van 14 december 2006 (*RTDF* 2008, 1288) die de methode RENARD had toegepast, hervormd. De appelrechter verwierpt de methode RENARD omdat ze gesteund is op “veralgemeende abstracte statistische gegevens” die elke menselijke tussenkomst in het rechtspreken zouden uitsluiten. Nochtans is de wijze waaraan de appelrechter het alimentatiegeld dan wel begroot, niet zo overtuigend. Na de inkomsten en uitgaven van elk van de ouders te hebben vermeld, besluit de rechtbank dat “gelet op de leeftijd van de kinderen, de inkomsten en lasten van elk van de ouders, het aanbod van de vader om € 250,00 te betalen voor de twee kinderen, voldoeninggevend is”.

Het gevaar van het negeren van een begrotingsmethodiek is dat de deur wordt opengezet voor totaal arbitrair vastgestelde onderhoudsgelden onder de vorm van een vaststelling *ex aequo et bono*.

Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de jeugdrechtbank te Brussel waarin geen andere motiveering voorkomt dan dat “na analyse van de verschillende documenten, het de rechtbank oppor- tuun voorkomt de onderhoudsbijdrage ten laste van de vader te bepalen op een bedrag X” (Jeugdbr. Brussel 19 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 110, kritische noot J.-L. FRANEAU). Zulke uitspraken nodigen de partijen uit om hoger beroep aan te tekenen vermits zij niet weten hoe de rechter tot het bedrag van de bijdrage is gekomen.

**331** N. DANDOY weerhoudt, met betrekking tot de kost van opvoeding en onderhoud van het kind twee groepen van methodes op basis van de analyse van rechtspraak en (buitenlandse) geregementeerde berekeningsmethodes.

Enerzijds is er de empirische methode teneinde in een budget te voorzien, waarbij *in concreto* een begroting van de reële kost van het kind wordt gemaakt, in acht genomen de levensstandaard van het gezin en de samenstelling als de aard van de kosten. Dit vereist dat een volledige en precieze opgave wordt gemaakt van de kosten van het kind op jaarbasis. Bovendien moet ook rekening gehouden worden met collectieve uitgaven van het gezin, zoals de energiekost en transportkosten, gezien het kind eveneens hiervan het genot heeft. Zulks heeft voor gevolg dat deze collectieve uitgaven zullen toenemen in geval van een feitelijke scheiding van de ouders, meer bepaald betreffende de kost van de huisvesting.

Het weerhouden van deze collectieve kost, heeft het voordeel dat zoveel als mogelijk de economische realiteit van iedere ouder wordt benaderd, terwijl ook ieder van de ouders de financiële gevolgen van de gescheiden huisvesting dienen te dragen. Nochtans zal de collectieve kost slechts correct kunnen ingeschat worden, wanneer de feitelijke scheiding reeds een zekere tijd heeft geduurd. Zodoende moet vastgesteld worden dat de evaluatie van de collectieve kost niet altijd vanzelfsprekend is en nog complexer wordt indien er tussen de ouders onderling betwisting bestaat over hun respectievelijk aandeel in de diverse collectieve kosten.

N. DANDOY komt aldus tot het besluit dat deze empirische methode als nadeel heeft dat een zeer gedetailleerde opgave van de kosten noodzakelijk is, terwijl het aanleiding geeft tot betwistingen over het aandeel in en het belang van iedere bijzondere kost. Het bedrag noodzakelijk om aan de kost van het kind te kunnen voldoen, vereist een akkoord onder de ouders betreffende de collectieve uitgaven. Daartegenover strekt deze methode tot voordeel dat de ouders rechtstreeks worden geconfronteerd met de berekening van de kost van het kind die tussen hen onderling moet verdeeld worden (N. DANDOY, “Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants?”, *RTDF* 2006, 458-461).

De tweede groep, meer bepaald de systematische methodes, waartoe de methode RENARD behoort en ook deze van de Gezinsbond (zie *boven* nr. 325) en de methode TREMMERY (J. TREMMERY en M. TREMMERY, *Onderhoudsgeld voor kinderen*, Antwerpen, Maklu, 2005, 168 p.) onderzoekt in de eerste

plaats de kost van het kind en vervolgens de verdeling van deze kost onder ieder van de ouders.

In het buitenland, onder meer in Québec, Duitsland, Zwitserland en Nederland worden de berekeningsmethode voor het bepalen van de bijdrage van de ouder in de kost van het kind door de overheid opgelegd (N. DANDOY, *ibid.* 466-469).

#### b. De gemeenrechtelijke criteria

**332** De rechtbanken statuëren meestal naar billijkheid. Er bestaat tot op heden geen gebruiksklare schaal (zulks in tegenstelling tot de situatie in Nederland waar door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak in haar rapport “Kosten van kinderen” een tabel werd opgesteld waarin de eigen bijdragen van de ouders in de kosten van hun kinderen kunnen worden vastgesteld; zie hierover: M.L.C.C. DE BRUIJN-LUCKERS en O.I.M. YDEMA, *Memo echtscheiding en alimentatie*, Deventer, Kluwer, 2007, 157-166, die echter aangeven dat die tabel reeds als verouderd moet worden beschouwd, i.h.b. 176).

In het kader van de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichtingen wordt de mogelijkheid tot betalen van de schuldenaar, zoals de behoefte van de schuldeiser, op relatieve wijze beoordeeld. De rechter zal daarbij rekening houden met de schulden en de gezinslasten van de schuldenaar.

De rechtspraak laat alleszins volgende criteria aan bod komen.

#### – Behoeften van het kind

**333** Zoals hierboven uiteengezet, heeft het kind recht om de levensstandaard van zijn ouders te delen. Meestal wordt de omvang van de behoeften van het kind bepaald aan de hand van de volgende criteria (Luik 29 maart 2004, *RTDF* 2005, 169; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 192):

- de levensstandaard tijdens het gemeenschappelijke leven van hun ouders (Luik 21 februari 2006, *JLMB* 2006, 1015);
- de kosten van onderhoud en opvoeding, waarin begrepen de kosten van voeding, kleding, de courante medische kosten, de courante studiekosten, de verplaatsingskosten, de kosten van vrijetijdsbesteding en cultuur, en verder het deel van het kind in de kosten huisvesting zoals de huur, verwarming, elektriciteit, water enz. (KG Brussel 30 april 2004, *RTDF* 2005, 224);
- de leeftijd en de leeftijdstoename waarbij de behoeften toenemen;
- de specifieke behoeften bijvoorbeeld indien het kind gehandicapt is;
- de directe kosten die gepaard gaan met het verblijf van het kind bij de ene of de andere ouder zoals het meegeven van zakgeld, kleine consumptie-uitgaven, telefoon- en internetkosten, kosten van kinderoppas, onderhoud en verzekering van de fiets, het feit dat de ouder die het hoofdverblijf heeft minder beschikbaar is voor professionele arbeid enz.;

- de inkomsten van het kind door studentenjobs of inkomsten uit eigen goederen (Brussel 11 maart 2004, *RTDF* 2005, 859; Vred. Doornik 13 april 2004, *RTDF* 2005, 877);
- de omvang van de kinderbijslag;
- met de kosten van een babysit kan geen rekening worden gehouden wanneer deze niet gerechtvaardigd zijn omdat de moeder over voldoende tijd beschikt en eigenlijk alleen maar hun reden vinden in het feit dat ze de moeder goed uitkomen (Rb. Brussel 30 oktober 2007, *RTDF* 2008, 539).

Een vonnis dat, in het belang van de kinderen, de kinderbijslag toekent aan de vader i.p.v. aan de moeder is niet tegenstelbaar aan het kinderbijslagfonds dat daartoe niet in gemeenverklaring werd opgeroepen (Rb. Namen 25 februari 2008, *JLMB* 2008, 1378).

Het Hof van Cassatie besliste dat de in artikel 69, § 1, derde lid van de Kinderbijslagwet Werknemers van 19 december 1939 (*BS* 22 december 1939) bedoelde “andere bijslagtrekkende” die in plaats van de moeder de kinderbijslag ontvangt wanneer hij het kind uitsluitend of hoofdzakelijk opvoedt, een *d e r d e* beoogt en niet de vader (Cass. 25 februari 2008, *RW* 2008-09, 673). Het betreft hier de situatie van twee niet-samenwonende ouders die het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen. Indien er niet zulke *d e r d e* is, wordt de kinderbijslag integraal aan de moeder uitbetaald.

- Inkomsten van de ouders

**334** Voor het bepalen van de draagkracht van de ouders wordt meestal rekening gehouden met de volgende elementen.

a. De globale beschikbare *n e t t o - i n k o m s t e n* (het hof van beroep te Antwerpen is van oordeel dat moet worden uitgegaan van de nettobelastbare inkomsten gelet op enerzijds de fiscale aftrekbaarheid van de alimentatie in hoofde van de betaler, anderzijds de mogelijke belastbaarheid in hoofde van de gerechtigde: Antwerpen 5 juni 2002, *NJW* 2002, 389; o.i. is dit ten onrechte, zie S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen*, Mechelen, Kluwer, 2004, 307, nr. 562).

Belastingaanslagen of -aangiften zijn niet bindend voor de rechter en hebben slechts een indicatieve waarde (Cass. 19 februari 1987, *JT* 1987, 466):

- de beroepsinkomsten berekend op jaarbasis en rekening houdend met dubbel betaald vakantiegeld, eindejaarspremies, sociale voordelen, onrechtstreekse voordelen zoals maaltijdchecks, privégebruik van een firmawagen, *idem* voor gsm, betaling van niet-verplichte verzekeringspremies zoals voor een groepsverzekering enz.;
- inkomsten uit onroerende goederen na aftrek van de onroerende voorheffing, taksen en kosten van onderhoud en verzekering;
- roerende inkomsten na aftrek van de voorheffing en eventuele beheerskosten.

b. De *virtuele inkomsten*, zijnde onder meer:

- de inkomsten welke een ouder geacht wordt te kunnen verwerven middels een normale beroepsuitoefening, rekening houdend met zijn leeftijd, zijn

opleiding, gezondheid en zijn beschikbaarheid (Brussel 11 maart 2004, *RTDF* 2005, 859; Vred. Doornik 13 april 2004, *RTDF* 2005, 877, het betrof een vader die zelf zijn brugpensioen had aangevraagd op de leeftijd van 60 jaar terwijl de wettelijke pensioenleeftijd 65 jaar was; Vred. Zelzate 26 december 2002, *RABG* 2004, 1249 noot E. ALOFS, een geval van bewuste keuze van de vader om werkloos te blijven);

- de inkomsten die hij zou kunnen genieten middels een goed beheer van zijn vermogen (Brussel 23 maart 2004, *RTDF* 2005, 775; Vred. Zomergem 21 december 2007, *RW* 2008-09, 551, *in casu* raamde de vrederechter het gemiddelde inkomen per maand aan vruchten/intresten/krozen op gemakkelijk € 620,00);
- de inkomsten die de ouder-vennoot of bestuurder van een vennootschap normalerwijze moet toegekend krijgen gelet op de financiële situatie van de vennootschap (Cass. 27 juni 1980, *Rev.prat.soc.* 1982, 123; Cass. 25 april 1995, *RTDF*, 1986, 188; Brussel 2 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1144, noot; P.-A. FORIERS en J.-L. RENCHON, “La détermination des revenus de l’associé actif ou du gérant d’une société dans le contexte des litiges relatifs aux obligations alimentaires” in *Les sociétés et le patrimoine familial: convergences et confrontations*, Brussel, Bruylant, 1996, 159);
- de inkomsten die zouden kunnen voortvloeien uit alimentatievorderingen waarop de ouder gerechtigd is;
- de inkomsten die hij normalerwijze zou kunnen verwerven indien hij in vrijheid zou zijn (het betrof een opgesloten ouder: Luik 3 februari 2004, *JT* 2004, 383 en *RRD* 2004, 14; anders Bergen 10 februari 2003, *RTDF* 2004, 429; zie ook Luik 21 februari 2006, *JLMB* 2006, 1015).

c. De lasten m.b.t. andere kinderen met inbegrip van deze gesproken uit een nieuwe relatie (Cass. 5 september 1997, *Div.Act.* 1998, 75, noot A.-C. VAN GYSEL) en zelfs deze van kinderen van een tweede echtgenote gesproken uit een vorige huwelijk (Luik 24 april 2001, *JT* 2001, 577, weliswaar in het kader van de begroting van een uitkering na echtscheiding tussen ex-echtgenoten). De vermindering van de bijdragemogelijkheid ten gevolge van een nieuw huwelijk (Vred. Doornik (2de kanton) 20 april 2004, *RTDF* 2005, 563).

d. De impact van de fiscale aftrek (ten belope van 80 %) van de betaalde onderhoudsbijdragen en de verhoging van de belastingsvrije som voor kinderen ten laste (A. CALEWAERT, “Fiscale aspecten” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig handboek echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, Titel VII, nrs. 6070, 6083 e.v. en 6217, losbl.; zie m.b.t. de verdeling van de belastingsvrije sommen: Gent 11 maart 2008, *RABG* 2009, 290). Wat dit laatste betreft, wordt de gelijktijdige toepassing van de aftrek van de onderhoudsbijdragen en een verhoging van de belastingsvrije som (voor kinderen ten laste) traditioneel geweigerd door de fiscale administratie. Daar staat tegenover dat volgens een bepaalde rechtspraak een gelijktijdige toepassing wel mogelijk is (Gent 6 mei 1999, *FJF* nr. 2000/71 en *TFR* 2000, 111, noot L. HERTECANT; Gent 29 januari 2003, *Fisc.Koer.* 2003, 331; Brussel



19 september 2003, *EJ* 2004, 27, noot I. VAN DE WOESTEYNE; *anders* Antwerpen 15 april 1997, *Fisc.Koer.* 1997, 407 en *Fiskoloog* 1997, nr. 618, 9).

e. Indien de bijdrageplichtige is gaan s a m e n w o n e n met een nieuwe partner, dan heeft laatstgenoemde weliswaar geen onderhoudsverplichtingen t.o.v. de kinderen van eerstgenoemde maar de samenwoning heeft ongetwijfeld een verbetering van de materiële situatie voor gevolg. Hierdoor vergroot zijn financiële draagkracht (Bergen 16 oktober 2002, *RTDF* 2004, 422; Vred. Doornik (1ste kanton) 24 februari 1999, *Div.Act.* 1999, 106). Indien het echter de bijdragegerechtigde ouder is die is gaan samenwonen dan blijkt er toch een bekommernis te zijn, dit voordeel niet al te zeer te laten ten goede komen van de andere ouder (Luik 20 januari 2004, *RTDF* 2006, 547).

De geboorte van een kind binnen een nieuw samengesteld gezin leidt niet altijd tot een vermindering van de onderhoudsbijdrage t.o.v. de vorige kinderen (Vred. Verviers 21 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1778, noot S.T.; *anders* Bergen 6 oktober 2004, *RTDF* 2006, 552, het Hof is van oordeel dat met dit gegeven wel rekening moet gehouden worden).

De vrederechter van Doornik (2de kanton) hield rekening met de werklozensteun die de nieuwe echtgenote van de bijdrageplichtige vader ontving. Zijn redenering was dat deze uitkeringen in de huwelijksgemeenschap vielen (de vader was hertrouwd onder het wettelijk huwelijksvermogensstelsel), zodat beide echtgenoten er co-titularis van waren (Vred. Doornik (2de kanton) 9 januari 2007, *RTDF* 2008, 239).

f. Met s c h u l d e n kan rekening gehouden worden voor zover het schulden betreft die absoluut niet kunnen worden ongedaan gemaakt, zoals fiscale schulden, hypothecaire aflossingen of schulden aangegaan door de ouder om in zijn bestaan te voorzien. Voor de andere lopende schulden geldt het principe dat elke ouder zijn budget dient te beheren volgens eigen inzicht en prioriteiten doch dat dit geen afbreuk mag doen aan datgene wat aan het kind toekomt, m.a.w. de onderhoudsverplichting heeft voorrang (Bergen 9 mei 1996, *Div.Act.* 1996, 156; zie ook Bergen 26 april 1999, *RTDF* 2000, 634; Luik 29 maart 2004, *RTDF* 2005, 169).

Met dagdagelijkse lasten kan o.i. geen rekening worden gehouden voor zover die bestaan in hoofde van beide ouders (het Hof van Cassatie was van oordeel dat met de medische en farmaceutische kosten die drukten op het inkomen van één van de ouders, wel moest rekening gehouden worden: Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97, noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221, noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY; zie m.b.t. het begrip “kosten met een uitzonderlijk karakter”: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1113).

Het Hof van Cassatie was verder ook van oordeel dat in het geval de ouders niet naar evenredigheid bijdragen in de kosten verbonden aan de gezinswoning, van de huur of de hypothecaire lening ervan, de rechter met die kosten

moet rekening houden bij de bepaling van de evenredige onderhoudsbijdrage van de ene ouder ten overstaan van de andere voor het onderhoud van hun kinderen, als hij voor de bepaling van de kosten van dat onderhoud rekening heeft gehouden met het aandeel van de kinderen en de ouders in de huur of de hypothecaire lening voor de woning (Cass. 10 januari 2003, *RW* 2004-05, 740 en *RTDF* 2005, 559).

Het faillissement van de schuldenaar brengt niet het verval van diens onderhoudsplicht mee (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 26-27, nr. 29).

Wanneer de bijdrageplichtige ouder zich bevindt in een financiële situatie waarbij hij nog enkel kan beschikken over een leefloon ten gevolge van een gehomologeerde schuldbemiddeling rijst de vraag of hiermee al dan niet moet worden rekening gehouden gelet op de hiervoor aangehaalde criteria.

In een arrest van het hof van beroep te Gent wordt geoordeeld dat dit niet het geval is (Gent 30 september 2002, *RABG* 2004, 1243, noot S. BROUWERS). Zoals ook in andere rechtspraak wordt voorrang gegeven aan de alimentatieschuld boven alle andere schulden (Bergen 9 mei 1996, *Div.Act.* 1996, 156; Bergen 26 april 1999, *RTDF* 2000, 634; Rb. Neufchâteau 11 oktober 1994, *Div.Act.* 1995, 56).

Het hof van beroep te Gent steunt zich hierbij in rechte op de volgende overwegingen:

- het belang van het kind (art. 3.1. IVRK);
- het kind is geen partij bij de bemiddelingsovereenkomst.

Wellicht kon daar nog aan toegevoegd worden dat de onderhoudsverplichting naar kinderen toe van openbare orde is en zelfs de Belgische internationale openbare orde raakt (Cass. 27 november 1990, *Rev.not.b.* 1991, 195; Rb. Brussel 23 juni 1986, *RTDF* 1988, 314; Rb. Brussel 12 oktober 1987, *RTDF* 1988, 379; Rb. Brussel 15 mei 1990, *TBBR* 1991, 397).

**335** Anderzijds kan ook de vraag worden gesteld wat het lot is van reeds bestaande onderhoudsbijdragen, zowel lopende als achterstallige wanneer deze geconfronteerd worden met een collectieve schuldenregeling (zie ook *boven* nrs. 164-177).

De wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling (*BS* 31 juli 1998) voorziet in een ruime mogelijkheid om schulden van een natuurlijke persoon niet-handelaar (art. 1675/2 Ger.W.) die onder een overmatige schuldenlast gebukt gaat, op een globale wijze te herzien.

Deze wet is van toepassing op alle schulden in de brede zin van het woord, zoals privéschulden, beroepsschulden, fiscale schulden en ook onderhoudsschulden (wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslag genomen onroerende goederen, *BS* 31 juli 1998; A.-C. VAN GYSEL en C. THOMASSET, “Du règlement collectif de dettes et d’autres modifications de la possibilité d’exécuter une décision en matière d’aliments”, *Div.Act.* 1999, 19). Indien de beslagrechter een vordering tot collectieve schuldenregeling toelaatbaar verklaart, doet deze beschikking een situatie van samenloop ontstaan tussen de schuldeisers en,

worden alle middelen van ten uitvoerlegging die strekken tot betaling van een geldsom geschorst (art. 1675/7, § 1 en 2 Ger.W.).

**336** Onderhoudsschulden genieten evenwel een bijzonder statuut: zij blijven buiten de boedel voor zover het geen achterstallen betreft (art. 1675/7, § 3 Ger.W.).

Onderhoudsschuldeisers die reeds beslag gelegd hebben ter recuperatie van achterstallige onderhoudsgelden zullen bijgevolg in samenloop komen met andere schuldeisers en het lot van de achterstallige onderhoudsgelden zal bepaald worden in de *aanzuiveringsregeling* (B. DE GROOTE, *De collectieve schuldenregeling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 44; K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 72, nr. 107).

Tijdens de procedure is de onderhoudsschuldenaar gerechtigd om de lopende onderhoudsuitkeringen verder te betalen voor zover het niet gaat om *achterstallen*. De wet laat de uitzondering voor lopende onderhoudsgelden juist toe om de onderhoudsschuldeiser tijdens de procedure te bevoordelen (art. 1675/7, § 3 Ger.W.) wat impliceert dat de schuldenaar ook verplicht blijft om lopende onderhoudsuitkeringen verder te betalen.

Aangezien de toelaatbaarverklaring leidt tot een schorsing van alle middelen van ten uitvoerlegging die strekken tot betaling van een geldsom, dient ook een ontvangstmachtiging in beginsel geschorst te worden, voor zover zij achterstallige onderhoudsgelden betreft. Nochtans kan uit de voorbereidende werkzaamheden van de wet afgeleid worden dat een *loondelegatie* onverminderd uitgevoerd kan worden indien zij aangewend wordt om lopende onderhoudsgelden te innen (Verslag MOORS, *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 1073/11, nr. 67).

**337** De uitvoering van een loondelegatie dient in ieder geval te gebeuren in overeenstemming met het artikel 1675/9, § 1, 4° Ger.W., wat betekent dat de werkgever het loon waarop de delegatie rust, moet storten aan de schuldbemiddelaar, die vervolgens de lopende onderhoudsgelden kan uitbetalen aan de onderhoudsgerechtigde. Aangenomen wordt dat voormelde oplossing ook geldt voor de *ontvangstmachtiging* in het algemeen, d.w.z. wanneer zij wordt toegepast op andere inkomsten dan loon (K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 73, nr. 109).

Ten onrechte weigerde de vrederechter te Doornik dan ook een ontvangstmachtiging toe te kennen aan een vrouw wiens ex-echtgenoot in gebreke bleef om het conventioneel onderhoudsgeld voor een gemeenschappelijk kind te betalen op grond van de overweging dat dergelijke maatregel geen enkele uitwerking zou hebben in het kader van de collectieve schuldenregeling waarin de onderhoudsplichtige betrokken was (Vred. Doornik 16 mei 2000, *Div.Act.* 2000, 95).

Wat de achterstallen betreft, is iedere vorm van betaling uitgesloten, inbegrepen de toepassing van de schuldvergelijking (G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 57).

**338** Wie de in de toekomst te vervallen onderhoudsuitkeringen daadwerkelijk dient te betalen, zijnde de verzoeker-onderhoudsplichtige, dan wel de schuldbemiddelaar werd niet uitdrukkelijk door de wetgever bepaald.

Enerzijds voorziet artikel 1675/13, § 1, punt 2 Ger.W. in een aanzuiveringsregeling na de te geldemaking van de voor beslag vatbare goederen op grond van de gelijkheid onder de schuldeisers, b e h o u d e n s wat de onderhoudsverplichting betreft, anderzijds machtigt artikel 1675/13, § 3, eerste punt Ger.W. de rechter niet om kwijtschelding te verlenen wat de nog niet vervallen onderhoudsuitkeringen betreft. Gelet hierop is het minstens wenselijk dat de schuldbemiddelaar de onderhoudsuitkering aan de gerechtigde betaalt (M. GOVAERTS, “Hoofdstuk 6, Voorlopige maatregelen. Afd. 5, § 6. De collectieve schuldenregeling” in S. BROUWERS (ed.) *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., nrs. 1712 e.v.).

**339** In het kader van een minnelijke aanzuiveringsregeling beschikken de partijen over de ruimste vrijheid omtrent de te nemen maatregelen. Zo kunnen respijttermijnen toegestaan worden of kan een afbetalingsplan afgesproken worden. Onderhoudsschuldeisers kunnen eveneens overeenkomen om reeds vervallen onderhoudsgelden kwijt te schelden, maar zij kunnen geenszins verzaken aan nog lopende termijnen, vermits men volgens een unanieme rechtsleer niet kan verzaken aan zijn bestaansmiddelen (E. VIEUJEAN, “Aliments et surendettement” in *Les procédures de règlement collectif du passif*, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 82, nr. 10).

**340** Het gerechtelijk aanzuiveringsplan en de maatregelen die door de rechter aan de verzoekers krachtens artikel 1675/12, § 1 Ger.W. worden opgelegd nadat een poging tot minnelijke aanzuiveringsregeling vruchteloos bleek te zijn, voorziet niet in een bijzondere regeling wat de alimentatieschulden betreft.

De beslagrechter kan evenwel slechts een beperkt aantal maatregelen treffen. Deze worden limitatief door de wet opgesomd in artikel 1675/12, § 1 Ger.W. Zo kan de beslagrechter uitstel verlenen voor de betaling van de achterstallige onderhoudsschulden of kan hij de betaling ervan herschikken.

Wanneer blijkt dat deze maatregelen ontoereikend zijn om de financiële toestand van de schuldenaar te herstellen kan de beslagrechter oordelen dat de schuldenlast overeenkomstig artikel 1675/13 Ger.W. geheel of gedeeltelijk wordt kwijtgescholden. Deze kwijtschelding is evenwel verbonden aan de verplichte tegeldemaking van alle voor beslag vatbare goederen en de verde-

ling van de opbrengst volgens de wettige redenen van voorrang (E. DE SMAELE, “De Wet betreffende de collectieve schuldenregeling”, *AJT* 1998-99, 445). Hierbij dient te worden opgemerkt dat de lopende onderhoudsverplichtingen in de eerste plaats en voorafgaand aan alle andere vorderingen, krachtens artikel 1412 Ger.W. moeten worden voldaan, zodat het ganse actief het onderpand vormt. Aldus wordt het “super voorrecht” van artikel 1412 Ger.W. zelfs nog uitgebreid.

Indien de opbrengst onvoldoende zou zijn om alle schuldeisers te voldoen zal een regeling uitgewerkt worden, rekening houdend met het beginsel van gelijkheid onder de schuldeisers.

**341** Kwijtschelding van schulden is uitsluitend mogelijk voor zover de verzoeker-schuldenaar de voorwaarden, verbonden aan de gerechtelijke aanzuiveringsregeling nagekomen is.

De alimentatieverplichtingen genieten nog steeds een voorkeursbehandeling en zijn evenwel niet voor kwijtschelding vatbaar, voor zover deze nog niet vervallen zijn op datum van uitspraak houdende vaststelling van gerechtelijke aanzuiveringsregeling.

Daarentegen kan wel kwijtschelding worden verleend voor de achterstallen die op voormelde datum bestonden. Kwijtschelding van de achterstallige alimentatie wordt gerechtvaardigd omwille van het feit dat deze schulden geregeld hoog kunnen oplopen en dit de uitwerking van de aanzuiveringsregeling dan onmogelijk maakt (M. GOVAERTS, “Hoofdstuk 6, Voorlopige maatregelen. Afd. 5, § 6. De collectieve schuldenregeling” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., nrs. 1712 e.v.).

**342** Samengevat: de lopende onderhoudsbijdragen krijgen een voorkeursbehandeling, de achterstallen niet en kunnen bovendien worden kwijtgescholden.

#### c. De buitengewone uitgaven

**343** Het komt meer en meer voor dat de onderhoudsbijdrage voor kinderen wordt gesplitst in twee delen, t.w. de gewone maandelijks bijdrage voor de lopende uitgaven en de verdeling tussen de ouders van “buitengewone” uitgaven (zie voor een gedetailleerde studie N. MASSAGER, “A propos des fameux ‘frais extraordinaires’”, *Div.Act.* 2006, 145).

Deze laatste kosten zijn niet repetitief en ook niet vooraf te bepalen. Het is van belang dat nauwkeurig wordt bepaald wat in de eerste groep kosten dan wel in de tweede groep terechtkomt en verder door wie en hoe de beslissing tot de buitengewone uitgaven wordt genomen en welke rechtvaardigingsstukken vereist zijn, zoniet komt men terecht in oeverloze discussies, pesterijen en

procedures voor relatief kleine bedragen (Vred. Fontaine-l'Évêque 3 juni 2005, *T.Vred.* 2005, 394).

Alleszins kan bij urgentie of dringende noodzaak geen voorafgaand akkoord geëist worden van de andere ouder. Dit akkoord kan ook impliciet zijn (zie hierover meer uitgebreid N. MASSAGER, "A propos des fameux 'frais extraordinaires'", *Div.Act.* 2006, 153).

Wordt de brutokost van een kind berekend met toepassing van de formule RENARD dan zijn daar zowel de gewone kosten als de buitengewone kosten inbegrepen (Brussel 21 december 2006, *RTDF* 2008, 228).

Bij gebrek aan precisering hetzij in de gerechtelijke beslissing, hetzij in de familierechtelijke overeenkomst in het kader van een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming, worden meestal als "buitengewoon" aanvaard:

- uitgaven met een exceptioneel, onverwacht, onvoorzien, noodzakelijk en eenmalig karakter met als gevolg dat het onmogelijk is de gemiddelde kost ervan in te bouwen in de maandelijkse onderhoudsbijdrage of op te nemen in een forfaitair bedrag (Luik 29 maart 2004, *RTDF* 2005, 169; Luik (1ste kamer) 22 februari 2005, *RTDF* 2007, 105; Brussel 7 november 2005, *RTDF* 2006, 567; Luik 29 november 2005, *RTDF* 2007, 406; Rb. Luik 21 december 2006, *JLMB* 2007, 1607).

Deze criteria dienen zeker niet cumulatief aanwezig te zijn. Wij kunnen het ook niet eens zijn met het standpunt van F. BUYSSENS die stelt dat het "onvoorzienbare" of "noodzakelijk" karakter van bepaalde kosten niet als criterium kan weerhouden worden om reden dat eigenlijk niets onvoorzienbaar of noodzakelijk is. Wellicht is zulks verdedigbaar vanuit een louter filosofisch of juridisch uitgangspunt doch niet indien de dagdagelijkse rechtspraktijk het uitgangspunt is (F. BUYSSENS, "De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 92, nr. 136).

- belangrijke medische en paramedische uitgaven, in de mate dat zij niet gedekt zijn door de mutualiteit of verzekering, zoals hospitalisatiekosten, chirurgische ingrepen, bijzondere medische behandelingen (orthodontie, logopedie, kinesithérapie, ophthalmologie, psychologie, psychiatrie, orthopedie enz.) evenals de aanschaf van brillen en contactlenzen, hoorapparaten, orthopedische zolen en schoenen; regelmatige bezoeken aan huisarts en tandarts komen niet in aanmerking (Brussel 17 juni 1999, *RTDF* 2000, 472; Brussel 28 februari 2002, *RTDF* 2003, 107; Brussel 13 oktober 2005, *Div.Act.* 2007, 170, noot N. GALLUS; Brussel 7 november 2005, *RTDF* 2006, 567; Vred. Grâce-Hollogne 18 november 2003, *RTDF* 2006, 613; Vred. Grâce-Hollogne 14 november 2006, *JLMB* 2007, 768).
- het inschrijvingsgeld, internaatkosten, huur van een kot, kosten van hogere studies, bijzondere opleidingen, leerboeken, studiemateriaal en schoolkledij, kosten van homologatie van het diploma. Kosten van middagmaaltijden, zwemlessen, hebben daarentegen geen bijzonder karakter, trein- of

- schoolabonnementen dan weer wel (Brussel 28 februari 2002, *RTDF* 2003, 107; Vred. Grâce-Hollogne 18 november 2003, *RTDF* 2006, 613; Vred. Doornik (2) 14 februari 2006, *RTDF* 2006, 671);
- buitengewone schoolactiviteiten zoals ski-, zee-, bosklassen, schoolreizen, stages (Brussel 28 februari 2002, *RTDF* 2003, 107);
  - sport-, culturele en pedagogische activiteiten, taalkampen, tennisstages, evenals de uitrusting en kledij, aanschaf van een computer en printer enz. (A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 194, nr. 250; Vred. Doornik (2) 14 februari 2006, *RTDF* 2006, 671).

**344** Een precieze omschrijving van de buitengewone uitgaven heeft zijn belang bij gedwongen uitvoering, vooral in het geval van een echtscheiding door onderlinge toestemming. Een te algemene omschrijving zal leiden tot de noodzaak om bij de bodemrechter een procedure in te stellen teneinde de precieze draagwijdte van de rechten en plichten van partijen vast te stellen.

**345** Het principe *non bis in idem* wordt niet toepasselijk geacht op de situatie waarbij voor de vrederechter om bepaling wordt verzocht van het juiste bedrag van de tussenkomst in de buitengewone kosten terwijl reeds in een eerdere beschikking van de kort gedingrechter over de tenlastelegging en het aandeel (maar niet het bedrag) in die kosten werd beslist. De onderhoudsschuldeiser moet immers kunnen beschikken over een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering (Vred. Doornik (2de kanton) 22 januari 2002, *RTDF* 2003, 375).

In het geval van een echtscheiding door onderlinge toestemming kan de “bodemrechter” de vrederechter zijn maar ook de jeugdrechtbank in geval van samenhang met vorderingen aangaande het ouderlijk gezag.

**346** Er bestaat geen reden waarom de buitengewone uitgaven slechts bij helften zouden moeten worden verdeeld. Een verdeelsleutel in functie van de respectieve draagkracht van elk der ouders is meer in overeenstemming met artikel 203, § 1 BW (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 68).

Bepaalde rechtspraak tracht, om veelvuldige betwistingen te vermijden, hetzij in een hoger maandbedrag te voorzien, waarin de buitengewone uitgaven dan forfaitair opgenomen zijn, hetzij in een apart forfait per maand voor deze kosten. Deze oplossingen hebben het nadeel dat zij geen rekening houden met het “onvoorzienbare” karakter van bepaalde kosten en met de realiteit dat deze meestal hoger liggen dan het toegekende forfait (Brussel 20 april 1995, *RTDF* 1996, 178, noot J.-P. MASSON; Brussel 14 maart 1996, *RTDF* 1996, 385; Brussel 14 januari 2000, *RTDF* 2001, 475; Rb. Luik 9 december 2004, *Div.Act.*

2006, 157; Vred. Westerlo 8 februari 2002, *RW* 2002-03, 230 en *T.Not.* 2003, noot F. BUYSENS). Bovendien is deze oplossing fiscaal voordelig voor de bijdrageplichtige gelet op de aftrekbaarheid tot beloop van 80 % van wat hij betaalde.

## B. MODALITEITEN

### 1. *Bijdrage in natura of bij equivalent*

**347** De onderhoudsverplichting wordt in principe *in natura* uitgevoerd, zulks meestal via de huisvesting van het kind en door de rechtstreekse betaling van de dagdagelijkse kosten van het kind.

De verplichting kan ook, bij gebreke aan uitvoering *in natura*, de vorm aannemen van een alimentatiegeld. Dit wordt meestal uitgedrukt in een maandbedrag wat impliceert dat het ook moet worden betaald gedurende de periodes dat het kind bij de alimentatieplichtige verblijft (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 68).

**348** Inhoudelijk kunnen in de onderhoudsverplichting twee bestanddelen onderscheiden worden, t.w. (P. SENAËVE, “BW art. 203” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl. art. 203-8, nr. 13):

a. het m a t e r i ë l e aspect: onderhouden van het kind (voeding, kledij, huisvesting), verzorging, medische zorgen (doen) verstrekken, studies en ontspanning bekostigen enz., kortom instaan voor al de materiële noden van het kind;

b. het i m m a t e r i ë l e aspect: verschaffen van opvoeding en opleiding aan het kind, toezicht over hem uitoefenen, het begeleiden zodat het kan opgroeien tot een volwassen individu, kortom de plicht tot socialisering van het kind.

Ingeval deze ouderlijke verplichting in rechte moet worden afgedwongen doordat (één van) de ouders ze niet vrijwillig nakomt, wordt zij noodgedwongen herleid tot een verplichting tot het betalen van een onderhoudsgeld ten behoeve van het kind.

Het immateriële aspect van de ouderlijke plicht gaat dan verloren, daar dit onvereenigbaar is met de idee van gedwongen tenuitvoerlegging: op het vlak van de sanctionering verschaalt de plicht tot zijn materieel aspect. Een ouder die er zich toe beperkt een financiële bijdrage te leveren voor de kosten van zijn kind, kan niet geacht worden zijn wettelijke plicht te vervullen, maar hij kan onmogelijk tot iets anders gedwongen worden.



Overeenkomstig artikel 211 BW kan de vader of de moeder aanbieden het kind waaraan levensonderhoud verschuldigd is – ongeacht of de vordering van het kind gegrond is op artikel 203 of artikel 205 BW – bij zich in huis te nemen en het aldaar kost en onderhoud te verschaffen (zie voor een toepassing Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539).

Dit vormt een rechtsgrond die kan leiden tot de afwijzing van de vordering die het OCMW instelt op basis van artikel 13 Bestaansminimumwet tot terugbetaling van het bestaansminimum dat aan een student werd verstrekt (ingevolge art. 54 van de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002) werd de Bestaansminimumwet opgeheven; Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539).

Terloops kan verwezen worden naar de invoering van artikel 68<sup>quinquies</sup> Organieke OCMW-wet van 8 juli 1976 door de Programmawet van 9 juli 2004: het OCMW wordt ermee belast om specifieke hulp te bieden t.a.v. personen die onderhoudsgelden ten gunste van kinderen moeten betalen. De uitvoering ervan gebeurde bij KB van 5 december 2003 (*BS* 13 december 2004) met inwerkingtreding per 1 januari 2005 en dat de procedure bepaalt die gevolgd moet worden.

Met inachtneming van de omstandigheden van de zaak beslist de rechter het aanbod al dan niet te aanvaarden.

Zo was de rechtbank van eerste aanleg te Gent van oordeel dat de onderlinge verhouding tussen ouders en kind al te zeer verstoord was, zodat hun aanbod niet realistisch werd geacht en het aan het kind uitgekeerde bestaansminimum (thans leefloon) integraal aan het OCMW moest worden terugbetaald (Rb. Gent 8 mei 2003, *NJW* 2003, 1409; vgl. met Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539; zie ook Vred. Zomergem 21 december 2007, *RW* 2008-09, 551).

In een andere casus waren de ouders mede-eigenaars van een onroerend goed. Zij boden aan dit ten titel van onderhoudsbijdrage *in natura* ter beschikking te stellen van hun dochter. De vrede-rechter achtte het aanbod op de onderhoudsvordering (art. 203 BW) van de dochter gegrond op basis van artikel 577-2 BW althans in de rechtsverhouding tussen de ouders onderling (Vred. Grâce-Hollogne 10 februari 2004, *RTDF* 2006, 620).

**349** Artikel 211 BW biedt enkel aan de vader en de moeder van het onderhoudsgerechtigde kind de mogelijkheid om een uitvoering *in natura* voor te stellen, zonder het bewijs te moeten leveren dat zij hun verplichting niet in geld kunnen nakomen.

Voormeld artikel vormt een uitzondering op de algemene regel van betaling van onderhoudsgeld en dient bijgevolg beperkend geïnterpreteerd te worden. Grootouders kunnen zich bijgevolg niet op artikel 211 BW beroepen om de betaling van een onderhoudsuitkering aan hun kleinkind te weigeren.

Het spreekt voor zich dat descendenten de uitzondering, bepaald in artikel 211 BW niet kunnen inroepen tegen ascendenten aan wie zij onderhoud verschuldigd zijn.

In een geval van feitelijk gescheiden ouders heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 14 mei 1987 gesteld dat de ouder die zich niet tot de jeugdrechtbank heeft gewend om het ouderlijk gezag uit te oefenen, zich niet kan beroepen op het aanbod om het kind bij zich te nemen ten einde te

ontsnappen aan de bijdrage in de kosten van onderhoud, opvoeding en passende opleiding (Cass. 14 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1225 en *Pas.* 1987, I, 1111).

In de filosofie van dit cassatiearrest dat nog dateert van vóór de invoering van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag (wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995) kan men stellen dat niet-samenlevende ouders thans allebei artikel 211 BW kunnen inroepen zolang geen van hen zich tot de rechtbank gewend heeft om de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag te bekomen.

## 2. Indexatie

**350** Het is van belang dat de onderhoudsbijdragen gekoppeld worden aan de schommelingen van het indexcijfer, hetzij dit van de consumptieprijzen (wat voordeliger is voor de onderhoudsgerechtigde) hetzij de gezondheidsindex (die dan weer voordeliger is voor de onderhoudsplichtige).

De formule van indexatie moet duidelijk worden opgenomen: verwijzing naar een basisindex, periodiciteit van aanpassing (éénmaal per jaar bijvoorbeeld), referentie-indexcijfer voor de berekening van het nieuwe bedrag (verwijzing naar het indexcijfer van de maand die de aanpassing voorafgaat bijvoorbeeld).

Het bedrag van de bijdrage kan ook aan een ander variabel gegeven worden gekoppeld, bijvoorbeeld aan de stijging van het loon van de onderhoudsplichtige ouder.

**351** Op een prejudiciële vraag van de vrederechter van Hoei II-Hannuit antwoordde het Arbitragehof dat zijn vraag geen antwoord behoeft waar de onderhoudsbijdrage ex artikel 203*bis* BW en de uitkering na echtscheiding ex artikel 301, § 1 BW behoren tot twee categorieën van alimentatie die niet met elkaar vergelijkbaar zijn.

De vrederechter vroeg of er geen schending was van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vermits er voor de uitkering na echtscheiding wel in een koppeling voorzien is van rechtswege aan de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen terwijl dit niet het geval is voor de onderhoudsbijdragen voor kinderen (Arbitragehof 7 juli 2004, nr. 122/2004 (prejudiciële vraag), *AA* 2004, afl. 3, 1387 en *BS* 5 oktober 2004 (uittreksel), 70266).

## 3. Kapitalisatie

**352** Betaling van een forfaitair en globaal vastgesteld kapitaal is volgens H. CASMAN toegelaten (H. CASMAN, *Notariëel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 419, nr. 1049).

Alleszins mag zulke gekapitaliseerde alimentatie geen definitief karakter hebben (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 65, nr. 83). Evenmin mag het overkomen als een vordering tot het verschaffen van een “stand” vermits

dit strijdig zou zijn met het verbod bepaald in artikel 204 BW (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 68).

Zie ook *verder* i.v.m. de gekapitaliseerde uitkering na echtscheiding tussen echtgenoten, nrs. 836-840.

#### 4. Ontvangstmachtiging

**353** Voor het onderscheid tussen de ontvangstmachtiging opgevat als een autonome sanctie, d.w.z. als rechtstreekse inningsbevoegdheid, en de ontvangstmachtiging als uitvoeringsmodaliteit, wordt verwezen naar wat hierover wordt uiteengezet onder nrs. 562-572.

**354** Er is vooral m.b.t. de onderhoudsbijdragen voor kinderen nog een ander onderscheid te maken dat niet zonder belang is voor de aanvang van de beroeps- en verzettermijn en aldus tot onaangename verrassingen kan leiden.

Artikel 203*ter*, eerste lid BW voorziet in de mogelijkheid toepassing te vragen van een ontvangstmachtiging. Het verwijst wat de rechtspleging en de bevoegdheden van de rechter betreft, naar de artikelen 1253*ter* tot 1253*quinquies* Ger.W.:

“Indien de schuldenaar een van de verplichtingen opgelegd bij de artikelen 203, 203*bis*, 205, 207, 303 of 336 van dit Wetboek of de krachtens artikel 1288, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek aangegane verbintenis niet nakomt, kan de schuldeiser, onverminderd het recht van derden, zich doen machtigen om, met uitsluiting van voornoemde schuldenaar, onder de voorwaarden en binnen de grenzen door het vonnis gesteld, de inkomsten van deze laatste of iedere andere hem door een derde verschuldigde geldsom te ontvangen. De rechtspleging en de bevoegdheden van de rechter worden geregeld volgens de artikelen 1253*ter* tot 1253*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek.

Het vonnis kan worden tegengeworpen aan alle tegenwoordige of toekomstige derden-schuldenaars, na kennisgeving door de griffier op verzoek van de eiser. Wanneer het vonnis ophoudt gevolg te hebben, geeft de griffier daarvan bericht aan de derden-schuldenaars. De griffier vermeldt in zijn kennisgeving wat de derde-schuldenaar moet betalen of ophouden te betalen”.

Dit artikel werd ingevoegd door artikel 34 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*BS* 27 mei 1987). Het werd tot op heden niet gewijzigd.

Welnu, uit artikel 1253*quater*, b. en d. Ger.W. blijkt dat hoger beroep moet worden ingesteld binnen een maand na de kennisgeving door de griffier. De termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden zijn voorgeschreven op straffe van verval (art. 860, tweede lid en 865 Ger.W.), door de rechter in hoger

beroep ambtshalve uit te spreken (art. 862, § 1, 1° en § 2, gecombineerd met art. 1051 Ger.W.).

Wanneer een partij ondanks de kennisgeving de uitspraak toch nog laat betekenen door een gerechtsdeurwaarder en het hoger beroep instelt meer dan een maand na de kennisgeving maar binnen de maand na de betekening, dan dient het verval van het hoger beroep ambtshalve door de rechter in hoger beroep uitgesproken te worden; de latere betekening door een gerechtsdeurwaarder van het vonnis van de vrederechter is ter zake niet meer relevant (Cass. 12 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1204, *Pas.* 1996, I, 1275, *RW* 1996-97, 1379, *JT* 1997, 318 en *JLMB* 1997, 705; zie ook Vred. Fexhe-Slins 26 september 1996, *T.Vred.* 1996, 389).

De voormelde vaststellingen zijn voor de rechtspraktijk gevaarlijk waar de toepassing van de ontvangstmachtiging meestal niet als een autonome vordering wordt gesteld maar wel als een incidentele vordering hetzij bij tegeneis hetzij bij uitbreiding van de oorspronkelijke eis en dit in procedures die helemaal niet gevoerd worden conform de artikelen 1253*bis* e.v. Ger.W. maar wel volgens het gemeen recht (art. 1320 e.v. Ger.W.) voor de vrederechter of als samenhangende vordering m.b.t. een geschil over de uitoefening van het ouderlijke gezag voor de jeugdrechtbank (art. 563, eerste lid Ger.W.). In die hypothesen lijkt ons het hiervoor geciteerde cassatiearrest niet van toepassing te zijn waar het niet die algemene draagwijdte heeft die men er op het eerste gezicht zou kunnen aan geven (S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 417 e.v.). O.i. zijn de artikelen 1253*bis* Ger.W. e.v. maar toepasselijk indien de alimentatievordering zelf volgens die bijzondere procedure ingeleid en gevoerd wordt.

**355** De hierboven beschreven problematiek wordt geïllustreerd met de volgende casus (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2029, nr. 579; zie ook voor een ander toepassingsgeval Rb. Charleroi 4 september 2002, *Div.Act.* 2003, 60, noot M. SNOECK).

Een moeder vordert op grond van artikel 203*bis* BW de bijdrage van de vader in de kosten van levensonderhoud, opvoeding en opleiding van hun kind; op grond van artikel 203*ter* BW bekomt zij een sommandelegate.

Het vonnis wordt door de griffier van het vrederecht te Spa op 28 februari 1995 ter kennis gebracht van de verweerder; op 9 maart 1995 wordt het betekend.

Op 3 april 1995 dient de verweerder zijn beroepsverzoekschrift in. De rechtbank van eerste aanleg te Verviers, zetelend in hoger beroep, verklaart het hoger beroep ontvankelijk, omdat het werd ingesteld binnen de maand na de betekening.

Het Hof van Cassatie vernietigt dit vonnis in een arrest van 12 december 1996 (Cass. 12 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1204, *Pas.* 1996, I, 1275, *RW* 1996-97, 1379, *JT* 1997, 318 en *JLMB* 1997, 705; zie ook Vred. Fexhe-Slins 26 september 1996, *T.Vred.* 1996, 389); artikel 203*ter* BW verwijst wat de rechtspleging en de bevoegdheden van de rechter betreft, naar de artikelen 1253*bis* tot 1253*quinquies* Ger.W.

Zoals hierboven reeds gesteld blijkt uit artikel 1253<sup>quater</sup>, b. en d. Ger.W. dat hoger beroep moet worden ingesteld binnen een maand na de kennisgeving door de griffier en niet na de betekening door de gerechtsdeurwaarder.

*In casu* was het hoger beroep te laat ingesteld – meer dan een maand na de kennisgeving – en moest het verval van het hoger beroep ambtshalve door de rechter in hoger beroep worden uitgesproken; de latere betekening door een gerechtsdeurwaarder van het vonnis van de vrede-rechter is ter zake niet meer relevant.

**356** De koppeling van een ontvangstmachtiging aan een alimentatievordering is zeker mogelijk. Hierbij moet het onderscheid gemaakt worden tussen:

- enerzijds de ontvangstmachtiging als een aparte *h o o f d v o r d e r i n g* die gesteld wordt n a d a t er reeds een titel tot onderhoudsbijdrage bekomen werd. Blijkbaar is dit de situatie bepaald door de tekst van artikel 203<sup>ter</sup> BW; deze vordering wordt gesteld overeenkomstig de artikelen 1253<sup>ter</sup> Ger.W. tot 1253<sup>quinquies</sup> Ger.W.;
- anderzijds de ontvangstmachtiging als een *accessorium* van de alimentatievordering die er samen mee geformuleerd wordt. Hier zijn de artikelen 1253<sup>ter</sup> Ger.W. e.v. maar toepasselijk indien de alimentatievordering zelf volgens die bijzondere procedure ingeleid en gevoerd wordt (en dus niet volgens art. 1320 Ger.W. e.v.).

Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer zij kadert in dringende en voorlopige maatregelen (art. 223 BW) waarop de bijzondere procedure van de artikelen 1253<sup>ter</sup> Ger.W. e.v. vanzelf reeds toepasselijk is.

Dit is niet het geval wanneer de alimentatievordering wordt gesteld en de procedure wordt gevoerd volgens de artikelen 1320 Ger.W. e.v. en de ontvangstmachtiging later in de procedure wordt gevorderd hetzij bij uitbreiding van eis hetzij bij tegeneis. Hetzelfde geldt wanneer de alimentatievordering met haar *accessorium* wordt gesteld voor de jeugdrechtbank ingevolge samenhang met andere vorderingen zo bijvoorbeeld m.b.t. het ouderlijk gezag.

Het cassatiearrest van 12 december 1996 is desbetreffend verwarringstichtend (Cass. 12 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1204, *Pas.* 1996, I, 1275, *RW* 1996-97, 1379, *JT* 1997, 318 en *JLMB* 1997, 705).

Het arrest geeft de indruk een algemene draagwijdte te hebben wanneer een alimentatievordering voor kinderen gepaard gaat met een ontvangstmachtiging. Zulks is nochtans niet het geval.

Het zou naar een procespartij toe niet correct zijn de procedure te laten voeren volgens de gemeenrechtelijke procesregels (o.a. art. 1320 Ger.W. e.v.), doch wat de beroeps- en verzetstermijn betreft, terug te grijpen naar de bepalingen van een uitzonderingsprocedure (art. 1253<sup>ter</sup>-1253<sup>quinquies</sup> Ger.W.). Dit geldt nog meer waar die bijzondere procedureregels slechts betrekking hebben op een *accessoire* vordering t.w. de ontvangstmachtiging (art. 203<sup>ter</sup> BW) die dikwijls niet eens bepalend was voor de inleiding van het geding.

**357** De problematiek gaf aanleiding tot een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof vanwege de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi. Het hof werd daarbij ondervraagd over de grondwettelijkheid van artikel 203*ter* BW in de mate dat het verwijst naar artikel 1253*quater* Ger.W.

Het hof antwoordde ontkennend op de prejudiciële vraag en verantwoordde die beslissing door erop te wijzen dat het aan de wetgever staat te bepalen op welke wijze het meedelen van akten van rechtspleging wordt geregeld. De keuze voor de gerechtsbrief in deze aangelegenheid is verantwoord onder meer door de zorg om de kosten van de rechtspleging te drukken en de uitvoering van de beslissing te bespoedigen.

De sommandelegatie die in artikel 203*ter* van het Burgerlijk Wetboek wordt geregeld, onderscheidt zich op objectieve wijze van de maatregelen die op de artikelen 203 en 203*bis* van het Burgerlijk Wetboek steunen. De sommandelegatie betreft immers niet de erkenning van een op een familiale band berustende verplichting maar wel een manier om een dergelijke verplichting die de rechter oplegt aan een schuldenaar die in gebreke blijft, rechtstreeks te doen uitvoeren door derden schuldenaars. De situatie van de schuldeiser van de niet-nagekomen onderhoudsverplichting vereist dat aan de niet-betaling van de alimentatievergoeding zonder verwijl wordt verholpen.

Volgens het hof blijkt uit wat voorafgaat dat het in redelijkheid verantwoord is dat de wetgever, voor de betwistingen met betrekking tot artikel 203*ter* van het Burgerlijk Wetboek, heeft gekozen voor de kennisgevingprocedure om de ter zake genomen beschikkingen mee te delen (Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 118/2004 (prejudiciële vraag), AA 2004, afl. 3, 1363 en BS 5 oktober 2004 (uittreksel), 70261).

De artikelen 32, 2°, 46 en 1253*quater* Ger.W. maken dus geen schending uit van artikel 10 en 11 Gw. doordat zij een onderscheid maken m.b.t. de aanvang van de beroepstermijn tussen de geschillen bedoeld in artikel 1253*quater* Ger.W. (kennisgeving door een gerechtsbrief) en deze waarop de gemeenrechtelijke regel van toepassing is (betekening met een gerechtsdeurwaarders-exploit).

Voordien had het Arbitragehof al in dezelfde zin geoordeeld in het arrest van 9 oktober 2002 (Arbitragehof 9 oktober 2002, nr. 142/2002 (prejudiciële vraag), BS 3 februari 2003, 4562).

Bij vonnis van 3 mei 2007 werden door de rechtbank van eerste aanleg te Luik echter opnieuw de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1. "Schenden artikel 203*ter* van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 32, 2° en 1253*quater* van het Gerechtelijk Wetboek, gecombineerd met de artikelen 46, § 2 en 792 van het Gerechtelijk Wetboek, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij voor de aanvang van de termijn van beroep of verzet de kennisgeving bij gewone brief als regel aannemen, terwijl voor de andere betwistingen van vergelijkbare aard de kennisgeving bij gerechtsbrief de regel is?";
2. "Schenden artikel 203*ter* van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 32, 2° en 1253*quater* van het Gerechtelijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij voor de aanvang van de termijn van verzet of beroep de kennisgeving van de beslissing bij gewone brief als regel aannemen, terwijl de artikelen 203 en 203*bis* van het Burgerlijk Wetboek een betekening vereisen voor de aanvang van de termijn van verzet of beroep?";

In de boven reeds vermelde zaken die aanleiding hadden gegeven tot de arresten nrs. 142/2002 en 118/2004 en die eveneens betrekking hadden op de toepassing van de artikelen 203*ter* van het BW en 1253*quater* van het Ger.W. in geschillen die analoog waren aan datgene dat bij de verwijzende rechter aanhangig was, hadden de verwijzende rechters aan het Hof gevraagd het verschil in behandeling onder rechtzoekenden te toetsen naargelang rechterlijke beslissingen hun bij deurwaardersexploit worden betekend of hun daarvan bij gerechtsbrief wordt kennisgegeven. Om

reden dat de in die geschillen genomen beslissingen het voorwerp moesten uitmaken van een kennisgeving bij *g e r e c h t s b r i e f* met toepassing van de twee voormelde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek heeft het Hof die vragen in die interpretatie beantwoord, waarbij het geen schending vaststelde van de grondwetsbepalingen die het kon doen naleven.

In de onderhavige zaak echter was de verwijzende rechter van mening dat, in het aan hem voorgelegde geschil, de beslissing het voorwerp moest uitmaken van een kennisgeving bij *g e w o n e b r i e f* en niet bij *g e r e c h t s b r i e f*, zoals de verwijzende rechters in de eerder vermelde zaken oordeelden.

Het Grondwettelijk Hof oordeelde als volgt: “Het staat in de regel niet aan het Hof – dat overigens vaststelt dat één van de tussenkomen partijen opmerkt dat de praktijk in de vredege-rechten niet uniform is – de interpretatie of de toepassing te betwisten van de bepalingen die de verwijzende rechter aan zijn toetsing voorlegt. Te dezen kan de interpretatie van de verwijzende rechter overigens steunen op het feit dat, in tegenstelling tot andere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek of van het Gerechtelijk Wetboek, de in het geding zijnde bepalingen de verzending bij gerechtsbrief niet uitdrukkelijk vereisen en dat het Hof van Cassatie in het voormelde arrest van 23 september 1996 heeft beslist dat die wijze van kennisgeving niet was verplicht voor de vorderingen bedoeld in artikel 1253<sup>quater</sup> van het Gerechtelijk Wetboek. Het Hof beantwoordt de prejudiciële vragen in die interpretatie.

B.5. In de interpretatie van de verwijzende rechter wijkt artikel 203<sup>ter</sup>, doordat het de kennisgeving bij gewone brief in aanmerking neemt als wijze van mededeling, aldus af van de regels van het gerechtelijk privaatrecht volgens welke de vonnissen het voorwerp uitmaken van een kennisgeving bij gerechtsbrief (eerste prejudiciële vraag), dan wel worden betekend (tweede prejudiciële vraag), waarbij die laatste regel met name geldt voor de mededeling van de vonnissen die worden gewezen op vorderingen die zijn gegrond op de artikelen 203 en 203<sup>bis</sup> van het Burgerlijk Wetboek.

B.6. Het staat aan de wetgever te bepalen op welke wijze de mededeling van akten van rechtspleging wordt geregeld.

De keuze voor de gewone brief in deze aangelegenheid is onder meer verantwoord door de zorg om de kosten van de rechtspleging te drukken en de uitvoering van de beslissing te bespoedigen.

B.7. De sommandelegatie die in artikel 203<sup>ter</sup> van het Burgerlijk Wetboek wordt geregeld, onderscheidt zich op objectieve wijze van de verschillende maatregelen die het voorwerp uitmaken van een kennisgeving bij gerechtsbrief (eerste prejudiciële vraag) en van de maatregelen die steunen op de artikelen 203 en 203<sup>bis</sup> van het Burgerlijk Wetboek en het voorwerp uitmaken van een betekening bij deurwaardersexploot (tweede prejudiciële vraag).

De sommandelegatie betreft immers een manier om een op een familieband berustende verplichting die de rechter oplegt aan een schuldenaar die in gebreke blijft, rechtstreeks te doen uitvoeren door derden-schuldenaars.

De situatie van de schuldeiser van een niet-nagekomen onderhoudsverplichting vereist dat de niet-betaling van de alimentatievergoeding zonder verwijl wordt verholpen.

B.8. De in B.7 uitgedrukte zorg mag evenwel niet ertoe leiden dat de rechten van de schuldenaar op discriminerende wijze worden aangetast. Te dezen verantwoordt de wil om de kosten van de rechtspleging te beperken of het verloop ervan te versnellen, niet dat de schuldenaar, die wordt geconfronteerd met een beslissing waartegen hij beroep kan aantekenen, dat beroep zou kunnen worden ontnomen of dat de uitoefening daarvan zou worden beperkt wanneer de beslissing hem wordt meegedeeld bij gewone brief waarvan de afhandeling niet gepaard gaat met bijzondere waarborgen, en wanneer de beroepstermijn bovendien, zoals te dezen, is begonnen te lopen vanaf de verzending van de brief.

B.9. Weliswaar heeft de wet van 13 december 2005 een artikel 53<sup>bis</sup> in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd, dat bepaalt:

“Ten aanzien van de geadresseerde, en tenzij de wet anders bepaalt, worden de termijnen die beginnen te lopen vanaf een kennisgeving op een papieren drager berekend:

1° wanneer de kennisgeving is gebeurd bij gerechtsbrief of bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs, vanaf de eerste dag die volgt op deze waarop de brief aangeboden werd op de woonplaats van de geadresseerde of, in voorkomend geval, op zijn verblijfplaats of gekozen woonplaats;

2° wanneer de kennisgeving is gebeurd bij aangetekende brief of bij gewone brief, vanaf de derde werkdag die volgt op die waarop de brief aan de postdiensten overhandigd werd, tenzij de geadresseerde het tegendeel bewijst”.

Hoewel de dubbele waarborg vervat in het 2° van die bepaling de in B.8 aangegeven aantastingen van de rechten van de rechtzoekenden kan verhelpen, kan hij die daarentegen niet verhelpen in de geschillen waar, zoals te dezen, de in het geding zijnde termijn is verstreken, zodat die bepaling niet zou kunnen worden toegepast”.

Op basis van deze overwegingen oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de prejudiciële vragen bevestigend dienden te worden beantwoord en dat de artikelen 203<sup>ter</sup> van het BW en 32, 2° en 1253<sup>quater</sup> van het Ger.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden (Grondwettelijk Hof 8 mei 2008, nr. 76/2008, *BS* 2008, 19 juni 2008, *RTDF* 2008, 993, *JLMB* 2008, 1666 en *JT* 2009, 10, noot G. CLOSSET-MARCHAL).

### 5. Wijzigbaarheid

**358** Het bedrag van de onderhoudsbijdrage is steeds voor herziening en aanpassing vatbaar. De te betalen onderhoudsbijdrage is nooit definitief, of het nu ingevolge een vonnis of ingevolge een overeenkomst vastgelegd werd. De bestaande regeling blijft echter wel gelden tot een andere is tussengekomen.

De vonnissen in verband met onderhoudsbijdragen hebben gezag van gewijsde maar geen absolute kracht van gewijsde; ze hebben slechts kracht van gewijsde voor de bestaande toestand *rebus sic stantibus*.

De door de wet gecreëerde mogelijkheid om rechterlijke beslissingen inzake levensonderhoud of uitkering na echtscheiding te herzien op grond van nieuwe of gewijzigde omstandigheden, berust niet op de relativiteit van het gezag van gewijsde zoals dit in de artikelen 23 tot 27 Ger.W. is omschreven, maar op de regels van specifieke wetsbepalingen, zoals de artikelen 209 en het oude artikel 301, § 3 BW (art. 301, § 7 nieuw) en 584 en 1280 Ger.W. (Cass. 8 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 228, *Pas.* 1992, I, 194 en *RW* 1991-92, 1388; Antwerpen 13 februari 2008, *NJW* 2008, 838, noot G. VERSCHULDEN).

**359** Dat een onderhoudsbijdrage met terugwerkende kracht kan gewijzigd worden, verhoogd, verlaagd of afgeschaft, zodra de draagkracht van de onderhoudsplichtige of de onderhoudsgerechtigde door omstandigheden gewijzigd is, belet niet dat een beslissing, die een veroordeling tot betaling van onderhoudsgeld inhoudt, uitvoerbaar blijft tot een nieuwe, gewijzigde titel werd bekomen of tot wanneer er aan de onderhoudsverplichting van rechtswege een einde is gekomen (Vred. La Roche-en-Ardenne 17 januari 1995, *Act.dr.* 1996, 96, noot; Beslagr. Luik 1 december 1997, *JLMB* 1998, 341).



De beslagrechter is bevoegd om vast te stellen dat de onderhoudsplichtige vader niet langer geldelijk moet bijdragen in het onderhoud en de opvoeding van zijn kind vanaf het ogenblik dat het kind bij vonnis aan hem werd toevertrouwd en in feite bij hem verblijft (Vred. La Roche-en-Ardenne 17 januari 1995, *Act.dr.* 1996, 96, noot; vgl. Luik 15 april 1997, *JLMB* 1998, 1203).

**360** De regel van de wijzigbaarheid is gesteund op artikel 209 BW dat als volgt luidt: “Wanneer hij die het levensonderhoud verstrekt of hij die het geniet, tot zodanige staat komt dat de ene het niet meer kan verschaffen of de andere het niet meer nodig heeft, hetzij voor het geheel, hetzij voor een gedeelte, kan ontheffing of vermindering ervan gevorderd worden”.

Van een mogelijkheid tot v e r h o g i n g is in de tekst van artikel 209 BW geen sprake, noch als de behoeften van de onderhoudsgerechtigde vergroot zijn, noch als het vermogen van de schuldenaar toegenomen is.

Artikel 209 BW wordt echter naar de geest, niet naar de letter uitgelegd en vrij algemeen wordt aangenomen dat het levensonderhoud zowel verhoogd kan worden, bij toename van de behoeften van de schuldeiser of van het vermogen van de schuldenaar, als verlaagd, bij vermindering van de behoeften van de schuldeiser of van het vermogen van de schuldenaar.

De verhouding tussen de behoeften van de schuldeiser enerzijds en het vermogen van de schuldenaar anderzijds moet niet alleen op het ogenblik van het toestaan van de bijdrage, maar ook later blijven bestaan. Zelfs al zou alleen de schuldenaar van levensonderhoud zich op artikel 209 BW kunnen beroepen, dan zou de schuldeiser steeds een verhoging van de onderhoudsbijdrage kunnen bekomen door een nieuwe vordering in te stellen op grond van artikel 208 BW (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 33, nr. 36).

**361** Het alimentatiegeld, verschuldigd ter uitvoering van een wettelijke onderhoudsverplichting, kan dus verhoogd, verminderd of afgeschaft worden. Elke partij heeft het recht het vonnis of de overeenkomst te laten herzien, zodra de omstandigheden gewijzigd zijn, wat de eiser in herziening moet bewijzen (Cass. 12 april 2002, *RTDF* 2003, 89 en *Pas.* 2002, I, 875).

Nieuwe elementen daterend van na het eerste vonnis of de eerste overeenkomst, moeten de wijziging rechtvaardigen.

M.b.t. wijzigingsverzoeken gesteund op het ouder worden van het kind wordt verwezen naar wat hierover meer uitgebreid werd uiteengezet in het kader van de echtscheiding door onderlinge toestemming onder nrs. 432-433.

In het geval van een vordering tot vermindering van de onderhoudsbijdrage door de vader, oordeelde de jeugdrechtbank van Namen dat daartoe geen reden bestond indien na verloop van tien jaar de inkomsten van de onderhoudsplichtige ongewijzigd zijn gebleven en bovendien

het verblijf van het kind bij hem al sedert acht jaar niet meer werd toegepast, waardoor zijn bijdrage *in natura* was weggefallen (Jeugdrb. Namen, 30 maart 2006, *JLMB* 2007, 1601).

Een probleem vormen feiten daterend van vóór het eerste vonnis, die op dat ogenblik door de belanghebbende partij niet konden worden opgeworpen.

Het criterium is hier het begrip “nieuwe of gewijzigde omstandigheden”. Wordt als dusdanig beschouwd, een gegeven waarvan de vorige rechter op het ogenblik van zijn uitspraak geen kennis kon hebben, omdat het door de belanghebbende partij niet gekend was of kon zijn (zie cassatiearrest van 8 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 228, *Pas.* 1992, I, 194 en *RW* 1991-92, 1388; Antwerpen 13 februari 2008, *NJW* 2008, 838, noot G. VERSCHELDEN; J. GERLO “Gezag van gewijsde, nieuwe feiten en wijziging van onderhoudsuitkering” (noot onder *Cass.* 8 november 1991), *RW* 1991-92, 1390-1391).

Het feit van nog een onderhoudsbijdrage te vorderen terwijl het kind al niet meer ten laste is en dit te verzwijgen, maakt een fout uit op basis waarvan de onderhoudsplichtige kan terugvorderen wat hij betaalde. De grondslag is artikel 1382 BW en niet de onverschuldigde betaling waartegen het gezag van het gerechtelijk gewijsde van het alimentatievonnis zich zou verzetten (Rb. Luik 21 september 2000, *JLMB* 2001, 971).

**362** Nopens de retroactiviteit (S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 421 e.v.) van de wijziging stelt het Hof van Cassatie dat noch artikel 209 BW, noch enig rechtsbeginsel, noch de rechtsspreuk “onderhoudsgeld laat geen achterstallen” (“*aliments n’arréragent pas*”), eraan in de weg staan dat opheffing of vermindering van een rechterlijk vastgestelde uitkering tot onderhoud wordt toegestaan over een tijdvak verlopen vóór de dag van de vordering tot opheffing of vermindering (*Cass.* 2 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 4 en *Pas.* 1989, I, 4; Gent 9 december 2004, *RABG* 2005, 1740, noot M. GOVAERTS).

Anderzijds mag niet uit het oog verloren worden dat de rechter niet verplicht is een wijziging in de alimentatieverplichting retroactief te doen ingaan vanaf de dag dat de inkomsten van een van de partijen gewijzigd zijn. Andere gegevens kunnen verantwoord worden dat de wijziging slechts op een later tijdstip ingaat (*Cass.* 20 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2160 en *Pas.* 2003, 1860).

Om te vermijden dat bij retroactiviteit het bedrag aan achterstallen te hoog zou oplopen, wordt door sommige rechters een beroep gedaan op de figuur van de rechtsverwerking.

In een arrest van 7 oktober 2003 hanteert het hof van beroep te Brussel die figuur niet, maar geeft een originele invulling aan de retroactiviteit, geput uit het alimentatierecht.

Wanneer de moeder jarenlang gewacht heeft om de vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage voor haar minderjarig kind in te stellen, kan volgens het hof worden aangenomen dat zij enerzijds al die jaren meer dan proportioneel is tussengekomen in de kosten van onderhoud en opvoeding van dat kind, maar anderzijds ook dat het kind al die jaren eigenlijk niet gekregen

heeft waar het in functie van de gecombineerde inkomsten en mogelijkheden van zijn beide ouders recht op had.

Omdat dit laatste aspect echter onmogelijk nog retroactief kan worden rechtgezet, zou het veroordelen van de vader tot een onderhoudsbijdrage volgens de gewone maatstaven in de bijzondere omstandigheden van de zaak (de inkomsten van de vader werden geraamd op een viervoud van deze van de moeder) neerkomen op de persoonlijke verrijking van de moeder wat niet de bedoeling kan zijn van een procedure ex artikel 203-203bis BW (Brussel 7 oktober 2003, *NJW* 2003, 1302, noot R. DE CORTE; zie in dezelfde zin Luik 19 juni 2001, *RTDF* 2003, 816).

## 6. Alimentatie – Overeenkomsten

**363** De verplichting van de ouders overeenkomstig artikel 203, § 1 BW is van openbare orde (Cass. 10 oktober 1974, *Pas.* 1975 I, 174, *RW* 1974-75, 1183 en *Arr.Cass.* 1975, 191). Dit belet de ouders nochtans niet daaromtrent overeenkomsten te sluiten.

Het *obligatio*-aspect is van openbare orde en overeenkomsten tussen de ouders kunnen het niet compromitteren. Het *contributio*-aspect is dat niet. Geen enkele wetsbepaling staat eraan in de weg dat zij over hun respectieve bijdragen in de kosten van levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van hun kinderen een overeenkomst sluiten, voor zover die de rechtmatige belangen van de kinderen niet miskent en voor de ouders of voor één van hen geen ontheffing inhoudt van hun verplichting om de kinderen levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding te bezorgen (Cass. 16 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 77, *RW* 1997-98, 117, noot J. GERLO, *T.Not.* 1997, 545, noot en *JT* 1997, 435; Bergen 14 oktober 1997, *RTDF* 1999, 485). Aldus belet niets dat de onderhoudsbijdrage die de voorzitter, recht sprekend in kort geding, tijdens de echtscheidingsprocedure heeft vastgelegd naderhand door de ouders bij overeenkomst wordt gewijzigd (Cass. 16 januari 1997, *gecit.*; zie ook Cass. 8 mei 1992, *RTDF* 1993, 478; Luik 10 oktober 1995, *Div.Act.* 1997, 73).

**364** Het hof van beroep te Gent (jeugdkamer) past de bovenvermelde beginselen toe in de volgende casus (Gent 1 maart 2004, *RABG* 2004, 1233, noot P. THIRIAR; zie ook voor andere toepassingen: Vred. Sint Jans-Molenbeek 7 maart 2000, *T.Vred.* 2001, 271 en Vred. Wervik 3 april 2000, *T.Vred.* 2001, 297).

De feiten die ten grondslag liggen van het arrest zijn de volgende. Partijen bij het geding zijn de ongehuwde ouders van een tweejarige peuter. Zowel vader als moeder zijn tewerkgesteld in een beschutte werkplaats en genieten slechts een beperkt inkomen. Zij wonen elk in bij hun eigen ouders. In het arrest wordt vastgesteld dat vader een inkomen heeft van € 895,00 per maand uit zijn arbeid en daarnaast beschikt over een maandelijkske invaliditeitsvergoeding van € 500,00. Het arrest bevat geen gegevens met betrekking tot de inkomsten van moeder. Ongeveer een maand vóór de geboorte van het kind heeft de vader zich eenzijdig verbonden om vanaf de geboorte een maandelijkske onderhoudsbijdrage te betalen van € 371,00 geïndexeerd. De onderhoudsbijdrage van de vader bedraagt aldus meer dan een vierde van zijn maandelijks inkomen.

Terwijl de jeugdrechter in eerste aanleg deze eenzijdige verbintenis onverkort liet, oordeelt de jeugdkamer van het hof van beroep te Gent dat ze moet vernietigd worden. Zij steunt zich daarbij op de volgende redenering. Zelf al is er op de uiterlijke vorm van de verbintenis van de vader niets

aan te merken, dan nog moet het stuk marginaal getoetst worden, meer bepaald aan artikel 6 BW: er mag geen afbreuk worden gedaan aan de wetten die de openbare orde betreffen.

De ganse regeling van de uitoefening van het ouderlijke gezag en het recht op persoonlijk contact is van openbare orde. Zij betreft immers de grondslagen van de familiale ordening van de maatschappij. De verbintenis die vader op zich nam is zodanig overdreven dat zij zijn leven financieel totaal zal ontwrichten. Hij zal inderdaad door die financiële verplichting geen normaal familiaal leven meer kunnen uitbouwen t.o.v. zijn kind. Daarmee zal hij niet anders kunnen dan tekortkomen aan zijn niet-financiële en zelfs zijn financiële plichten als ouder. De verbintenis die zoiets nastreeft moet worden vernietigd. Daarnaast mag niet uit het oog verloren worden dat die verbintenis moet worden getoetst aan het belang van het kind (art. 3 Kinderrechtenverdrag). De hierboven beschreven ontwrichting die appelllant te wachten staat, is heel zeker niet in het belang van het kind.

**365** In het licht van het voorgaande is niet elke verzaaking die tussen ouders overeengekomen wordt zonder meer in strijd met de openbare orde. Dit is enkel het geval wanneer verzaakt wordt aan elk recht op een bijdrage van de andere ouder. Dit soort overeenkomsten miskent immers het principe van de relativiteit van overeenkomsten (art. 1165 BW), houdt een definitieve afstand in van een wettelijk recht op onderhoud en schendt aldus de openbare orde.

Anders is het wanneer duidelijk aangegeven wordt dat de verzaking de uitoefening van het recht betreft en een voorlopig karakter draagt (nl. tijdelijk en ondergeschikt is aan het feit dat het kind voldaan kan worden in zijn behoeften) en objectief gemotiveerd kan worden bijvoorbeeld als gevolg van een wijziging inzake de verblijfsregeling van het kind. Deze verzakingen dienen op dezelfde wijze behandeld te worden als bijvoorbeeld het niet-opvragen van indexaanpassingen of het accepteren van lagere betalingen: zij gelden slechts ten voorlopige titel (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, 96, nr. 140). Het *obligatio*-aspect is van openbare orde en overeenkomsten tussen de ouders kunnen het niet compromitteren. Het *contributio*-aspect is dat niet.

In de mate dat de belangen van de kinderen werden gerespecteerd en dat de kosten van hun onderhoud tussen de ouders werden verdeeld in functie van hun middelen, kan de rechter niet anders dan de overeenkomst honoreren (A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 33, nr. 27).

**366** Een toepassing van voormelde principes wordt teruggevonden in artikel 1733, tweede lid Ger.W. inzake de vrijwillige bemiddeling en artikel 1736, vierde lid inzake de gerechtelijke bemiddeling (wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *BS* 22 maart 2005).

Deze artikelen bepalen dat de rechter akte neemt van de bereikte overeenkomst, conform artikel 1043 Ger.W. (akkoordvonnis) na, te hebben nagegaan of er geen strijdigheid is met de openbare orde en indien het gaat om een bemiddeling in familiale zaken of de belangen van de kinderen in acht werden genomen. In voorkomend geval kan de rechter de homologatie weigeren.

**367** Niets belet de ouders om onderling een regeling te treffen, waarbij de ene ouder een gedeelte van de uitkering van de kinderbijslag overdraagt aan de andere ouder. Deze overeenkomst tussen de ouders is rechtsgeldig en het is de bodemrechter niet toegestaan om, wanneer de overeenkomst in rechte wordt bekrachtigd om de ouder die de kinderbijslag ontvangt te veroordelen om een afwijkend gedeelte van de kinderbijslag over te dragen. De bodemrechter doet immers uitspraak over een niet-gestelde vordering en schendt artikel 1138, 2° Ger.W. (Cass. 14 mei 2007, *RTDF* 2007, 1230).

**368** Zie meer uitgebreid over de alimentatie-overeenkomsten, *boven* nrs. 58-77.

## 7. Verjaring

**369** Het Hof van Cassatie ontwikkelde een rechtspraak waarbij het de vijfjarige verjaringstermijn (art. 2277 BW) weerhoudt op periodiek te vervallen schuldvorderingen, doch daarentegen de vordering tot tenuitvoerlegging van een veroordeling in betaling van een bepaald bedrag van achterstallige onderhoudsbijdragen onderwerpt aan de regelen die de verjaring van vorderingen gebaseerd op gerechtelijke uitspraken (*actio judicati*) beheersen, zijnde dus de tienjarige verjaringstermijn (art. 2262bis, § 1, eerste lid BW) (Cass. 8 december 2000, *RW* 2000-01, 1172, *EJ* 2001, 48, noot K. VANLEDE en *TBBR* 2002, 365, noot B. KOHL; Cass. 7 maart 2003, *Pas.* 2003, 496, *NJW* 2003, 1040, noot F. BRULOOT, *RW* 2004-05, 225, *RABG* 2005, 7, noot E. ALOFS en *RTDF* 2004, 1139).

### 370 Samengevat:

- de tienjarige verjaringstermijn is enkel van toepassing op vervallen onderhoudsuitkeringen ten tijde van de totstandkoming van de uitvoerbare titel;
- de vijfjarige verjaringstermijn wordt weerhouden op periodiek, in de toekomst te vervallen alimentatie, aldus na de tussenkomst van de uitvoerbare titel.

Deze rechtspraak gaat terug op een ouder cassatiearrest van van 21 februari 1985 waarin gesteld wordt dat elk vonnis van veroordeling een rechtsvordering (*actio judicati*) doet ontstaan tot tenuitvoerlegging van de veroordeling (Cass. 21 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 789 en *RW* 1985-86, 1280, het betrof *in casu* evenwel geen alimentatievordering). Hierop is, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, de tienjarige verjaringstermijn (voorheen de dertigjarige) van toepassing, in overeenstemming met artikel 2262bis, § 1, eerste lid BW ook al heeft deze veroordeling een vordering tot voorwerp,

waarop een korte verjaringstermijn van toepassing is (K. BROECKX, “Beslag wegens achterstallige persoonlijke alimentatieschulden krachtens een E.O.T.-akte” (noot onder Gent 25 juni 1996), *EJ* 1998, 6; J. DANGREAU, “De verjaringstermijn van vervallen onderhoudsgelden” (noot onder Gent 18 februari 1997), *RW* 1999-2000, 120; A. VAN OEVELEN, “Recente ontwikkelingen inzake de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Recht”, *RW* 2000-01, 1437 e.v.).

In het arrest van 7 maart 2003 stelt het hof bovendien dat de verjaringstermijn van vijf jaar zowel van toepassing is op de conventionele als de wettelijke onderhoudsverplichting (Cass. 7 maart 2003, *Pas.* 2003, 496, *NJW* 2003, 1040, noot F. BRULOOT, *RW* 2004-05, 225, *RABG* 2005, 7, noot E. ALOFS en *RTDF* 2004, 1139).

Artikel 2277 BW dient op beperkende wijze te worden uitgelegd, het impliceert niet dat de in deze bepaling bedoelde periodieke schuldvorderingen met regelmatige tussenpozen moeten worden betaald (Cass. 31 mei 2002, *RW* 2004-05, 1219, noot, *Pas.* 2002, 1261 en *JLMB* 2003, 1480).

Het bovenvermelde is uiteraard ook van toepassing op onderhoudsbijdragen voor kinderen.

**371** Op een prejudiciële vraag gesteld door de rechtbank van eerste aanleg te Luik in hoeverre de schorsing van de verjaring bepaald in artikel 2253 BW tussen echtgenoten discriminerend is t.o.v. niet-gehuwde koppels, antwoordde het Arbitragehof negatief. Het betrof een alimentatievordering op grond van artikel 203 BW (Arbitragehof 14 september 2006, *EJ* 2006, 97, noot P. SENAËVE, *RTDF* 2007, 234 en *Div.Act.* 2007, 8, noot J.-C. BROUWERS). Volgens het hof beoogde de wetgever te vermijden dat door procedures de huwelijksrelatie zou verslechteren en dit is geen onwettige doelstelling. Het hof steunde zich op de vaststelling dat de wetgever de stabiliteit van de huwelijksband heeft willen bevorderen en het risico heeft willen vermijden dat de relatie zou verslechteren door een gerechtelijk optreden om de verjaring van de alimentatievordering te stuiten. *In casu* ging het echter om een situatie waarbij al een beschikking was geveld door de vrederechter op grond van de artikelen 221 en 223 BW zodat er tussen de echtgenoten die feitelijk gescheiden leefden al een ernstig conflict bestond en de redengeving van het hof dus niet erg overtuigend overkomt.

**372** Zie meer uitgebreid over de verjaring, *boven* nrs. 86-93.

## C. PROCEDURE

1. *Samenhang*

**373** De vrederechter van de laatste echtelijke verblijfplaats (indien toepassing wordt gemaakt van art. 203 BW) en van de woonplaats van eiser (volgens een meerderheidsopvatting geldt deze bevoegdheid slechts indien de eiser ook de onderhoudsgerechtigde is, Vred. Antwerpen (3de kanton) 12 februari 1999, *Div.Act.* 1999, 118; Vred. Sint-Kwintens-Lennik 16 december 1999, *AJT* 1999-2000, 973) of de verweerder, is bevoegd (art. 591, 7° Ger.W., art. 624, 1°, 626 en 628, 2°, Ger.W.), doch bij samenhang met een vordering aangaande de uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht, is de jeugdrechtbank bevoegd.

**374** *S a m e n h a n g* veronderstelt dat tussen beide vorderingen een objectieve band bestaat die laat vrezen dat het ontbreken van de samenvoeging van de onderscheiden aspecten van het tussen partijen bestaande geschil zal leiden tot onverenigbare oplossingen (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 209).

Opdat er samenhang zou bestaan tussen de vordering met betrekking tot de onderhoudsbijdrage voor minderjarige kinderen en een vordering inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht, is vereist dat de laatstgenoemde vordering een invloed zou kunnen hebben op de bijdrage van elk van de ouders in de kosten van onderhoud, opvoeding en passende opleiding van het kind (Gent 16 maart 1998, *TGR* 1999, 103, noot T. MESSIAEN; Gent 6 april 1998, *TGR* 1999, 25; Jeugdrb. Verviers 5 maart 1997, *Div.Act.* 1999, 138).

**375** In een geval van feitelijke samenwonenden oordeelde de arrondissementsrechtbank van Turnhout dat de vrederechter ook bevoegd was voor de tegeneis m.b.t. het recht op persoonlijk contact over het gemeenschappelijke kind van partijen (Arrondrb. Turnhout 3 februari 2004, *RABG* 2005, 1772 en *T.Vred.* 2005, 271, noot S. UHLIG; zie ook Vred. Westerlo 1 december 2003, *T.Vred.* 2005, afl. 4-5, 270).

Immers volgens artikel 563, tweede lid Ger.W. neemt de vrederechter kennis van de tegenvorderingen die, ongeacht hun bedrag, onder zijn volstreekte bevoegdheid vallen of die ontstaan uit de overeenkomst, hetzij uit het feit dat ten grondslag ligt aan de oorspronkelijke vordering.

Het feit dat ten grondslag lag aan de kwestieuze tegeneis was dat de gedingpartijen lange tijd hadden samengeleefd zonder gehuwd te zijn en dat uit hun feitelijke relatie een kind was geboren.

Zowel de hoofdeis als de tegeneis, zijnde een vordering strekkende tot het bepalen van het recht op persoonlijk contact over dit kind, vonden een feitelijke grondslag in het bestaan van een gemeenschappelijk kind, geboren uit het feitelijk samenwonen van partijen.

Bijgevolg kan de vrederechter ook kennis nemen van de tegeneis hoewel deze eis op zich tot de bevoegdheid behoort van de jeugdrechter.

**376** Het hof van beroep te Luik aanvaardde de samenhang om reden dat verweerder noch voor de eerste rechter, noch in hoger beroep de onbevoegdheid had opgeworpen en evenmin dat er een verdelingsincident zou zijn overeenkomstig artikel 88, § 2 Ger.W. (Luik (jeugd.) 17 maart 2004, *RTDF* 2005, 881 en *JLMB* 2005, 466).

*In casu* oordeelde de jeugdrechterbank die diende te oordelen over een onderhoudsvordering van de moeder tegen haar ex-partner (samenwoner), dat zij eveneens op basis van samenhang bevoegd was om kennis te nemen van de incidentele vorderingen betreffende de verdeling van de lasten die ontstonden tijdens hun samenleven (huur en onkosten, medische kosten en deze van de creche). Het hof van beroep bevestigde en stelde dat het hof ook bevoegd was om kennis te nemen van de vordering als gevolg van de samenhang van iedere eis die betrekking heeft op de rekeningen tussen partijen die gelieerd waren aan de onderhoudsverplichting ten overstaan van hun gemeenschappelijke kinderen (Jeugdrb. Luik 2 juli 2002, *JLMB* 2005, 466).

**377** Er bestaat onder meer samenhang tussen een vordering tot schorsing van het recht op persoonlijk contact en een vordering tot verhoging van de onderhoudsbijdragen in zoverre de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, tijdens de uitoefening van het recht op persoonlijk contact daadwerkelijk *in natura* een deel van de kosten van onderhoud en opvoeding van het kind op zich nam.

Ook de wijziging van een klassiek weekendomgangsrecht naar een bilocatie-regeling met een alternerend wekelijks verblijf bij elk van beide ouders heeft een impact op de bijdrage van elk van beide ouders in de kosten van onderhoud en opvoeding van het kind. Hetzelfde geldt voor de vordering tot het bekomen van een onderhoudsgeld voor de gemeenschappelijke kinderen en de tegenvordering tot het bekomen van een klassiek omgangsrecht (K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 209).

**378** Er is echter geen samenhang tussen een vordering tot wijziging van het recht op persoonlijk contact en een vordering tot opheffing van achterstallige onderhoudsbijdragen, in zoverre die opheffing ook wordt gevraagd voor een periode die voorafgaat aan het neerleggen van het inleidende verzoekschrift. Een beslissing met betrekking tot de uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht werkt immers niet terug tot deze voorafgaande periode (Jeugdrb. Brussel 19 april 1999, *Div.Act.* 1999, 139, noot F. LIGOT).

Er bestaat evenmin samenhang wanneer een onderhoudsbijdrage wordt gevraagd voor een kind terwijl de vordering nopens de uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht betrekking heeft op een ander kind (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 70).



Er bestaat niet noodzakelijk samenhang tussen een hoofdeis m.b.t. een onderhoudsbijdrage voor een kind en een tegeneis die betrekking heeft op het bepalen van de verblijfplaats van datzelfde kind (Vred. Ukkel 9 februari 2001, *T.Vred.* 2001, 173 en *EJ* 2002, 65, noot P. CALUWAERTS en K. UYTTERHOEVEN).

Zo oordeelde de vrederechter van Fontaine-l’Evêque afwijzend nopens de samenhang tussen een alimentatievordering en een vordering tot wijziging van de verblijfsregeling en dat bij gebreke aan enige theoretische band (Vred. Fontaine-l’Evêque 17 mei 2004, *T.Vred.* 2005, 391).

De vordering tot wijziging van de modaliteiten betreffende het halen en het brengen van de kinderen is evenmin samenhangend met een vordering tot verhoging of vermindering van de onderhoudsbijdrage (Gent 2 oktober 2000, *EJ* 2001, 102, noot K. UYTTERHOEVEN; K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 210).

**379** De voeging van de samenhangende zaken kan ook gebeuren ingeval de vordering inzake de onderhoudsbijdrage voor de vrederechter aanhangig werd gemaakt en de vordering inzake het ouderlijk gezag en het omgangsrecht voor de jeugdrechtbank. Alsdan kan overeenkomstig de artikelen 854 en 856 Ger.W. voor de vrederechter *in limine litis* de exceptie van samenhang worden opgeworpen en overeenkomstig artikel 565, 2° Ger.W. de verwijzing van de alimentatievordering naar de jeugdrechtbank worden gevraagd.

**380** Volgens zekere rechtspraak en rechtsleer is de jeugdrechtbank als afdeling van de rechtbank van eerste aanleg die een zekere volheid van bevoegdheid geniet, op grond van artikel 563, eerste lid Ger.W. eveneens bevoegd om kennis te nemen van een tegenvordering inzake de onderhoudsbijdrage voor de kinderen. Alsdan is geenszins vereist dat de vordering inzake het ouderlijk gezag of het omgangsrecht een effect kan hebben op de bijdrage van elk van beide ouders in de kosten van onderhoud, opvoeding en passende opleiding van het kind.

De bevoegdheid die de jeugdrechtbank ex artikel 563, eerste lid Ger.W. bezit om kennis te nemen van de tegenvordering is immers niet beperkt tot samenhangende vorderingen (Gent 26 september 1988, *Pas.* 1989, II, 52; K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 211, nr. 320).

## 2. Bevoegdheid van de kort gedingrechter

**381** De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtsprekend in kort geding, neemt in ieder stand van een echtscheidingsprocedure op grond van een onherstelbare ontwrichting kennis van de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op het levensonderhoud van de kinderen. Sinds de wet

van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997) wordt de bevoegdheid van de voorzitter temporeel echter uitdrukkelijk beperkt “tot de ontbinding van het huwelijk”, dit is de dag van het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis of -arrest.

Dit houdt in dat wanneer de echtscheiding definitief is, en derhalve het huwelijk ontbonden is, op hoofdeis (tegeneis), terwijl de tegeneis (hoofdeis) nog hangende is, de “natuurlijke” rechter, meestal de vrederechter, zijn bevoegdheid herwint.

De kort gedingrechter kan geen uitspraak meer doen over vorderingen die voor hem worden gesteld na de ontbinding van het huwelijk. Indien de kort gedingzaak wordt behandeld na de ontbinding van het huwelijk, *in casu* voor het hof van beroep, dan dienen partijen hun aanspraken te beperken tot de periode vóór de ontbinding. Voor alimentatie-aanspraken is dat geen probleem omdat die voor het verleden kunnen worden vastgesteld, maar voor de regeling van het ouderlijk gezag gaat dat niet. Deze kunnen enkel voor de toekomst worden bepaald. De zaak werd dan ook door de kort gedingrechter in beroep verzonden naar de jeugdkamer van het hof (Bergen 3 maart 2008, 2007/RF/119, onuitg.).

Wel blijft de voorzitter bevoegd om uitspraak te doen na de ontbinding van het huwelijk, indien hij vóór de ontbinding geadieerd werd en dit ongeacht één echtscheidingseis of twee echtscheidingseisen werden ingediend (KG Brussel 4 september 1997, *Div.Act.* 1997, 136, noot A.-C. VAN GYSEL en *RTDF* 1999, 314).

Na de ontbinding van het huwelijk kan hij echter geen uitspraak meer doen over vorderingen inzake provisionele uitkering tot onderhoud, eventueel *in natura* (Brussel 13 februari 2002, *JT* 2002, 386).

### 3. *Het bijzondere geval van de retroactieve bevoegdheid van de kort gedingrechter*

**382** De vraag rijst of de voorzitter in kort geding, op grond van artikel 1280 Ger.W. (in het kader van een echtscheidingsprocedure) wel bevoegd is om voorlopige maatregelen op te leggen die een aanvang nemen op een ogenblik dat er van een vordering in echtscheiding nog geen sprake was. Met andere woorden, hoe verhoudt artikel 1280 Ger.W. zich ten overstaan van artikel 223 BW? (M. GOVAERTS, “De voorzitter kan ook bevoegd zijn om maatregelen te treffen m.b.t. een periode voorafgaand aan de echtscheidingseis” (noot onder Gent 9 december 2004), *RABG* 2005, 1749).

Een eerste strekking in de rechtspraak en rechtsleer stelt dat de voorzitter niet bevoegd is om alimentatie toe te kennen met betrekking tot een periode, voorafgaand aan de echtscheidingseis (Brussel 28 maart 1996, *Div.Act.* 1998, 66; Brussel 9 mei 1996, *Div.Act.* 2000, 54; KG Bergen 9 september 1969, *JT* 1970, 15). Op grond van artikel 591, 7° Ger.W. is de vrederechter immers bevoegd om kennis te nemen van alle onderhoudsvorderingen. De

bevoegdheid van de voorzitter, krachtens artikel 1280 Ger.W. vormt hierop een uitzondering zodat zowel op het vlak van de bevoegdheid *ratione temporis* als wat de bevoegdheid *ratione materiae* betreft, dit restrictief dient geïnterpreteerd te worden. Bijgevolg, buiten de perken van de echtscheidingseis zou de voorzitter niet bevoegd zijn om voorlopige maatregelen te treffen en aldus retroactief alimentatie toe te kennen (F. LIGOT, noot onder Brussel 28 maart 1996, *Div.Act.* 1998, 70-71; A.-M. BOUDART, noot onder Brussel 25 april 2000, *Div.Act.* 2001, 19).

De meerderheidsstrekking echter acht de voorzitter wel bevoegd om kennis te nemen van een onderhoudsvordering, die een aanvang neemt voorafgaand aan de echtscheidingseis. Immers, indien men de voormelde strekking zou volgen, betekent zulks dat na het instellen van een echtscheidingseis er geen onderhoudsvordering meer mogelijk is met betrekking tot een periode eraan voorafgaand. Na betekening van de dagvaarding in echtscheiding kan de vrederechter op grond van artikel 203 of 213, 221 BW niet meer geadieerd worden om uitspraak te doen over een onderhoudsvordering. Indien de voorzitter evenmin kennis zou kunnen nemen van een dergelijke vordering, is geen enkele rechtsmacht nog bevoegd om over dergelijke vordering nog te oordelen (K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid van de kort gedingrechter om tijdens de echtscheidingsprocedure kennis te nemen van een onderhoudsvordering m.b.t. de periode die voorafgaat aan het instellen van de echtscheidingsvordering" (noot onder Brussel 31 januari 2002), *EJ* 2002, 156; Gent 5 februari 2004, *RABG* 2004, 1280 noot M. DEVENYN; Luik 19 oktober 2004, *RTDF* 2005, 1119; Brussel 17 februari 2005, *NJW* 2005, 1210, noot G. VERSCHELDEN).

Voor zover, zoals verdedigd door de eerste strekking, de vrederechter tijdens het echtscheidingsgeding toch bevoegd zou blijven om uitspraak te doen over een onderhoudsvordering (F. LIGOT, noot onder Brussel 28 maart 1996, *Div.Act.* 1998, 71), dan is het proceseconomisch totaal onverantwoord om de gedingvoerende echtelieden te verplichten, met betrekking tot een periode voorafgaand aan de echtscheidingseis, een afzonderlijke procedure te gaan voeren voor de vrederechter, terwijl de voorzitter behoort over alle gegevens te beschikken teneinde ook over dit onderdeel van de onderhoudsvordering uitspraak te doen (K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid van de kortgedingrechter om tijdens de echtscheidingsprocedure kennis te nemen van een onderhoudsvordering m.b.t. de periode die voorafgaat aan het instellen van de echtscheidingsvordering" (noot onder Brussel 31 januari 2002), *EJ* 2002, 156, nr. 3).

Bijgevolg kan de voorzitter positief gevolg geven aan een onderhoudsvordering die teruggaat tot vóór de datum van het instellen van de echtscheidingseis, op voorwaarde dat deze vordering kan beschouwd worden als zijnde een accessorium van de vordering tot het bekomen van alimentatie in de loop van het echtscheidingsgeding.

Anders is het wanneer de vrederechter al een vonnis heeft gewezen betreffende diezelfde periode of indien bij hem een vordering aanhangig is (Brussel 24 april

2001, *Div.Act.* 2002, 65, noot D. PIRE; Brussel 26 februari 2002, *Div.Act.* 2002, 67, noot D. PIRE).

**383** Anderzijds, en dit sluit enigszins aan bij het voorgaande, oordeelde het Hof van Cassatie dat indien de voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding voorlopige maatregelen beveelt die ingaan vanaf de dagvaarding tot echtscheiding, de reeds uitgevoerde maatregelen die door de vrederechter werden bevolen overeenkomstig artikel 223 BW dan vervallen (Cass. (3de kamer) 20 februari 2006, *EJ* 2006, 35, noot P. SENAËVE, *RABG* 2006, 1228, noot M. GOVAERTS en *TBBR* 2007, 40 noot G. CLOSSET-MARCHAL).

#### 4. De vrederechter

**384** De onderhoudsbijdrage of sommendelegatie m.b.t. het kind die bij dringende voorlopige maatregel op grond van artikel 223 BW door de vrederechter werd opgelegd, blijft na de echtscheiding doorlopen voor zover:

- deze maatregel niet vervallen is door het verstrijken van de door de vrederechter vastgestelde termijn;
- of vervangen is door de kort gedingrechter;
- of vervangen is door een overeenkomst in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming (Cass. 12 november 2002, *RW* 2003-04, 622, noot F. APS en *EJ* 2003, 22, noot T. ROBERT).

Artikel 1280 Ger.W. en de artikelen 223-221 BW zijn immers hoofdzakelijk bevoegdheidsbepalingen, terwijl de onderhoudsverplichting gebaseerd is op de afstamming en niet op het huwelijk, zodat de al dan niet ontbinding van het huwelijk erop geen impact heeft.

**385** Ingeval de ouders wettelijk samenwonenden zijn, is de vrederechter bevoegd om overeenkomstig artikel 1479 BW een onderhoudsbijdrage toe te kennen als dringende voorlopige maatregel (art. 594, 19° Ger.W.).

#### 5. De rechtspleging

**386** Op alimentatievorderingen voor kinderen zijn in principe de artikelen 1320-1322 Ger.W. van toepassing, zulks cumulatief met de artikelen 1034*bis* tot 1036 Ger.W. tenzij onmogelijk wegens tegenstrijdigheid (S. BROUWERS, “Art. 1320-1322 Ger.W.” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.). De procedure wordt dus ingeleid bij verzoekschrift met toevoeging van een getuigschrift van woonst van de personen die moeten worden opgeroepen.

Het staat de eisende partij vrij om te opteren voor een dagvaarding, doch de méérkost ervan kan ten hare laste worden gelegd (S. BROUWERS, “Art. 1320-1322 Ger.W.”, 4-5).

Het verzoekschrift kan worden vervangen door een vrijwillige verschijning (art. 706 Ger.W.).

De gerechtskosten kunnen ten laste komen van de eiser die niet eens de moeite deed vooraf de tegenpartij te contacteren met het oog op een mogelijke regeling van het geschil (Vred. Zandhoven 5 september 2000, *RW* 2000-01, 851).

**387** Sommendelegatie of ontvangstmachtiging is ook mogelijk (art. 203<sup>ter</sup> BW). De procedure en bevoegdheid van de vrederechter wordt dan niet meer geregeld volgens de artikelen 1320-1322 Ger.W., maar volgens de artikelen 1253<sup>bis</sup> tot 1253<sup>quinquies</sup> Ger.W. Zie *verder* uitgebreid nrs. 562-572.

**388** Rechterlijke beslissingen inzake onderhoudsbijdragen voor kinderen gelden *rebus sic stantibus* (art. 209 BW), d.w.z. dat ze steeds herzienbaar zijn naar aanleiding van nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden. Zie ook *boven* nrs. 103-113.

#### 6. Procesonbekwaamheid van de minderjarige

**389** Voor vorderingen gesteld door de minderjarige zelf worden meestal drie principes gehanteerd (Voorz. Rb. Gent 28 januari 2002, *TJK* 2002, 128, noot E. DE KEZEL; Vred. Waver 23 november 1989, *RTDF* 1990, 51; E. DE KEZEL, “De procesbekwaamheid van de minderjarige”, *AJT* 1998-99, 267):

- hij moet beschikken over het nodige onderscheidingsvermogen;
- er moet een belangenconflict met de wettelijke vertegenwoordigers zijn;
- de vordering moet absoluut noodzakelijk zijn.

Dit zal zich volgens een meerderheidsstrekking in de rechtspraak, voordoen in drie hypotheses:

- om bewarende maatregelen te doen tussenkomen;
- om bepaalde strikt persoonlijke handelingen te stellen;
- in kort geding in geval van urgentie en ten voorlopige titel.

Bepaalde rechtspraak eist echter de aanstelling van een voogd *ad hoc* om de minderjarige te vertegenwoordigen (Rb. Brussel 28 juni 1988, *RTDF* 1988, 562; Rb. Luik 18 januari 1993, *J.dr.jeun.* 1993, afl. 123, 54). Het initiatief voor de aanstelling van een voogd *ad hoc* kan genomen worden door elke belanghebbende (elk van beide ouders, de grootouders, derden) alsook door het O.M. Bevoegd is de vrederechter overeenkomstig artikel 378, § 1, zesde lid BW.

De vrederechter van Westerlo is deze mening niet toegedaan.

Een onderhoudsvordering, ingesteld door een minderjarige overeenkomstig artikel 203 BW, geeft geen aanleiding tot aanstelling van een voogd *ad hoc*, conform artikel 378, § 1, zesde lid BW, gezien een voogd *ad hoc* enkel in verband met rechtsovereenkomsten en rechtshandelingen inzake de goederen van de minderjarige, met inbegrip van die inzake het ouderlijk vruchtgenot, kan worden aangesteld. De annotator betwist dat (Vred. Westerlo 9 maart 2004, *RW* 2004-05, 1111, noot F. SWENNEN (*err.* *RW* 2004-05, 1240) en *T.Vred.* 2004, 220).

Ingeval een minderjarige met onderscheidingsvermogen zelf als eiser optreedt in een gerechtelijke procedure, is zijn vordering niet onontvankelijk. Wel kan de verweerder, *in limine litis*, een dillatoire exceptie van ontbreken van geldige vertegenwoordiging opwerpen. Waar de kwestie niet van openbare orde is, kan de rechter niet ambtshalve deze exceptie opwerpen.

*De lege lata* bestaat er geen wettelijke grondslag voor de minderjarige om hetzij zelf een vordering in te stellen, hetzij zelf een vertegenwoordiger *ad hoc* te laten aanstellen, zij het dat dit laatste toch enigszins vergemakkelijkt werd doordat de vrederechter ambtshalve een voogd *ad hoc* kan aanwijzen (zie Luik 11 mei 2004, *JT* 2004, 745: het verzoek tot vrijwillige tussenkomst van de minderjarige werd aanvaard doch als verzoek om gehoord te worden; *anders* Antwerpen 24 maart 2004, *NJW* 2004, 1100, noot).

**390** Een vordering *ad futurum* die wordt gesteld om het tenietgaan van een schuldvordering uit hoofde van alimentatiegeld te laten vaststellen, houdt verband met de actualiteit en doeltreffendheid van de uitvoerbare titel en valt bijgevolg niet onder de bevoegdheid van de vrederechter maar onder deze van de besla g r e c h t e r . In *casu* ging het om een PV van minnelijke schikking opgesteld voor de vrederechter tussen vader en moeder welke haar actualiteit had verloren als gevolg van hun verzoening (Arrondrb. Luik 22 april 2004, *RTDF* 2005, 873).

## § 2. Echtscheiding door onderlinge toestemming

### A. DE FAMILIERECHTELIJKE OVEREENKOMST

**391** Artikel 1288 Ger.W. bepaalt dat de echtgenoten ertoe gehouden zijn hun overeenkomst over de volgende punten bij geschrift vast te leggen: "... 3° de bijdrage van elk van beide echtgenoten in het levensonderhoud, de opvoeding en de passende opleiding van voornoemde kinderen, onverminderd de rechten hen door Hoofdstuk V van Titel V van Boek I van het Burgelijk Wetboek toegekend; ..." (gewijzigd bij art. 27 van de wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994).

Voor de familierechtelijke overeenkomst is de notariële vorm niet vereist.

#### 1. Grondslagen

**392** De grondslag wordt gevormd door de artikelen 203 BW en 203bis BW en voor de bespreking ervan kan verwezen worden naar *boven* nrs. 299-390.

Samengevat komen beide artikelen hierop neer:

- artikel 203 BW: de vordering van het kind tegen de ouder;
- artikel 203bis BW: de vordering in eigen naam van de ene ouder tegen de andere;

- is het kind nog minderjarig, dan kan het onderscheid tussen beide vorderingen soms moeilijk gemaakt worden vermits een ouder zal optreden namens het kind;
- is het kind meerderjarig dan kan het een vordering stellen (art. 203 BW) naast die van de ouder (art. 203bis BW).

Het betreft hier de kinderen ten aanzien van wie beide echtgenoten ouderlijk gezag uitoefenen, dus een onderhouds- en opvoedingsplicht hebben. Deze kinderen zijn “de minderjarige ongehuwde en niet ontvoogde kinderen waarvan beide echtgenoten de ouders zijn, de kinderen die zij hebben geadopteerd en de kinderen van een van hen die de andere heeft geadopteerd” (art. 1288, 2° Ger.W. gewijzigd bij art. 32 van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

Dit betekent m.a.w. dat, wanneer de echtgenoten geen minderjarige kinderen meer hebben, zij er strikt genomen niet toe gehouden zijn een regeling betreffende de onderhoudsbijdrage voor hun meerderjarige kinderen in hun voorafgaande overeenkomsten op te nemen, zelfs wanneer deze kinderen op dat ogenblik nog niet in hun eigen levensonderhoud kunnen voorzien.

Om discussies of initiatieven van de kinderen zelf te vermijden is het vanzelfsprekend beter om voor deze meerderjarige kinderen wel degelijk in een regeling te voorzien (F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 83, nr. 124).

**393** In het kader van een EOT moet de regeling zowel betrekking hebben op de periode van de proeftijd als op de periode die op de echtscheiding volgt.

De ouders zijn verplicht zelf het bedrag van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen in de familierechtelijke overeenkomst te bepalen. Het is hen niet toegestaan om hierover het stilzwijgen te bewaren, noch dit aan een derde over te laten. In beide gevallen zal dit immers leiden tot een weigering van de rechtbank om de echtscheiding uit te spreken.

**394** De EOT-overeenkomst strekt de partijen tot wet en de ex-echtgenoten moeten zich houden aan de termen van hun overeenkomst. Wanneer niet blijkt dat een meerderjarig kind van zijn moeder volmacht heeft gekregen om de betaling van de overeengekomen onderhoudsbijdrage met betrekking tot dit kind voor haar rekening in ontvangst te nemen en er daartoe ook geen rechterlijke of wettelijke machtiging is, kan de vader zich niet bevrijden van zijn verplichting door rechtstreekse betaling aan zijn zoon. Aangezien niet blijkt dat de moeder de betaling bekrachtigd heeft of er voordeel heeft uit getrokken, heeft de vader met enige betalingen in handen van zijn zoon niet geldig betaald en blijft hij gehouden ten opzichte van de moeder van het kind. Het uitvoerend derdenbeslag kan als regelmatig en rechtmatig worden voortgezet (Antwerpen 23 oktober 2007, *NJW* 2008, 497, noot G. VERSCHULDEN).

## 2. Modaliteiten

### a. Het nihil-beding

**395** Onderscheid moet gemaakt worden tussen:

- het *contributio*-aspect;
- het *obligatio*-aspect.

Zie ook *boven* nrs. 324 e.v.

De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de ouders alleen een overeenkomst kunnen maken over de onderhoudsbijdrage in hun onderlinge verhouding (het *contributio*-aspect), maar dat deze regeling geen afbreuk mag doen aan de onderhoudsverplichting tegenover de kinderen zelf (het *obligatio*-aspect) die van openbare orde is, zodat de ouders ze niet conventioneel kunnen beperken of ongedaan maken (zie voor een toepassing Antwerpen 2 januari 1995, *RW* 1995-96, 436).

**396** Daarom is het toegelaten om op het gebied van het onderhoud van de kinderen een *nihil*-beding overeen te komen d.w.z. een overeenkomst dat één van de ouders voor het geheel zal instaan en de andere niet zal bijdragen, voor zover dergelijk beding niet derwijze is opgevat dat één van de echtgenoten ontslagen wordt van zijn verplichting tegenover het kind zelf (Brussel 1 december 1998, *EJ* 1999, 66 noot J. GERLO). M.a.w. alleen het *contributio*-aspect van de onderhoudsbijdrage (dus de verdeelsleutel tussen de ouders), maar alleen dit, staat ter vrije beschikking van de echtgenoten.

Het is dan ook ten onrechte dat de rechtbank van eerste aanleg te Brussel weigerde de echtscheiding door onderlinge toestemming uit te spreken om reden van strijdigheid met de openbare orde van de volgende regeling tussen de ouders (Rb. Brussel 16 november 2007, *RTDF* 2008, 474, noot J.-L. RENCHON).

Deze waren overeengekomen dat de bijdrage van de moeder enkel zou bestaan uit haar bijdrage *in natura* wanneer de kinderen bij haar verbleven, en verder uit het ter beschikking stellen van haar onverdeeld deel in de voormalige gezinswoning ten voordele van de ex-echtgenoot en bijgevolg ook van de kinderen.

Daarentegen is een verzaking door een ouder aan het recht om namens zijn kind een bijdrage in het onderhoud te eisen vanwege de andere ouder voor het geval hij zelf niet meer de mogelijkheid zou hebben om het kind het nodige levensonderhoud te verschaffen (m.a.w. een verzaking van het *obligatio*-aspect) niet toegelaten (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 688, nr. 1978). Evenmin is het toegelaten overeen te komen dat de ene ouder de andere zal vrijwaren tegen iedere onderhoudsvordering ten behoeve van de kinderen.

Om misverstanden te vermijden is het aangewezen het *nihil*-beding aan te vullen met de formule:



“Onverminderd de rechten van de kinderen toegekend door Hoofdstuk V, Titel V van Boek I van het BW” (zie hierover meer S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming in Bibliotheek Burgerlijk Recht Larcier*, nr. 4, Gent, Larcier 2006, 100).

**397** Ook is het niet mogelijk om het einde van de bijdrageplicht te koppelen aan het bereiken van een bepaalde leeftijd. De bijzondere onderhoudsplicht van de ouders loopt immers door na de meerderjarigheid van het kind en het zal afhangen van het door het kind bereikte opleidingsniveau of het in zijn eigen levensonderhoud kan voorzien.

#### b. Wederkerige verzaking

**398** M.b.t. de verzaking in het algemeen wordt verwezen naar wat hierover reeds werd uiteengezet onder nrs. 60 en 94.

Een bijzonder geval van (wederkerige) verzaking is deze van de onderhoudsbijdrage gekoppeld aan een verzaking door de andere ouder aan de uitoefening van zijn recht op persoonlijk contact (in geval van exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag) of verblijf van het kind bij hem (in het geval van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag) (zie voor een toepassingsgeval Antwerpen 23 maart 2005, *NJW* 2006, 268, noot G. VERSCHULDEN; Beslagnr. Luik 1 december 1997, *JLMB* 1998, 341; F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 94, nrs. 138-139).

Een afspraak van verzaking aan bijdrage in ruil voor een verzaking aan het recht op persoonlijk contact is nietig en wel om twee redenen: enerzijds werd boven al aangehaald dat het onmogelijk is om zonder meer te verzaken aan het recht om van de andere ouder een bijdrage in het onderhoud van de kinderen te vorderen. Anderzijds betreft het recht op persoonlijk contact ook een eigen recht van het kind zelf (art. 9, derde lid IVRK) dat niet het voorwerp kan uitmaken van enige transactie tussen de ouders.

**399** Het is evenmin geoorloofd om n.a.v. de niet-uitoefening van het recht op persoonlijk contact op eigen gezag te beslissen de onderhoudsbijdrage niet meer te betalen of omgekeerd op grond van de niet-betaling van de bijdrage de uitoefening van het recht op persoonlijk contact van de ouder-schuldenaar te verhinderen.

De strijdigheid met de openbare orde van een verzaking aan het recht een bijdrage te vorderen, brengt mee dat de verzakende ouder op ieder ogenblik opnieuw een onderhoudsbijdrage kan vorderen wanneer het belang van het kind dit vereist.

**400** Dan rijst de vraag of ook de tijdens de periode van verzaking vervallen termijnen opnieuw gevorderd kunnen worden.

De rechtspraak geeft hieromtrent geen eenduidig antwoord: één strekking leidt uit het onwettig karakter van de verzaking af dat ook de voorheen vervallen termijnen betaald moeten worden. Een andere strekking oordeelt dat het feit dat de onderhoudsgerechtigde ouder gedurende een bepaalde periode geen bijdrage gevraagd heeft, meebrengt dat hij gedurende al die tijd zijn eigen middelen toereikend achtte om in de kosten van levensonderhoud van de kinderen te voorzien. Een zelfde houding moet worden aangenomen t.a.v. het tijdelijk instemmen met een lagere bijdrage of het niet-opvragen van de in de overeenkomsten voorziene tussenkomst in de buitengewone kosten (zie voor een toepassing van de eerste strekking: Rb. Verviers 14 februari 1997, *J.dr.jeun.* 1998, 33, noot V. POULEAU; voor de tweede strekking: Antwerpen 2 januari 1995, *RW* 1995-96, 436; Brussel 1 december 1998, *EJ* 1999, 66, noot J. GERLO; Vred. Verviers 28 februari 1997, *JLMB* 1997, 1588; F. BUYSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 95, nr. 139).

### c. Bedrag en betaling

**401** Het criterium is steeds dat de kinderen recht hebben op een levensniveau in verhouding tot de gecumuleerde middelen van beide ouders (zie voor een toepassing: Bergen 4 oktober 1995, *JT* 1996, 226).

De bijdrage hoeft niet altijd in geld uitgedrukt te worden (H. CASMAN, *Notariëel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 411, nr. 1031). Dit zal wel het geval zijn telkens wanneer een bijdrage door de ene ouder aan de andere (bij wie het kind verblijft) wordt betaald. In dit geval geeft het in geld uitgedrukte bedrag meestal niet de volledige bijdrage weer vermits de bijdrageplichtige ouder toch ook een bijdrage levert *in natura* (voeding, huisvesting, vrije tijd) wanneer het kind bij hem verblijft.

Om dezelfde reden is een *nihil*-beding niet altijd een echte vrijstelling van bijdrage.

De bijdrage zal ook niet in geld worden uitgedrukt wanneer er bijvoorbeeld verscheidene kinderen zijn, waarvan sommige bij de moeder, andere bij de vader verblijven. De ouders kunnen overeenkomen dat ze zullen instaan voor alle kosten van onderhoud en opvoeding van de kinderen die bij hen zijn, zonder dit verder in geld uit te drukken, en zonder dat er nog een bijkomende bijdrage zou zijn verschuldigd aan de andere ouder (vgl. Vred. Grâce-Hollogne 14 november 2006, *JLMB* 2007, 768).

Een vader had oorspronkelijk de opheffing gevraagd van de onderhoudsbijdrage die hij zelf betaalde aan de moeder voor het andere kind dat bij haar verbleef doch de vrederechter van Grâce-Hollogne is hierop niet willen ingaan omdat onderhoudsgelden in overeenstemming met

artikel 1293, 3° BW niet kunnen worden gecompenseerd. Beide ouders hadden vergelijkbare inkomsten. De oplossing was bijgevolg dat de moeder hetzelfde bedrag zou betalen aan de vader voor het kind dat bij hem verbleef en dit ook voor de buitengewone onkosten (Vred. Grâce-Hollogne 14 november 2006, *JLMB* 2007, 768).

**402** Wat betreft de buitengewone kosten (zie voor een toepassing m.b.t. inschrijvingsgelden in het kader van een uitwisselingsprogramma met een High School in Australië en het “vaststaande” en “zekere” karakter van de vordering: Antwerpen 27 november 2007, *NJW* 2008, 556, noot G. VERSCHULDEN), de indexatie, en de kapitalisatie wordt verwezen naar wat *boven* al werd uiteengezet onder de nrs. 343-346 en de nrs. 350-352.

**403** Bij de uitwerking van de overeenkomst kan tevens enigszins rekening gehouden worden met de evolutieve aspecten: een verbetering of verslechtering van de financiële toestand van de partijen, de toename van de behoeften van het ouder wordende kind enz.

Zo kunnen de echtgenoten meer algemeen op geldige wijze overeenkomen dat het bedrag van de onderhoudsbijdrage om de drie jaar kan herzien worden, hetzij bij gemeen akkoord, hetzij bij beslissing van de vrederechter. Er dient gepreciseerd of de bijdrage bruto, dan wel netto zal zijn, al naargelang de erop verschuldigde belasting wel of niet zal worden gedragen door de onderhoudsplichtige.

Met betrekking tot de betaling zelf is het van belang dat de echtgenoten oog hebben voor:

- de periodiciteit (wekelijks, maandelijks, driemaandelijks enz.);
- de betaling tijdens de vakantieperiodes;
- de wijze van betaling (in speciën in handen van de echtgenoot-schuldeiser, door storting op een bankrekening enz.);
- het haalbare of draagbare karakter van de betaling (dit m.b.t. de bankkosten bv. bij betaling uit het buitenland) (art. 1247, tweede al. BW);
- het tijdstip van betaling (bv. de 1ste of de 5de dag van de maand);
- de intrest die desgevallend van rechtswege, zonder aanmaning verschuldigd zal zijn bij laattijdige betaling (art. 1155 BW);
- de inkomstendelegatie bij niet-betaling.

Zolang het kind minderjarig is, kan er als gevolg van artikel 203*bis* BW niet rechtsgeldig aan het kind zelf worden betaald.

Is het meerderjarig, dan kan er in principe rechtstreeks aan het kind worden betaald, doch dit slechts indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst bepaald is, daar anders de onderhoudsplichtige ouder tekortkomt aan zijn conventionele verplichting. Hij loopt dan het risico tweemaal te moeten betalen.

#### d. Duur

**404** De onderhoudsverplichting van de ouders wordt overeenkomstig artikel 203 BW voortgezet tot de passende opleiding van het kind is voltooid, desgevallend ook na de meerderjarigheid van het kind. Zie *boven* nrs. 317-322.

Voor het geval in de overeenkomst wordt bedongen dat de bijdrage slechts zal worden betaald tot aan de meerderjarigheid (in strijd met de wettelijke regeling) of tot aan een latere leeftijd (bv. 21 of 23 jaar, afhankelijk van de studies die het kind voornemens is te volgen) kan, indien op dat ogenblik de opleiding niet voltooid, het kind ook zelf om een titel verzoeken door zijn ouders aan te spreken in betaling van een voortgezette onderhoudsbijdrage.

De ouder die het kind ten laste heeft, kan dit ook doen maar dan op grond van artikel 203*bis* BW.

**405** Evenzo kan de ouder die voor het bereiken van een dergelijke leeftijd vaststelt dat het kind zijn opleiding voltooid heeft, of zijn studie heeft stopgezet, niet op eigen initiatief de betaling van de bedongen bijdrage stopzetten vooraleer het kind de daartoe bepaalde leeftijd heeft bereikt. Hij zal dan ook eerst gerechtelijk moeten laten vaststellen dat hij die bijdrage niet meer verschuldigd is.

Iedere omschrijving die andere verplichtingen oplegt dan degene waarin de wet voorziet, is immers vatbaar voor aanpassing door de rechter zodat het kind toch altijd zeker bekomt wat hem krachtens de wet toekomt.

**406** De gehuwde student dient voor zijn kosten van onderhoud en opleiding in de eerste plaats een beroep te doen op zijn echtgenoot, omdat de bijzondere onderhoudsplicht die bestaat tussen echtgenoten de plicht van de ouders tegenover hun kind voorafgaat. Zie *boven* m.b.t. de rangorde, nrs. 11-30.

**407** Het overlijden van de onderhoudsplichtige stelt een einde aan zijn verplichting, die louter persoonlijk is. Van dan af kan het kind wiens opleiding niet voltooid is nog enkel beroep doen op de langstlevende ouder om deze opleiding te bekostigen.

Ook al is het eerder ongebruikelijk, toch bestaat de mogelijkheid dat de ouders bedingen dat de bijdrage wel overgaat op de erfgenamen en een last van de nalatenschap zal uitmaken.

In de rechtsleer wordt als alternatief voorgesteld dat de bijdrageplichtige ouder in het voordeel van de kinderen een levensverzekering zou afsluiten (F. BUYSSENS, "De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 106 nr. 153).

**408** Komt het kind in samenloop met een stiefouder, dan kan het, behoudens op zijn erfrechtelijke aanspraken, eventueel ook nog beroep doen op artikel 203, § 2 BW dat hem een uitkering lastens de stiefouder toekent binnen de grenzen van hetgeen deze heeft verkregen in de nalatenschap van de overledene en van de voordelen die deze stiefouder bij huwelijkscontract, schenking of testament werden verleend. Zie *verder* nrs. 485-506.

### 3. Procedure

#### a. Het advies van de procureur des Konings

**409** Ten laatste op de dag voor de eerste verschijning van de echtgenoten legt de procureur des Konings zijn schriftelijk advies ter griffie neer (art. 1289<sup>ter</sup> Ger.W.). Het kan wegens omstandigheden terstond mondeling of schriftelijk op de zitting worden uitgebracht. Is dit alles niet mogelijk, dan wordt de oorzaak van de vertraging op het zittingsblad vermeld.

**410** Het advies heeft betrekking op de vormvereisten (art. 1287 en 1288 Ger.W.), de toelaatbaarheid van de echtscheiding (art. 275 en 276 BW; deze artikelen werden echter opgeheven door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) en de inhoud van de overeenkomsten nopens de *m i n d e r j a r i g e* kinderen. Er wordt ook onderzoek gedaan naar de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de echtscheiding.

Voormelde regeling is een nieuwigheid die een verhoging betekent van het gerechtelijke toezicht op de echtscheiding door onderlinge toestemming. Bovendien worden de echtgenoten alzo van in het begin van de procedure verwittigd van mogelijke gebreken.

**411** In de praktijk komen er nogal wat ongunstige adviezen voor, voornamelijk m.b.t. onnauwkeurige verblijfsregelingen van de kinderen voor de vakanties, het gebruik van de verouderde terminologie i.v.m. de uitwerking van de uitoefening van het ouderlijke gezag en het recht op persoonlijk contact en regelingen met een volledige afstand van rechten en plichten ten aanzien van het kind met als tegenprestatie vrijstelling van het betalen van onderhoudsbijdrage.

#### b. De controle van de rechter

**412** Deze controle kan twee vormen aannemen (zie voor een uitgebreide bespreking: H. VANBOCKRIJCK, “Art. 1290 Ger.W.” in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.):

- hij kan ter gelegenheid van de eerste verschijning aan de partijen voorstellen bepaalde beschikkingen te wijzigen (art. 1290, tweede lid Ger.W.);
- hij kan ten laatste op de eerste verschijning ambtshalve beslissen tot het horen van de kinderen (art. 1290, derde lid Ger.W.).

Het voorafgaandelijk horen van het kind is geen voorwaarde voor het formuleren van voorstellen tot wijziging. Gedurende de hele procedure kan de minderjarige zelf vragen om gehoord te worden.

In de beide voormelde gevallen wordt dan een nieuwe zitting bepaald die moet

plaatshebben binnen de maand na neerlegging van het PV van de eerste verschijning of van het onderhoud met het kind (art. 1290, vierde lid Ger.W.). Deze termijn is een termijn van orde; er is geen sanctie bepaald bij het overschrijden ervan.

Tijdens deze verschijning kan de rechter de beslissing nemen de strijdige beschikkingen te laten schrappen of wijzigen. De echtgenoten hebben hiertegen geen specifiek recht van verhaal (art. 1291 Ger.W.), om reden dat de beslissing geen vonnis is maar een maatregel *sui generis* (P. SENAËVE, “De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997”, *EJ* 1997, 84).

De voorzitter draagt immers de echtgenoten op zelf de door hem gewenste wijziging door te voeren. Het staat hen vrij om al dan niet op dit verzoek in te gaan. Gaan zij niet op het verzoek in, dan zal dit desgevallend leiden tot de afwijzing van hun echtscheiding. Zulks zal door de rechtbank dienen gemotiveerd te worden (art. 1298, *in fine* Ger.W.).

Tegen dergelijk afwijzend vonnis van de rechtbank kunnen de echtgenoten wél – gezamenlijk – hoger beroep aantekenen (art. 1300 Ger.W.). Voor het hof van beroep kunnen zij alsdan de *in j u n c t i e* van de voorzitter bekritisieren en het hof verzoeken vast te stellen dat de geviseerde beschikkingen van de voorafgaande overeenkomst niet strijdig zijn met het belang van het kind.

In beide voormelde gevallen blijft, ondanks de bijkomende verschijning, de tweede verschijning van artikel 1294 Ger.W. bestaan, zij het dat de termijn van drie maanden wordt geschorst tot en met de datum van de bijkomende verschijning. Concreet betekent dit dat in beide hypothesen de termijn van drie maanden pas begint te lopen vanaf deze bijkomende verschijning. De EOT-procedure kan dus langer aanslepen dan de normale vijf maanden en er kunnen dus meer dan twee verschijningen zijn.

**413** Door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding (*BS* 7 juni 2007) werd de proef- of reflectietermijn enigszins omgevormd. Leven de echtgenoten bij de inleiding van de echtscheidingsvordering reeds zes maanden feitelijk gescheiden, dan hoeven ze slechts eenmaal voor de rechter te verschijnen (art. 1291*bis* Ger.W.).

Er is echter geen concordantie tussen het nieuwe artikel 1291*bis* Ger.W. en het oude artikel 1293 Ger.W.

Vermits de tweede verschijning wegvalt, kunnen de echtgenoten ook geen gebruik meer maken van de mogelijkheid tot wijziging van hun overeenkomsten dat het artikel 1293 (oud) Ger.W. bood in geval van nieuwe en onvoorziene omstandigheden in hun toestand of die van de kinderen. De wetgever is blijkbaar vergeten artikel 1293 Ger.W. aan te passen aan artikel 1291*bis* (nieuw) Ger.W.

Indien vrijstelling wordt verleend van de tweede verschijning dan wordt meteen artikel 1295 e.v. Ger.W. toegepast, wat inhoudt dat binnen de drie dagen na de eerste en enige verschijning de rechter in raadkamer aan de rechtbank verslag zal uitbrengen ter gelegenheid waarvan dan al dan niet de echtscheiding wordt uitgesproken.

### c. De voorlopige binding

**414** Onder het oude artikel 1287, vierde lid Ger.W. hadden de vermogensrechtelijke overeenkomsten geen gevolg meer indien afstand werd gedaan van de procedure.

De wetgever beoordeelde dit volledige verval als te verregaand en wou beletten dat er *ab initio* een echtscheidingsprocedure moest worden ingeleid (*Parl.St.* Kamer, nr. 51-2341/008, Amendement nr. 109 (regering), 11).

Indien afstand wordt gedaan van de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming, verbinden de (vermogensrechtelijke) overeenkomsten de partijen voortaan v o o r l o p i g. De wetgever verwijst enkel naar het artikel 1287 Ger.W. en niet naar de familierechtelijke overeenkomsten zoals bepaald in artikel 1288 Ger.W. doch het gaat hier klaarblijkelijk om een loutere vergetelheid te verklaren door het feit dat in het verval in het oude recht enkel voorzien was onder artikel 1287 Ger.W. Op een vraag van mev. LAHAYE-BATTHEU, gaf de minister van Justitie in de kamercommissie voor de Justitie overigens toe dat het om een materiële vergissing gaat (*Vr.en Antw.* Kamer 2007-08, 17 oktober 2007, Vr. nr. 102 LAHAYE-BATTHEU).

Werden de voorafgaande overeenkomsten in een n o t a r i ë l e a k t e opgenomen, dan blijven de afspraken automatisch (voorlopig) gelden totdat zij worden bekrachtigd door de echtscheidingsrechter in het kader van de procedure echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting (EOO) (art. 1257 Ger.W.) of totdat nieuwe voorlopige maatregelen worden bevolen in kort geding (art. 1280 Ger.W.). Deze laatste hypothese zal zich wel het meest voordoen vermits in de praktijk de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming meestal wordt verlaten wanneer er geen akkoord meer is betreffende de voorafgaande overeenkomsten.

Gaat het niet om een n o t a r i ë l e voorafgaande overeenkomst dan heeft die ook een voorlopige binding doch dan kan de kort gedingrechter op verzoek van de meest gerede partij een voorlopige titel (een “voorlopige” beschikking) verlenen die in overeenstemming is met de voorafgaande overeenkomsten en dit dus in afwachting totdat alsnog een akkoord kan worden bekrachtigd door de echtscheidingsrechter (art. 1257 Ger.W.) dan wel de kort gedingrechter voorlopige maatregelen uitspreekt (art. 1280 Ger.W.).

De zaak wordt op een zitting voor de kort gedingrechter gebracht in overeenstemming met artikel 1256 Ger.W., d.w.z. dat ze op verzoek van één van de partijen wordt verwezen door de bodemrechter naar de eerst nuttige zitting van de zaken in kort geding, voor zover ze nog niet is ingeschreven op de rol van de zaken in kort geding. Artikel 803 Ger.W. is van toepassing.

Wij zijn het niet eens met het standpunt dat stelt dat de kort gedingrechter maar een voorlopige titel zou kunnen geven voor die onderdelen van de voorafgaande overeenkomsten waarvoor hij niet werd geadieerd in het kader van de conflictueuze procedure (art. 1280 Ger.W.) of enkel voor nieuwe partiële overeenkomsten (G. VERSCHELDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen”, *T.Fam.* 2007, 147, nr. 35; de auteur is later op zijn standpunt teruggekomen, G. VERSCHELDEN, “Echtscheiding door onderlinge toestemming” in *FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID. INSTITUUT NOTARIEEL RECHT. UNIVERSITEIT GENT* (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 12*, Brugge, die Keure, 2008, 45).

Op die manier ontstaat er een discriminatie tussen de echtgenoten die over een notariële akte beschikken waarvan alle onderdelen van de voorafgaande overeenkomsten in principe uitvoerbaar zijn en diegenen die daarover niet beschikken, terwijl het precies de bedoeling was van de nieuwe bepaling om dit onderscheid op te heffen.

Deze interpretatie is in strijd met de voorlopige draagkracht die de wetgever heeft willen geven aan de voorafgaande overeenkomsten (aanhef van paragraaf 2 van art. 1294bis Ger.W.) en waarvan de uitvoerbaarheid hetzij via een notariële akte, hetzij via een gerechtelijke akte toch maar het *instrumentum* is. De voorzitter moet geen “uitspraak” doen over één of meerdere punten uit de voorafgaande overeenkomsten, hij moet enkel uitvoerbaarheid geven. Hij kan die weigeren voor bedingen die strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden (J.-P. MASSON, “La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2007, 541, in het bijzonder voetnoot 49).

Bovendien heeft de voorlopige titel toch ook maar zin indien hij wordt gevraagd in afwachting van het totstandkomen van nieuwe overeenkomsten (art. 1257 Ger.W.) dan wel de beslechting van de geschillen door de kort gedingrechter (art. 1280 Ger.W.) en niet n a d a t die akkoorden werden gesloten of de geschillen aanhangig werden gemaakt.

Het is duidelijk dat de wetgever met het systeem van de voorlopige binding een beschermingsmechanisme beoogde ten voordele van de echtgenoot die wenste uit de echt te scheiden via de echtscheiding door onderlinge toestemming maar daarin voor “schut” wordt gezet door de andere, niet zelden zelfs wordt gechanteed. Nochtans is het niet enkel die echtgenoot die het recht heeft de overstap te vragen. Artikel 1294bis, § 2 Ger.W. spreekt van de “meeste gerede partij” doch het zal wel zo zijn dat de echtgenoot die niet te



goeder trouw handelt er geen belang bij heeft zich als “meest gerede partij” op te werpen.

Dit beschermingsmechanisme kan dan ook niet vooraf conventioneel worden uitgeschakeld maar het verliest anderzijds zijn betekenis indien de echtgenoten zich verzoenen of samen beslissen de procedure te verlaten *z o n d e r* overstap. Zie m.b.t. tot de mogelijkheid om het systeem van de voorlopige binding conventioneel uit te schakelen, *verder* nrs. 969-970.

Nog omwille van dit beschermingsmechanisme kan het voorlopig bindende karakter niet worden uitgeschakeld vóór de homologatie bepaald in artikel 1257 Ger.W. in de hypothese dat partijen bestaande overeenkomsten vervangen door nieuwe (*anders* G. VERSCHELDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoorstellen”, *T.Fam.* 2007, 146, nr. 32).

**415** De overstapregeling geldt uiteraard slechts in geval er werkelijk wordt “overgestapt” van de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming naar de procedure echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (EOO) en niet wanneer er geen gerede partij is, hetzij om reden dat partijen zich hebben verzoend, dan wel dat zij de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming zuiver en eenvoudig hebben “verlaten” (*anders* K. VERSTRAETE, “Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding”, *NJW* 2007, 639, nr. 56).

Wordt het tegenovergestelde standpunt gehuldigd, d.w.z. dat de voorlopige gelding bestaat buiten de wil en het akkoord van de partijen, dan blijven zij, zonder dat zij dit willen, opgezadeld met de voorafgaande overeenkomsten en organiseert de wetgever langs deze weg eigenlijk een feitelijke scheiding.

Indien zuiver en eenvoudig afstand wordt gedaan van de echtscheiding door onderlinge toestemming dan hebben de voorafgaande overeenkomsten geen reden van bestaan meer. Zij werden tot stand gebracht – dikwijls mits een geheel van wederzijdse toegevingen – met het oog op het bekomen van een echtscheiding. Indien afstand wordt gedaan van de procedure zonder de bedoeling nog een echtscheiding te bereiken, dan beantwoorden de voorafgaande overeenkomsten niet meer aan hun finaliteit. Anders is het uiteraard wanneer het de bedoeling blijft, via de overstap, om tot een echtscheiding te komen.

Een voorlopige binding zonder dat de partijen nog de bedoeling hebben om tot een echtscheiding te komen zou ook ongewenste effecten hebben. Indien bijvoorbeeld een echtgenoot in het kader van de voorafgaande overeenkomsten *a f s t a n d* deed van het recht op een onderhoudsgeld tijdens de proeftijd en ook daarna, en zulke afstand zou een voorlopige binding hebben indien de procedure EOT wordt verlaten, dan zou dit strijdig zijn met het algemene

beginsel in het alimentatierecht dat van dit recht tijdens het huwelijk geen afstand kan worden gedaan (Cass. 14 november 1974, *Pas.* 1975, I, 304 en *RW* 1974-75, 1766; het nieuwe art. 301, § 9 BW is ook een toepassing van dit beginsel van openbare orde). Ook overeenkomsten m.b.t. de kinderen zouden een voorlopige binding krijgen terwijl ze nooit door de rechter werden gehomologeerd, uitgezonderd de hypothese dat in het geval van een onderhandse overeenkomst om een titel zou worden gevraagd aan de kort gedingrechter overeenkomstig artikel 1294*bis*, § 2 Ger.W.

Artikel 1294*bis*, § 2 Ger.W. vermeldt trouwens uitdrukkelijk dat de voorafgaande overeenkomsten slechts een voorlopige draagkracht behouden tot wanneer de artikelen 1257 of 1280 Ger.W. worden toegepast en dit is toch maar mogelijk indien er werd overgestapt naar de derde variant van de procedure echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (EOO) (op eenzijdig verzoek en mits een termijn van feitelijke scheiding van 1 jaar, nieuw art. 229, § 3 BW). De wet voorziet niet in voorlopige binding indien bijvoorbeeld wordt overgestapt naar een procedure op grond van de artikelen 221 en 223 BW voor de vrederechter. Nochtans wordt dan ook afstand gedaan van de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming.

In de hypothese dat de voorafgaande overeenkomsten een voorlopige binding behouden bij eenvoudige en zuivere afstand, rijst de vraag of partijen dan niet conventioneel kunnen bedingen dat de overeenkomsten geen gevolg meer hebben. Indien men deze mogelijkheid zou afwijzen op basis van de redenering dat de voorlopige draagkracht van de overeenkomsten door de wetgever werd ingevoerd om de echtgenoot die slachtoffer is van de eenzijdige beslissing van de andere om de procedure stop te zetten, te beschermen, dan bevestigt dit precies het standpunt dat er enkel een voorlopige draagkracht is bij overstap en niet bij het gezamenlijk verlaten van de procedure.

Mits deze laatste vaststelling menen wij dat het overigens niet mogelijk is het voorlopige bindende karakter van de overeenkomsten, conventioneel uit te schakelen gelet op het beschermingsmechanisme dat de wetgever voor ogen had (zie in dezelfde zin G.VERSCHELDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoorwaarden”, *T.Fam.* 2007, 147, nr. 33).

Dit vraagstuk werd uitgebreid behandeld onder de nrs. 969-970

#### d. Homologatie van de overeenkomsten m.b.t. de kinderen

**416** Als logisch gevolg van de inhoudelijke en opportunitiecontrole door het Openbaar Ministerie (art. 1289*ter*, 1293, 1297 Ger.W.) en de rechter (art. 1290, 1293, 1295 Ger.W.), dient de rechtbank, wanneer zij de echtscheiding uitsprekt, de overeenkomsten betreffende de minderjarige kinderen te homologeren (art. 1298 Ger.W.).

Door deze homologatie verkrijgt dit gedeelte van de familierechtelijke overeenkomst gezag van gewijsde en wordt hieraan uitvoerbare kracht verleend (zie voor een toepassing m.b.t. inschrijvingsgelden in het kader van een uitwisselingsprogramma met een High School in Australië en het “vaststaande” en “zekere” karakter van de vordering: Antwerpen 27 november 2007, *NJW* 2008, 556, noot G. VERSCHELDEN).

**417** Voor de periode tussen het afsluiten van de overeenkomst en het definitief worden van de echtscheidingsuitspraak biedt de homologatie echter geen oplossing en verleent alleen een authentieke akte onmiddellijke uitvoerbaarheid (F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000). Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 77, nrs. 17 en 18).

**418** Opdat de notariële of gehomologeerde onderhandse akte effectief uitvoerbaar zou zijn, is m.b.t. verbintenissen tot betaling van een geldsom vereist, dat alle elementen, die toelaten het juiste bedrag van de schuld, de datum van eisbaarheid en de betalingsmodaliteiten nader te bepalen, in de akte opgenomen zijn (Beslagr. Brussel 4 oktober 1995, *Div.Act.* 124, noot F. LIGOT: helft van de school- en kledijkosten; Bergen 5 februari 1996, *Rev.not.b.* 1997, 481, noot: helft van de buitengewone logopedie-kosten; Antwerpen 27 november 2007, *NJW* 2008, 556, noot G. VERSCHELDEN: beding m.b.t. de buitengewone kosten; K. BROECKX, “Perikelen bij de executie van een akte van echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 1997, 18; D. PIRE, “Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels: les conventions relatives aux pensions entre époux”, *TBBR* 2001, 486).

De schuldvordering moet immers zeker, vaststaand en opeisbaar zijn (art. 1494 Ger.W.).

Wanneer de draagwijdte van de uitkeringsverplichting voor ernstige betwisting vatbaar is, zal de akte geen uitvoerbare titel verlenen en kan de beslagrechter, in afwachting van een beslissing van de bodemrechter, de uitvoering schorsen. Voldoen aldus niet de overeenkomsten waarin de kosten te algemeen omschreven zijn, dan wel de verdeelsleutel ontbreekt. Specifiek m.b.t. de buitengewone uitgaven komt dit nogal veel voor.

Nochtans scheen de te vage omschrijving geen beletsel te vormen in de volgende casus waarover het hof van beroep te Gent te oordelen had (Gent 27 november 2006, *NJW* 2007, 753, noot G. VERSCHELDEN).

“Wanneer de vader zich in de overeenkomsten voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming verbonden heeft om maandelijks aan de moeder voor het kind een bepaald bedrag te betalen ‘later te verhogen met onder andere de helft van de buitengewone schoolkosten en medische kosten en geïndexeerd’ oordeelt de jeugdrechtbank terecht dat de vordering van de moeder om de vader te veroordelen tot een bedrag aan buitengewone kosten ontoelaatbaar is. De moeder heeft geen belang bij deze vordering (art. 17 Ger.W.), aangezien zij met het echtscheidingsvonnis dat de overeenkomst met betrekking tot de kinderen gehomologeerd heeft, al over een uitvoerbare titel beschikt om haar aanspraak (desnoods gedwongen) te realiseren”.

**419** De beslagrechter is bevoegd om uitstel van betaling toe te staan in geval van gedwongen uitvoering middels een notariële akte (art. 1334 Ger.W.). Hij heeft die bevoegdheid niet in geval van uitvoering van een vonnis. Dan moet in het uitstel reeds voorzien zijn in het vonnis door de bodemrechter (art. 1333 Ger.W.).

De aanvraag daartoe moet gedaan worden op straffe van verval binnen de 15 dagen te rekenen van het bevel of indien er geen reden tot bevel was, van de betekening van de eerste akte van beslag aan de schuldenaar. Het uitstel van betaling kan ook gevraagd worden voor de achterstallen (D. PIRE, “Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels: les conventions relatives aux pensions entre époux”, *TBBR* 2001, 487).

## B. WIJZIGINGEN

### 1. *Tijdens de procedure*

a. Wijzigingen omwille van nieuwe en onvoorziene omstandigheden – artikel 1293, eerste lid Ger.W.

**420** Tegen een wijziging die de ouders onderling overeenkomen in de loop van de procedure bestaat meestal geen bezwaar, voor zover blijkt dat dit in het belang van het kind is en voldoet aan de vereisten van artikel 1293, eerste lid Ger.W.

Een wijziging in de loop van de procedure door de ene ouder tegen de andere, dus eenzijdig, is ook mogelijk, maar dit kan het akkoord van de echtgenoten over de echtscheiding zelf en bijgevolg de voortzetting van de procedure op de helling zetten. Immers het voorstel tot wijziging dient gezamenlijk te worden voorgelegd (art. 1293, eerste lid Ger.W.).

**421** Alleszins dient zich een nieuwe en onvoorzienbare gebeurtenis voor te doen, die de toestand van de echtgenoten en/of van de kinderen buiten hun wil ingrijpend beïnvloedt (S. BROUWERS, “Wijziging van de voorafgaande E.O.T.-overeenkomsten inzake de kinderen: vlugger gezegd dan gedaan” (noot onder Rb. Antwerpen 10 oktober 1996), *Not.Fisc.M.* 1996, 271-276; F. BUYSSENS, “Tegenbrieven bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel 11 september 1992), *Not.Fisc.M.* 1995, 4.23-4.28; F. BUYSSENS, “De echtscheiding door onderlinge toestemming”, in P. SENAEVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, 2de uitg., Antwerpen, Maklu 1997, 337; J. GERLO, “Artikel 203, § 1 BW, artikel 203bis BW en artikel 1288, eerste lid, 3° Ger.W. na de wetten van 30 juni 1994 en 13 april 1995 – Bijzondere problemen in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming”, *Not.Fisc.M.* 1997, 122-128).

Ook buiten de voorgaande gevallen kunnen de echtgenoten een wijziging van de familiale overeenkomst doorvoeren m.b.t. de minderjarige kinderen doch dan op voorstel van de rechter respectievelijk op zijn bevel (art. 1290 Ger.W.). In de gevallen van nieuwe en onvoorzienbare omstandigheden dienen de partijen daarvan het bewijs te leveren.

**422** De wijze waarop het voorstel aan de rechtbank wordt voorgelegd, wordt in de wet niet nader omschreven.

In de praktijk blijkt dit een bijkomend verzoekschrift te zijn dat vooraf moet worden neergelegd. De wijzigende overeenkomst wordt neergelegd in hetzelfde aantal exemplaren als de oorspronkelijke overeenkomst. Het oorspronkelijke verzoekschrift zelf moet niet worden gewijzigd.

De rechter kon dan in de vorige wettelijke regeling (wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994) ambtshalve beslissen de kinderen te horen. Hij moest zijn beslissing nemen ten laatste bij de tweede verschijning van de partijen. In dat geval bepaalde hij, binnen een maand na de neerlegging van het PV van het onderhoud, een nieuwe datum voor de tweede verschijning. Hier bleef de tussenkomst van de rechter beperkt tot voorstellen en kon hij zelf niet beslissen tot wijziging of schrapping.

**423** Door de wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997) werd dit systeem aangevuld als volgt.

De rechter kan de voorgestelde wijzigingen die kennelijk strijdig zijn met de belangen van de kinderen nu wel laten schrappen of wijzigen. De echtgenoten die weigeren daarop in te gaan lopen het risico om uiteindelijk hun verzoek tot echtscheiding afgewezen te zien. Verder wordt deze tussenkomst van de rechter losgekoppeld van het al dan niet horen van de kinderen.

Zowel ingeval de voorzitter overeenkomstig artikel 1293, tweede lid Ger.W. aan de echtgenoten heeft “voorgesteld” om de nieuwe beschikkingen die hem strijdig lijken met het belang van het kind te wijzigen, als in het geval hij overeenkomstig artikel 1293, derde lid Ger.W. ambtshalve beslist heeft om de kinderen te horen, dient hij een nieuwe datum te bepalen voor een bijkomende verschijning van de echtgenoten. Hij dient deze bijkomende verschijning te laten plaatshebben binnen de maand na de neerlegging van het proces-verbaal van de eventuele vorige bijkomende verschijning, resp. binnen de maand na de neerlegging ter griffie van het proces-verbaal van verhoor van de kinderen (art. 1293, vierde en vijfde lid, Ger.W.).

**424** Hierboven werd er al op gewezen dat er geen concordantie is tussen het nieuwe artikel 1291*bis* Ger.W. en het oude artikel 1293 Ger.W. Door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding (*BS* 7 juni

2007) werd de mogelijkheid ingevoerd vrijstelling te verkrijgen van de tweede verschijning. Leven de echtgenoten bij de inleiding van de echtscheidingsvordering reeds zes maanden feitelijk gescheiden, dan hoeven ze slechts éénmaal voor de rechter te verschijnen (art. 1291*bis* Ger.W.).

Vermits de tweede verschijning wegvalt kunnen de echtgenoten ook geen gebruik meer maken van de mogelijkheid tot wijziging van hun overeenkomsten dat het artikel 1293 (oud) Ger.W. bood in geval van nieuwe en onvoorzienbare omstandigheden in hun toestand of die van de kinderen en kan de rechter zijn controle niet meer uitoefenen. De wetgever is blijkbaar vergeten artikel 1293 (oud) Ger.W. aan te passen aan artikel 1291*bis* (nieuw) Ger.W.

**425** Zoals uit het voorgaande blijkt is de wijzigingsmogelijkheid tijdens de echtscheidingsprocedure vrij restrictief geformuleerd en brengt zij een nogal zware procedure met zich mee.

In de praktijk wordt getracht hieraan te ontkomen door de techniek van de *geheime tegenbrieven*.

Vermits een tegenbrief een schending uitmaakt van de echtscheidingsprocedure, die de openbare orde raakt, is hij aangetast door absolute nietigheid (F. BUYSSENS, “Tegenbrieven bij echtscheiding met onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel 11 september 1992), *Not.Fisc.M.* 1995, afl. 4, 25; W. PINTENS, “Ontbinding huwelijksvermogensstelsel” in W. PINTENS en F. BUYSSENS (ed.), *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, 8-9).

Bij de redactie van tegenbrieven m.b.t. de onderhoudsbijdrage voor de kinderen dient men zich bovendien te hoeden voor formuleringen, die in strijd zijn met de openbare orde doordat zij bijvoorbeeld een definitieve ontheffing van de *obligatio* in hoofde van één van de ouders inhouden.

**426** De mogelijkheid tot bekrachtiging van de tegenbrief na het definitief worden van de echtscheiding, is een belangrijk gegeven in de beoordeling van wijzigingsverzoeken na echtscheiding.

Volgens de klassieke stelling kan de tegenbrief, zelfs al werd hij door de partijen nageleefd, niet worden bevestigd (Brussel 21 juni 1948, *JT* 1948, 545; Antwerpen 6 mei 1985, *T.Not.* 1985, 172).

Recentere rechtspraak en rechtsleer hebben echter gesteld dat tegenbrieven, aangetast door absolute nietigheid, wél bevestigd kunnen worden na de overschrijving van de echtscheiding (Luik 17 januari 2001, *JT* 2001, 381 en *JLMB* 2002, 637 noot; Gent (16de kamer) 13 april 2001, *T.Not.* 2001, 675). Tijdens de echtscheidingsprocedure wordt de absolute nietigheid immers opgelegd ter bescherming van hogere maatschappelijke belangen (F. BUYSSENS, “Tegenbrieven bij echtscheiding met onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brus-

sel 11 september 1992), *Not.Fisc.M.* 1995, afl. 4, 25). Eens de echtscheiding is overgeschreven, is er nog slechts het private belang van ieder van de betrokken partijen zodat niets de bevestiging van de tegenbrief in de weg staat (C. COUQUELET, “Validité des contre-lettres aux conventions préalables à divorce par consentement mutuel et responsabilité professionnel du notaire” (noot onder Brussel 9 mei 1997), *TBBR* 1998, 218 e.v.).

Na de overschrijving van de echtscheiding kan de geheime tegenbrief volgens deze stelling dus worden bevestigd, indien de partijen deze vrijwillig uitvoeren, al was het maar gedeeltelijk (Antwerpen 17 maart 2004, *RW* 2005-06, 152; Brussel 9 mei 1997, *TBBR* 1998, 218; Rb. Aarlen 5 januari 1993, *RRD* 1993, 137; Vred. Verviers 28 februari 1997, *JLMB* 1997, 1588).

De vraag rijst echter of deze geheime tegenbrief ook bevestigd kan worden, indien één van de echtgenoten deze na de overschrijving van de echtscheiding niet vrijwillig uitvoert.

In een vonnis van 24 juli 2003 ging de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen nog een stap verder dan de heersende rechtspraak en d w o n g de uitvoering van een nietige tegenbrief af (Rb. Antwerpen 24 juni 2003, *RABG* 2005, 689, noot C. VERGAUWEN).

Waar tijdens de echtscheidingsprocedure het algemeen belang zich verzet tegen verborgen afwijkingen op de regelingsakte, is er na de echtscheiding nog slechts het privébelang van ieder van de betrokken partijen en staat het hen vrij om vanaf dan opnieuw met elkaar te kunnen contracteren. Partijen zijn dan ook vrij om de inhoud van een nietige tegenbrief te bekrachtigen door deze vrijwillig na te leven. De vraag rijst of men iemand kan d w i n g e n om tot uitvoering over te gaan van een *in se* absoluut nietige overeenkomst.

**427** Door een meerderheid van de rechtspraak werd het gedurende jaren stilzwijgend naleven van een geheime tegenbrief beschouwd als een bevestiging dat de bijdrage voldoende was om het kind te geven waarop het recht heeft. Net zoals voor het gedurende een bepaalde periode naleven van stilzwijgende afwijkingen van de oorspronkelijke overeenkomsten wordt dit door deze rechtspraak geïnterpreteerd als een definitieve verzaking voor het verleden en daarenboven als een argument voor een toekomstige wijziging van de bijdrage (Vred. Verviers 28 februari 1997, *JLMB* 1997, 1588; F. BUYSSENS, “Overzicht rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 88, nrs. 38-39).

Het Hof van Cassatie sprak zich categoriek tegen deze rechtspraak uit: geheime afspraken tussen de echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming, met miskenning van de strikte regels tot wijziging van de aan de procedure voorafgaande overeenkomsten (art. 1293 Ger.W.) zijn absoluut nietig en komen derhalve niet voor bevestiging in aanmerking, ook niet nadat de echtscheiding definitief is (Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSSELMANS en *Div.Act.* 2007, 65, noot S. MOSSELMANS).

Deze redenering dient te worden bijgetreden daar absoluut nietige rechtshandelingen nooit voorwerp kunnen uitmaken van bevestiging. Wanneer de rechtshandeling wegens strijdigheid met de openbare orde absoluut nietig is, kan de partij, die de gedwongen uitvoering ervan na de echtscheiding nastreeft, zich hierop onmogelijk beroepen, ook al werd hieraan door de andere partij vrijwillig gevolg gegeven (S. MOSSELMANS, “Bestendigheid van de huwelijksvoorwaarden” (noot onder Cass. 15 mei 2006), *TBBR* 2007, 30).

Dit neemt echter niet weg dat de gewezen echtgenoten, nadat hun huwelijk ontbonden werd ingevolge de echtscheiding door onderlinge toestemming, nieuwe onderhandelingen kunnen voeren, die leiden tot een nieuwe, aan de regelingsakte en familierechtelijke overeenkomst afwijkende, regeling, waarvan normaliter een nieuw *instrumentum* wordt opgesteld. Deze nieuwe wils-overeenstemming kan daarentegen wel het voorwerp uitmaken van een vordering tot het bekomen van een uitvoerbare titel.

#### b. Andere wijzigingen

**428** Indien hiervoor een aanvullende akte wordt opgesteld moet deze in principe worden neergelegd vóór de eerste verschijning.

Bij neerlegging na de eerste verschijning van de echtgenoten, zal de rechter bij hun tweede verschijning oordelen of de aanvullende akte al dan niet onder toepassing valt van artikel 1293, eerste lid Ger.W. en/of de procedure alsdan kan doorgaan dan wel moeten worden hernomen.

In dit laatste geval (indien art. 1293, eerste lid Ger.W. dus niet van toepassing is) krijgen de echtgenoten een nieuwe datum voor de eerste verschijning. De door partijen neergelegde stukken worden dan in principe niet teruggegeven daar zij verder kunnen aangewend worden in de hernomen procedure.

Zoals hierboven reeds vermeld is er niet altijd een tweede verschijning. Bij toepassing van artikel 1291*bis* Ger.W. kunnen de echtgenoten vrijstelling verkrijgen van de tweede verschijning indien ze aantonen dat zij reeds meer dan zes maanden feitelijk gescheiden leven op het ogenblik van de inleiding van de procedure. Het inleiden van de procedure gebeurt op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift (vgl. met het voldoen aan de (toenmalige) grondvoorwaarden voor de echtscheiding door onderlinge toestemming die moesten vervuld zijn op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift: Rb. Antwerpen 9 oktober 1995, *EJ* 1995, 103, noot P. SENAËVE en *Not.Fisc.M.* 1996, 55, noot S. BROUWERS).



## 2. *Na de procedure*

### a. Op eenzijdig verzoek

**429** Aangaande de wijzigingen aan de onderhoudsbijdrage na echtscheiding en op eenzijdig verzoek van een der ouders heeft de wetgever zelf in een uitzondering voorzien op het beginsel van de onveranderlijkheid. Artikel 1288, laatste lid, Ger.W. bepaalt dat: “Wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen, kunnen de beschikkingen bedoeld in het 2° en het 3° van het voorgaande lid na de echtscheiding worden herzien door de bevoegde rechter”. Dit artikel onderging geen wijzigingen door de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

**430** Onder gelding van de wet van 30 juni 1994 (wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994) kon de vrederechter ingeval “nieuwe en onvoorziene omstandigheden” de toestand van het kind ingrijpend wijzigen, de regeling betreffende de onderhoudsbijdrage herzien (art. 1288, tweede lid Ger.W.).

De mogelijkheid van wijziging van de overeengekomen onderhoudsbijdrage voor het kind was in feite een wettelijke afwijking op het door het Hof van Cassatie vooropgestelde onderscheid tussen het *obligatio*-aspect en het *contributio*-aspect van de onderhoudsbijdrage (Cass. 8 oktober 1982, *RW* 1983-84, 1193).

In een arrest van 2 juli 2003 oordeelde het Arbitragehof dat deze wijzigingsmogelijkheid niet discriminatoir was in vergelijking met de principiële onveranderlijkheid van de uitkering tussen ex-echtgenoten en zulks om reden dat de onderhoudsverplichting t.o.v. kinderen van openbare orde is, terwijl de tweede louter conventioneel is (Arbitragehof 2 juli 2003, nr. 96/2003, *RTDF* 2004, 99). Door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding, *BS* 7 juni 2007 werd de principiële onveranderlijkheid inmiddels omgezet in een principiële wijzigbaarheid, vgl. het nieuwe art. 301, § 7 BW).

Hoewel de nieuwe mogelijkheid tot wijziging een versoepeling betekende ten opzichte van het oude systeem, werd het toch als te restrictief ervaren (W. PINTENS en F. BUYSENS, “De echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 270).

De wet van 20 mei 1997 (wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997) is hieraan tegemoet gekomen derwijze dat de regelingen m.b.t. de kinderen na echtscheiding kunnen worden herzien “wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van partijen hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen” (art. 1288, laatste lid Ger.W.) i.p.v.

“nieuwe en onvoorziene omstandigheden” zoals bepaald in het oude artikel 1288, tweede lid Ger.W. (Rb. Brussel 6 februari 2001, *Div.Act.* 2001, 73, noot A.-C. VAN GYSEL; Vred. Fontaine-l’Évêque 5 april 2007, *JLMB* 2007, 1620; P. SENAËVE, “De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997”, *EJ* 1997, 93).

Met betrekking tot het voorgaande is er het arrest van het Hof van Cassatie van 14 februari 2002 waarin wordt gesteld dat de wettelijke bepalingen betreffende de overeenkomst tussen echtgenoten die wensen over te gaan tot een echtscheiding door onderlinge toestemming over de bijdrage van elk van hen in het levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van de gemeenschappelijke kinderen, van openbare orde zijn (Cass. 14 februari 2002, *RABG* 2003, 105, noot F. DE BOCK, *Pas.* 2002, I, 435, *RTDF* 2004, 990, *EJ* 2002, 118, noot F. BUYSSENS en *Arr. Cass.* 2002, 465).

Dit brengt met zich mee dat een nieuwe wet (*in casu* ging het over de wet van 20 mei 1997), ingevolge artikel 2 BW en 3 Ger. W. onmiddellijk van toepassing wordt op toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude wet zijn ontstaan. Volgens het Hof van Cassatie kan een aanvraag tot herziening van een bijdrage dus niet worden afgewezen op grond van het feit dat de gewijzigde omstandigheden van een partij niet zouden voldoen aan de vereisten gesteld door de oude wet (wet van 30 juni 1994).

Dit standpunt dat gesteund is op het openbare ordekarakter van onderhoudsbijdragen voor kinderen is een afwijking van het gemeen overgangsrecht. In beginsel blijft immers in contractuele materies de oude wet die van toepassing was op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, gelden.

**431** Deze nieuwe regeling houdt in vergelijking met de wet van 30 juni 1994 (wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994) een dubbele versoepeling in.

1. Doordat niet langer het onvoorzienbare karakter dient te worden aangetoond, kunnen alle zich na de echtscheiding voordoende nieuwe omstandigheden een wijziging rechtvaardigen op voorwaarde dat deze onafhankelijk zijn van de wil van partijen, zo bijvoorbeeld de wijziging in de financiële situatie omwille van ziekte, onvrijwillige werkloosheid, faillissement, afbranden van de woning, diefstal enz.

Vgl. het vonnis van de vrederechter van Verviers die van oordeel is dat de geboorte van een kind binnen het nieuwe gezin niet onafhankelijk is van de wil van partijen (Vred. Verviers 21 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1778, noot). Ook de aankoop van een auto voor het kind door de moeder die zich daarop steunde om aan de vader een verhoging van de onderhoudsbijdrage te vragen werd afgewezen omdat dit geen omstandigheid is onafhankelijk van de wil van de partijen (Vred. Grâce-Hollogne 18 april 2006, *JLMB* 2007, 86, verkort).

2. Op voorwaarde dat zij een ingrijpende invloed hebben, kunnen zowel wijzigingen in de toestand van de kinderen, als in de toestand van de echtgenoten zelf in aanmerking genomen worden. Bijvoorbeeld een ex-echtgenoot die een zwaar ongeval heeft en daardoor niet meer kan werken, of een ex-echtgenoot die in zijn tweede huwelijk nieuwe kinderen heeft t.a.v. wie hij eveneens onderhoudsplichtig is, wijziging van de verblijfsregeling enz.

**432** Wijzigingsverzoeken gesteund op het ouder worden van het kind blijven echter ook onder de nieuwe libellering van artikel 1288, laatste lid Ger.W. voor problemen zorgen (zie nochtans Cass. 15 maart 2007, *RTDF* 2007, 799, dat stelt dat de toename van de behoeften van een kind als gevolg van het ouder worden en de evolutie van de studies, van aard is om een verhoging van de onderhoudsbijdrage te rechtvaardigen en niet kan worden geweigerd om de enkele reden dat de toename van de onderhoudskost niet gedetailleerd was door de eiser).

Vermits het ouder worden van het kind niet echt als een nieuwe omstandigheid gekwalificeerd kan worden, weigeren sommige vrederechters dan ook een verhoging van de bijdrage op grond van het ouder worden of de hiermee gepaard gaande hogere kledijkosten, maar staan de verhoging wel toe op grond van de gewijzigde onderwijssituatie (het aanvatten van hogere studies, het volgen van een specialisatiejaar, het eventueel moeten huren van een studentenkamer enz.; Vred. Westerlo 24 september 1998, *AJT* 1998-99, 717; Vred. Doornik 24 februari 1999, *Div.Act.* 1999, 106; Vred. Westerlo 25 februari 2000, *RW* 2000-01, 1029; Vred. Overijse 18 september 2001, *RW* 2002-03, 32; Vred. Westerlo 30 juni 2003, *TBBR* 2004, 352; zie ook de door F. BUYSSENS geciteerde onuitgegeven rechtspraak: F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 92, voetnoot 52).

Andere feitenrechters maken terecht deze enigszins overbodige omweg niet en staan in het belang van het kind een verhoging toe van de bijdrage op grond van het ouder worden (Rb. Leuven 4 februari 2005, *RABG* 2006, 523, noot E. ALOFS; Vred. Wervik 10 november 1998, *T.Vred.* 2000, 232, noot F. BUYSSENS; Vred. Waver 17 juni 1999, *Div.Act.* 1999, 147).

**433** Indien er vanuit wordt gegaan dat met nieuwe omstandigheden wordt bedoeld omstandigheden die zich voordoen na datum van het echtscheidingsvonnis dan kan er ook geen bezwaar bestaan de meerkosten verbonden aan het ouder worden van het kind als “nieuwe omstandigheid” te bestempelen, vermits zij zich voordoen na datum van de echtscheiding (A.-C. VAN GYSEL, “La survenance de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, condition de la mutation des conventions préalables à divorce par consentement mutuel” (noot onder Rb. Brussel 6 februari 2001) *Div.Act.* 2001, 77).

In de rechtsleer en rechtspraak worden de begrippen “nieuw” en “onvoorzienbaar” vaak verward, in die zin dat omstandigheden slechts nieuw zouden kunnen zijn als ze op het ogenblik van de EOT onvoorzienbaar waren. De voorzienbaarheidsvereiste wordt bijgevolg geïntegreerd in de vereiste van “nieuwe omstandigheid”. Beide begrippen moeten echter gescheiden worden. Een omstandigheid kan nieuw zijn, hoewel zij voorzienbaar was op het moment van de echtscheiding.

De omweg die wordt gemaakt via “het belang van het kind” om een herziening op grond van meerkosten als gevolg van het ouder worden van het kind toe te staan, is dan ook niet nodig (F. BUYSSENS, “Wijziging van de onderhoudsbijdrage na EOT: het belang van het kind moet primeren”, *T.Vred.* 2000, 236; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 439; E. ALOFS, “Wijzigbaarheid van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming: ouder worden van het kind en daarmee gepaard gaande meerkosten reden tot herziening?” (noot onder Rb. Leuven 4 februari 2005), *RABG* 2006, 527).

Om een herziening te rechtvaardigen moeten de andere wettelijke voorwaarden uiteraard vervuld zijn: de stijging van de kosten dient bijgevolg van die omvang te zijn dat het een ingrijpende wijziging teweegbrengt voor de situatie van de echtgenoten of van de kinderen.

Deze zienswijze strookt ook met de bedoeling van de wetgever om de onderhoudsbijdrage voor de kinderen principieel herzienbaar te maken – dit in tegenstelling tot de onderhoudsbijdrage voor de ex-partner waarvoor artikel 1134 BW onvoorwaardelijk blijft gelden – en daarom de discriminatie tussen de situatie van kinderen van ouders die door onderlinge toestemming uit de echt scheiden en kinderen van ouders die op grond van bepaalde feiten uit de echt scheiden, weg te werken (zie o.m. verslag namens de Commissie voor Justitie van de Kamer uitgebracht door de heer VERWILGHEN op 1 augustus 1996, *Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 202/8, 20-21).

In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven werd dan ook terecht geoordeeld dat de gewijzigde leeftijd van de kinderen en de ermee gepaardgaande stijging van kosten een nieuwe omstandigheid is, in de zin van artikel 1288, laatste lid Ger.W., die de toestand van de kinderen ingrijpend wijzigt. De rechtbank vat de hier besproken problematiek treffend samen, waar zij stelt dat het feit dat partijen zich van de stijging van de leeftijd bewust konden zijn op het ogenblik dat zij de overeenkomst EOT sloten, thans irrelevant is gezien de vereiste van “voorzienbaarheid” in de nieuwe redactie van artikel 1288 werd weggelaten (Rb. Leuven 4 februari 2005, *RABG* 2006, 523, noot E. ALOFS).

Bij de stelling dat een wezenlijke verhoging van de kosten naar aanleiding van het ouder worden van het kind een reden tot herziening van de bijdrage uitmaakt, dient echter één belangrijke reserve te worden gemaakt: wanneer de

partijen in de overeenkomst EOT uitdrukkelijk hebben voorzien in een regeling m.b.t. het ouder worden van het kind – bijvoorbeeld een verhoging van de bijdrage evenredig met de stijgende leeftijd van het kind of aan een verhoging van de bijdrage bij de overgang naar een hoger opleidingsniveau (lagere school, middelbaar onderwijs, hogere of universitaire studies), maar ook aan de uitdrukkelijke bepaling dat de meerkosten naar aanleiding van het ouder worden gedekt zijn door de vastgestelde bijdrage – dan dringt deze regeling zich op aan de partijen en de rechter, althans volgens de huidige cassatierechtspraak.

**434** Het Hof van Cassatie blijft prioriteit geven aan wat conventioneel werd bepaald, en zulks boven de wettelijk bepaalde wijzigingsvoorwaarden.

In een arrest van 30 april 2004 wordt aan de appelrechter verweten de bindende kracht van de voorafgaande overeenkomsten te hebben geschonden (art. 1134 BW) die wel voorzagen in een soepeler wijzigingsmogelijkheid volgens de gewijzigde inkomstsituatie van de ouders, terwijl de appelrechter de wijzigingsvoorwaarden bepaald in artikel 1288 Ger.W. had toegepast en die niet conventioneel overeengekomen waren (Cass. 30 april 2004, *T.Not.* 2005, 550, *RTDF* 2004, 592 en *Div.Act.* 2006, 44).

In een ander arrest van 9 december 2004 bevestigt het Hof van Cassatie een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Namen (zetelend in graad van beroep) van 20 maart 2000, waarin een verzoek tot herziening van de onderhoudsbijdrage voor het kind wegens het aanvatten van universitaire studies, wordt afgewezen. De rechtbank van eerste aanleg was van oordeel dat de partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst EOT (het kind was toen 9 jaar) het bedrag van de bijdrage in het levensonderhoud en de opvoeding van het kind hadden vastgesteld met inachtnaam van de omstandigheid dat het kind normalerwijze universitaire studies zou kunnen voleindigen. Daar het Hof van Cassatie zich niet mag uitspreken over de feiten, besliste het enkel dat, voor zover het bestreden vonnis heeft vastgesteld dat de wilsovereenstemming tussen de partijen bij het sluiten van de overeenkomst EOT tevens betrekking had op de aangehaalde omstandigheid (zijnde het volgen van universitaire studies), het bestreden vonnis naar recht het herzieningsverzoek heeft afgewezen.

Het ouder worden van het kind werd in de bestreden beslissing dan weer wel als een nieuwe omstandigheid beschouwd doch daarover had het Hof van Cassatie zich niet uit te spreken.

Geheel in de lijn van het voorgaande stelt het Hof van Cassatie in hetzelfde arrest nog dat de evenredigheidsregel van artikel 203 BW niet moet worden toegepast wanneer voldaan is aan de voorwaarden die de ouders zelf vaststelden in hun overeenkomst voorafgaand aan de EOT.

M.a.w. wat conventioneel werd bepaald heeft voorrang op de gemeenrechtelijke bepalingen en de rechter mag dan met “alle omstandigheden van de zaak rekening houden” (Cass. 9 december 2004, *RTDF* 2005, 446, *NJW* 2005, 1095 noot G. VERSCHULDEN, *T.Not.* 2005, 555, noot S. VERHAMME, *EJ* 2006, 42, noot F. BUYSSENS, *TBBR* 2006, 298, *RW* 2006-07, 100 en *Rev.not.b.* 2005, 205; zie ook Cass. (1ste kamer), 7 december 2006, *RTDF* 2007, 238 en *TBBR* 2009, 30, waarin aan de appelrechter wordt verweten voor de herziening van de onderhoudsbijdragen voor de kinderen de methode RENARD te hebben toegepast, terwijl de ouders in hun EOT-overeenkomst in een andere wijze van aanpassing hadden voorzien).

Het standpunt dat het Hof van Cassatie inneemt wordt goed verwoord door de vrederechter van Doornik (Vred. Doornik 21 september 2004, *RTDF* 2005, 509).

Wanneer de partijen in het kader van de overeenkomsten die voorafgaan aan hun echtscheiding door onderlinge toestemming, uitdrukkelijk zijn overeengekomen de buitengewone geneeskundige kosten uit te sluiten van de maandelijkse basisuitkering die ten laste van de vader voor de kinderen wordt gelegd maar integendeel deze kosten in tweeën te delen, kan de vrederechter na de

echtscheiding de vordering van de moeder niet inwilligen die ertoe strekt deze kosten voortaan op te nemen in de uitkering van haar gewezen echtgenoot, zelfs indien die haar niet uit eigen beweging de helft terugbetaalt van de buitengewone geneeskundige kosten die zij maakt. De voorafgaande overeenkomsten vormen immers de wet van de partijen die de rechter slechts kan wijzigen binnen de grenzen van wat zij hebben vastgelegd of, bij ontstentenis, van de tekst van artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W.

In een vonnis van 13 juni 2002 beslist de rechtbank van eerste aanleg te Gent dat de meerkost van hogere studies gedekt wordt door de gewone onderhoudsbijdrage (en geen nieuwe omstandigheid uitmaakt). De feiten zijn hier echter verschillend, daar het kind op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst EOT al 16 jaar was en het toen al vaststond dat het verder zou gaan studeren (Rb. Gent 13 juni 2002, *EJ* 2002, 139; zie ook het vonnis van de vrederechter van Fontaine l'Évêque 5 april 2007, *JLMB* 2007, 1620 waarin het aanvatten van universitaire studies als een nieuwe omstandigheid wordt beschouwd die de aanpassing van de onderhoudsbijdrage rechtvaardigt).

**435** Om te beletten dat de rechtspraak een al te letterlijke interpretatie gaat toepassen van artikel 1288, laatste lid Ger.W. bepleit F. BUYSSENS een beoordeling van de wijzigingsverzoeken aan de hand van één essentieel criterium, nl. het belang van het kind en niet zozeer aan de hand van de bewoordingen van de wettekst (F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 116, nrs. 167-180).

Diezelfde auteur pleit er ook voor dat de rechter steeds enige terughoudendheid zou betonen.

Dit blijkt niet enkel uit het wettelijk vereiste van ingrijpendheid, maar ook en vooral uit het feit dat de echtscheiding door onderlinge toestemming een *globaal akkoord* uitmaakt, waarbij de omvang van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen bepaald wordt door meerdere factoren die vaak niets te maken hebben met het kind zelf.

Zo bepalen volgens deze auteur de vermogensrechtelijke afspraken en de uitkering tussen echtgenoten *de facto* mee de omvang van de bijdrage voor de kinderen. Dit geldt op overduidelijke wijze m.b.t. de overeenkomst over het onroerend goed: het feit dat één der echtgenoten in afwachting van de verkoop samen met de kinderen gratis mag blijven wonen in de vroegere, gemeenschappelijke woning kan een compensatie zijn voor het voorlopig nog niet moeten betalen van een onderhoudsbijdrage.

Indien de rechter al te snel wijzigingsverzoeken zou aanvaarden bestaat het gevaar dat de ganse EOT-constructie instort (F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 126, nrs. 181-183).

**436** De vrederechter van Roeselare hanteert als criterium tot wijziging de “merkbare wijziging in het referentiekader” zulks ten opzichte van wat partijen in *illo tempore* redelijkerwijze praktisch

en concreet hebben kunnen inschatten om tot een begroting van de initiële bijdrage te komen. Daarbij bestaan de referenties enerzijds uit de financiële middelen en mogelijkheden van het samenwonen en anderzijds uit de relevante vooruitzichten over alle aspecten van de opvoedings- en opleidingsproblematiek (Vred. Roeselare 26 juni 2003, *RW* 2003-04, 1429 noot F. BUYSSENS).

Wij zijn het in die mate eens met dit standpunt dat de voorafgaande overeenkomsten uiteindelijk niet mogen verworden tot een soort “lastenboek” waarin alle mogelijke hypothesen van wijziging gedetailleerd worden beschreven. Dit is praktisch onmogelijk en kan op zichzelf ook een bron van nieuwe betwistingen worden.

**437** Zowel wijzigingen in de toestand van de kinderen als wijzigingen in de toestand van de ouders kunnen in acht worden genomen, voor zover zij maar *ingrijpend* zijn (zie voor een toepassingsgeval Vred. Merelbeke 14 februari 2006, *RTDF* 2007 (verkort) 892 en *TGR* 2006, 165).

In een zaak waarover de rechtbank van eerste aanleg te Leuven diende te oordelen argumenteerde de moeder dat zij omwille van medische redenen vanaf juli 2003 maar 50 % meer kon gaan werken. Op grond hiervan vorderde zij een hogere onderhoudsbijdrage voor haar dochter. Op zich is er inderdaad een wijziging in de toestand van de moeder buiten haar wil die aanleiding zou kunnen geven tot een aangepaste onderhoudsbijdrage. Uit de stukken bleek echter dat haar inkomen ten gevolge van haar gewijzigde toestand maar met € 50,00 was gedaald, hetgeen volgens de rechtbank niet beschouwd kon worden als een ingrijpende wijziging in haar toestand. De tegenvordering van de moeder werd bijgevolg als ongegrond afgewezen (Rb. Leuven 29 april 2005, *RABG* 2006, 533 noot C. VERGAUWEN).

Ook de verhoging van de inkomsten van de ouder bij wie het kind gehuisvest is kan een wijziging (vermindering) rechtvaardigen van de onderhoudsbijdrage in hoofde van de andere ouder (Cass. 14 mei 2007, *JLMB* 2008, 1348).

Van belang is ten slotte dat de nieuwe regeling van toepassing is op alle overeenkomsten betreffende echtscheiding door onderlinge toestemming, ongeacht of het echtscheidingsvonnis werd uitgesproken en in kracht van gewijsde is getreden vóór of sinds de inwerkingtreding van de wet van 20 mei 1997.

De nieuwe wet grijpt dus op het gebied van de wijzigbaarheid ook in op de “oude” EOT-overeenkomsten (F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 93, nr. 52).

De wettelijke bepalingen betreffende de overeenkomst tussen echtgenoten die wensen over te gaan tot een echtscheiding door onderlinge toestemming over de bijdrage van elk van hen in het levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van de gemeenschappelijke kinderen, zijn van openbare orde.

Dit brengt met zich mee dat een nieuwe wet (*in casu* de wet van 20 mei 1997), ingevolge artikel 2 BW en 3 Ger.W. onmiddellijk van toepassing wordt op toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude wet zijn ontstaan. Volgens het Hof van Cassatie kan een aanvraag tot herziening van een bijdrage dus niet worden afgewezen op grond van het feit dat de gewijzigde omstandigheden van een partij niet zouden voldoen aan de vereisten gesteld door de oude wet (wet van 30 juni 1994).

In beginsel blijft de oude wet van toepassing op contractuele materies, doch niet wanneer het gaat om bepalingen van openbare orde (Cass. 14 februari 2002, *RABG* 2003, 105, noot F. DE BOCK, *Pas.* 2002, I, 435, *RTDF* 2004, 990, *EJ* 2002, 118, noot F. BUYSSENS en *Arr.Cass.* 2002, 465).

Sommige rechtspraak blijft niettemin onderscheid maken tussen wijzigingsverzoeken m.b.t. echtscheidingen ingeleid vóór 1 oktober 1994 en deze die daarna werden ingeleid (Vred. Etalle 24 december 1997 en 13 februari 1998, *JLMB* 1998, 744, noot P. MOUREAU; Vred. Grâce-Hollogne 16 oktober 1998, *JLMB* 1999, 827, noot G.G.; Vred. Haacht 18 november 1998, AR 98A197, aangehaald door F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 94, voetnoot 66).

Op de eerstgenoemde verzoeken worden dan nog de oude restrictieve principes toegepast van het Hof van Cassatie die de wet van 20 mei 1997 precies beoogde te doorbreken (Cass. 24 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 305, *RW* 1994-95, 829, *JT* 1994, 479 en *Div.Act.* 1995, 122, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL).

#### b. In gemeen akkoord

**438** Er kan moeilijk een bezwaar bestaan tegen het principe dat de ex-echtgenoten met wederzijdse toestemming hun overeenkomsten nopens de onderhoudsbijdrage zouden kunnen wijzigen van zodra de echtscheidingsprocedure beëindigd is en het huwelijk ontbonden (Antwerpen 26 september 2001, *RW* 2003-04, 1116).

M.b.t. de vraag of zulk akkoord een nieuwe homologatiebeslissing van de rechter behoeft, bestaat er echter in de rechtsleer een duidelijke breuklijn.

**439** De wet van 20 mei 1997 (wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding, *BS* 27 juni 1997) heeft de regel ingevoerd dat de echtscheidingsrechter de overeenkomsten m.b.t. de minderjarige kinderen homologeert (art. 1298 Ger.W.). Volgens een eerste strekking (P. SENAËVE, S. DEMARS en F. BUYSSENS) staat het nu vast dat iedere wijziging, die de gewezen echtgenoten na de echtscheiding minnelijk overeenkomen, onderworpen moet worden aan de goedkeuring van de rechtbank (P. SENAËVE, “De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997”, *EJ* 1997, 89-90; S. DEMARS, “Les procédures en divorce. La réforme de la réforme. Loi du 20 mai 1997” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 1997, 81-82; F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 129, nrs. 187-198).

Volgende argumenten worden hiervoor aangehaald (zie hierover G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2042, nr. 595-596):



- het gezag van gewijsde dat kleeft aan de door de echtscheidingsrechter gehomologeerde overeenkomsten; deze maken voortaan integrerend deel uit van het echtscheidingsvonnis. De regeling inzake de kinderen heeft niet louter meer een conventioneel karakter, maar krijgt een gemengd conventioneel-jurisdictioneel karakter;
- de uitvoerbare kracht van de door de echtscheidingsrechter gehomologeerde overeenkomst; bij een louter minnelijke afwijking van een gehomologeerde overeenkomst blijft de strafrechtelijke beteugeling van de oorspronkelijke overeenkomst behouden;
- het karakter van openbare orde van de regels i.v.m. de uitoefening van het ouderlijk gezag en de bijzondere onderhoudsverplichting van de ouders t.o.v. hun niet-zelfstandige kinderen, die niet ter vrije beschikking van de ouders staan;
- wat overeengekomen werd onder toezicht en mits homologatie van de rechter, kan niet gewijzigd worden zonder tussenkomst van de rechter;
- de rechtszekerheid;
- het alles overwegend belang van het kind;
- artikel 387*bis* BW, dat in alle gevallen de (jeugd) rechtbank toelaat in het belang van het kind, op verzoek van beide ouders of van één van hen, dan wel van de procureur des Konings, alle beschikkingen in verband met het ouderlijk gezag op te leggen of de wijzigen, en artikel 1288 Ger.W. Er wordt aan toegevoegd dat uiteraard niets de ouders belet anders minnelijk af te spreken; maar “dergelijke minnelijke afspraken die ingaan tegen een gehomologeerde overeenkomst (...) gelden slechts zolang ze *de facto* door de ouders worden nageleefd, en in geval van conflict maken zij slechts een gewoon beoordelingselement uit voor de rechter, die er als dusdanig geenszins door gebonden is” (P. SENAËVE, “De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997”, *EJ* 1997, 90; J.-P. MASSON en F. ALEN, in *RPDB*, Compl. VI, v° *Puissance paternelle – Autorité parentale*, nr. 12; M.-Th. MEULDERS-KLEIN en S. DEMARS, “La réforme de la réforme du divorce et les enfants: protection ou incohérence?”, *JT* 1996, 676).

**440** De tweede strekking (J. GERLO, J.-P. MASSON, V. POULEAU, J.-L. RENCHON en E. VIEUJEAN) is niet overtuigd door deze argumentatie en stelt daartegenover (J.-P. MASSON en V. POULEAU, “La loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures en divorce”, *RTDF* 1997, 546 met noten 203 en 204 en 548, met noot 213; J.-L. RENCHON, “La loi du 20 mai 1997 réparatrice de la réforme des procédures en divorce”, *JT* 1997, 757-760, nrs. 75-85; E. VIEUJEAN “Divorce par consentement mutuel – Révision des conventions relatives aux enfants” (noot onder Brussel 7 mei 1999), *TBBR* 2000, 293, nr. 10; J. GERLO, “Kan een door de rechter gehomologeerde overeenkomst gewijzigd worden zonder tussenkomst van de rechter?” (noot onder Brussel 1 december 1998), *EJ* 1999, 70, nr. 9; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 466, nr. 582; zie

voor een toepassing in de rechtspraak Beslagr. Luik 20 december 2006, *JLMB* 2007, 1196, verkort):

- de door de rechter gehomologeerde overeenkomst heeft inderdaad gezag van gewijsde, maar dit gezag van gewijsde is – zowel wat de regeling omtrent de uitoefening van het ouderlijk gezag over als wat de regeling omtrent het onderhoud van het kind betreft – betrekkelijk; herziening is mogelijk in geval van gewijzigde omstandigheden;
- bovendien moet de wijziging van een (gehomologeerde) overeenkomst door een nieuwe (niet-gehomologeerde) overeenkomst niet strenger beoordeeld worden dan de wijziging van een gerechtelijke beslissing door een overeenkomst;

tot tweemaal toe heeft het Hof van Cassatie, in identieke bewoordingen beslist “dat geen enkele wetsbepaling eraan in de weg staat dat de ouders over hun respectieve bijdrage in de kosten van levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van hun kinderen een overeenkomst sluiten, die afwijkt van de bijdrageregeling die de voorzitter recht sprekend in kort geding, tijdens het echtscheidingsgeding heeft vastgelegd, voor zover die overeenkomst de rechtmatige belangen van de kinderen niet miskent ... en de overeenkomst voor de ouders of voor één van hen geen ontheffing inhoudt van hun verplichting om de kinderen levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding te bezorgen” (Cass. 8 mei 1992, *RW* 1992-93, 462, noot, *R.Cass.* 1992, 150, noot J. GERLO, *Pas.* 1992, I, 784 en *Arr.Cass.* 1992, 839, concl. Adv. Gen. J. DU JARDIN; Cass. 16 januari 1997, *RW* 1997-98, 117, noot J. GERLO, *Pas.* 1997, I, 80 en *Arr.Cass.* 1997, 77);

aangenomen moet worden dat een gerechtelijke titel zijn uitwerking behoudt tot bij vonnis of bij overeenkomst een nieuwe – al dan niet uitvoerbare – titel wordt verkregen;

- ook het karakter van openbare orde van de wettelijke regels i.v.m. de onderhoudsbijdrage verhindert niet dat op dat gebied geldige overeenkomsten worden gesloten die niet ter homologatie aan de rechter worden voorgelegd; deze overeenkomsten zijn geldig voor zover ze geen afbreuk doen aan de wettelijk vastgestelde principes;
- een homologatie door de rechter kan niet opgelegd worden wanneer ze niet uitdrukkelijk door de wetgever is vastgesteld;
- artikel 387bis BW en artikel 1288, laatste lid Ger.W. hebben het, zeer algemeen, over de wijziging of de herziening van regelingen aangaande de kinderen door de bevoegde rechter, maar uit deze bepalingen kan geen verplichting afgeleid worden, voor de ouders die het eens zijn, om zich tot de rechter te wenden;
- dat een rechterlijke tussenkomst aangewezen zou zijn met het oog op de rechtszekerheid en in het belang van het kind is helemaal niet evident, waar de rechtszekerheid er niet mee gediend is dat, naast een minderheid – geldige – gehomologeerde overeenkomsten, een meerderheid van – ongeldige – niet-gehomologeerde overeenkomsten zou bestaan.

**441** Dat de gewijzigde overeenkomst niet ter homologatie aan de rechter moet voorgelegd worden (Brussel 1 december 1998, *EJ* 1999, 66) impliceert echter niet dat zij niet ter homologatie aan de rechter kan voorgelegd worden (vgl. Rb. Antwerpen 10 oktober 1996, *Not.Fisc.M.* 1996, 270, noot S. BROUWERS; anders Brussel 7 mei 1999, *TBBR* 2000, 289).

Bij dit alles kan men zich de vraag stellen of het opstellen van een wijzigende akte in de notariële vorm nog wel zin heeft, vermits ook deze volgens de eerste strekking in een vonnis moet worden bekrachtigd.

Tot slot kan de bedenking worden gemaakt of heel de hiervoor vermelde discussie niet al te academisch overkomt waar in de praktijk het bezit van een wijzigend vonnis toch niet te vermijden zal zijn, al was het maar om redenen van fiscale aard, de kinderbijslag, de uitvoerbaarheid van de titel en de mogelijkheid tot strafsancities.

### c. Procedure

**442** In principe is de vrederechter bevoegd om na echtscheiding kennis te nemen van alle geschillen betreffende de uitkering tot onderhoud, met uitsluiting evenwel van geschillen die in verband staan met een rechtsvordering tot echtscheiding waarover geen einduitspraak is geveld bij een in kracht van gewijsde getreden vonnis of arrest (art. 591, zevende lid Ger.W.).

Een verzoek tot opheffing van de onderhoudsbijdragen voor de kinderen na de uitspraak van het echtscheidingsvonnis, doch vóór het definitief worden ervan, valt niet onder de bevoegdheid van de vrederechter maar wel van de rechtbank van eerste aanleg die volheid van bevoegdheid bezit. Indien er urgentie is, kan de voorzitter recht sprekend in kort geding, bevoegd zijn (Arrondrb. Luik 23 mei 1996, *EJ* 1998, 139, noot K. BROECKX).

Wordt deze vordering toch voor de vrederechter gebracht, dan dient hij zich onbevoegd te verklaren hetzij na een door één der partijen opgeworpen exceptie, hetzij ambtshalve.

Indien er sprake is van samenhang tussen een verzoek tot wijziging van de regelingen omtrent het ouderlijk gezag enerzijds en onderhoudsbijdrage anderzijds, is de jeugdrechtbank bevoegd (art. 565, tweede lid, 2° en 566 Ger.W.).

Wat de actualiteit van de titel betreft, is de beslagrechter bevoegd om de tenuitvoerlegging te schorsen wanneer over de draagwijdte van de titel een ernstig geschil rijst. Het verzet is ongegrond wanneer de regelingsakte bepaalt dat de onderhoudsverplichting ophoudt bij de op pensioenstelling, hetgeen niet gelijkstaat met brugpensioen: brugpensioen en pensioen zijn onderscheiden van elkaar (Beslagnr. Hasselt 14 februari 2006, *RW* 2006-07, 613; zie ook Antwerpen 8 oktober 2008, *RABG* 2009, 299).

### § 3. Alimentatievordering tegen de waarschijnlijke vader

#### A. GRONDSLAGEN

**443** De grondslag van de onderhoudsvordering tegen de verwekker is niet de geslachtsgemeenschap maar het bestaan van een biogenetische band als gevolg van geslachtsgemeenschap.

Wanneer echter bewezen is dat de vermeende verwekker met de moeder geslachtsgemeenschap heeft gehad, levert dit het vermoeden op dat hij ook de biologische vader is van het kind.

Betrokken man kan dit vermoeden echter weerleggen door aan te tonen dat hij in werkelijkheid niet de vader is van het kind: in dat geval moet de tegen hem gerichte vordering ongegrond worden verklaard (zie art. 338*bis* BW; A. HEYVAERT bijgewerkt door R. VANCRAENENBROECK, "Art. 336 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 3).

Artikel 336 BW bepaalt: "Het kind wiens afstamming van vaderszijde niet vaststaat, kan van degene die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking met zijn moeder gemeenschap heeft gehad, een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding vorderen.

Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting tot na de meerderjarigheid van het kind".

Dit artikel werd ingevoegd door artikel 38 wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (BS 27 mei 1987). De overeenstemmende inhoud was voorheen opgenomen in artikel 340b BW. Dit laatste artikel werd ingevoegd door het enig artikel van de wet van 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het onrecht kind (BS 26 april 1908). Daarbij werd het oorspronkelijk artikel 340 van de *Code civil des Français* (1804) opgeheven en vervangen door de artikelen 340a-340f BW. Het oorspronkelijke artikel 340 BW luidde als volgt: "De opzoeking van het vaderschap word verboden. In het geval van schaeking, als den tydstop dezer schaeking zal over-een-komen met diën der bevrugtheyd, zal den schaeker, op den eysch der belanghebbende partyen, als vader van het kind mogen verklaerd worden" (Vlaamse versie zoals gepubliceerd in de *Bulletin flamand* 1804).

**444** De eiser moet bewijzen dat de verweerder gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking met zijn moeder gemeenschap heeft gehad (art. 336, eerste lid BW).

Onder gemeenschap in de zin van artikel 336 BW moet gemeenschap van man en vrouw door inwendige vereniging van beide geslachtsdelen worden verstaan. Bewezen moet worden dat er gemeenschap is geweest, niet dat die gemeenschap werd voltrokken.

Buitenlichamelijke seksuele handelingen zonder inwendige vereniging van de geslachten vormen geen gemeenschap, "onvolledige" geslachtsbetrokkingen houden niettemin gemeenschap is. Een rechtstreeks bewijs is niet vereist, de

gemeenschap kan afgeleid worden uit de omstandigheden of een geheel van elementen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 163, nr. 250).

Het bestaan van de gemeenschap kan afgeleid worden uit de vaststelling van het biologisch vaderschap (Gent 21 oktober 1994, *RW* 1995-96, 602).

**445** Zowel de eiser (meestal de moeder als wettelijke vertegenwoordigster van haar kind) als de verweerder die het bewijs van zijn niet-vaderschap dient te leveren, kunnen een bloedonderzoek of een genetisch onderzoek vorderen.

Noch artikel 8.1 EVRM, noch de artikelen 331*octies*, 336 of 338*bis* BW staan eraan in de weg dat de rechter een bloedonderzoek of enig ander onderzoek zou gelasten voor het bewijs van de gegrondheid van een vordering op basis van artikel 336 BW (Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2004-05, 436 en *Pas.* 2002, I, 2039). De rechtbank kan echter niet a m b t s h a l v e een bloedonderzoek bevelen: artikel 331*octies* BW is enkel van toepassing in afstammingsgedingen (Rb. Hasselt 19 oktober 1999, *Limb.Rechtsl.* 2000, 73).

**446** De moeder kan tegen meerdere mannen (die met haar gemeenschap hebben gehad) tegelijk de betaling vorderen van een onderhoudsuitkering voor haar kind. Er kan echter slechts één man, de meest waarschijnlijke vader, veroordeeld worden tot het betalen van een uitkering (Rb. Hasselt 19 oktober 1999, *Limb.Rechtsl.* 2000, 73).

Niets belet dat tegen een man, veroordeeld tot het betalen van een onderhoudsuitkering ex artikel 336 BW, later een vordering tot vaststelling van het vaderschap wordt ingesteld (Rb. Brussel 19 januari 1993, *RTDF* 1995, 668; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2046, nr. 598).

**447** De verweerder kan de vroegere afdoende verweermiddelen niet meer invoeren: dat de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de bevruchting met andere mannen gemeenschap heeft gehad (de *exceptio plurium*) of van kennelijk wangedrag was (oud art. 340*d* BW), bewijst op zichzelf niet dat de verweerder niet de vader is en levert geen *peremptoire exceptie* op (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 165, nr. 253).

De alimentatievordering kan uitsluitend tegen een man worden ingesteld. Er bestaat geen gelijkaardige mogelijkheid om een onderhoudsuitkering te bekomen tegen de vrouw die het kind ter wereld heeft gebracht.

**448** Voor de onderhoudsvordering tegen de verwekker komen alleen deze kinderen in aanmerking van wie de vaderlijke afstamming niet (meer) vaststaat.

Het gaat dus om de kinderen die niet vallen onder de vaderschapsregel of t.a.v. wie het vaderschap van de echtgenoot met succes betwist werd, die bovendien niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een vaderlijke erkenning of t.a.v. wie de vaderlijke erkenning met succes betwist werd, en t.a.v. wie ten slotte geen geslachtsonderzoek naar het vaderschap werd doorgevoerd.

**449** Op deze regel gelden, in tegenstelling tot wat het geval is bij het onderzoek naar het vaderschap, geen uitzonderingen. Derhalve kan het kind van wie de moederlijke afstamming reeds vaststaat, een onderhoudsvordering instellen tegen de verwekker, ook al zou er tussen deze en zijn moeder een huwelijksbeletsel wegens (aan)verwantschap bestaan (de incestueus verwekte kinderen), of al zou er overspel uit blijken.

Anderzijds kan het kind van wie de vaderlijke afstamming vaststaat op grond van de vaderschapsregel, nooit een onderhoudsvordering instellen tegen zijn verwekker, ook al is er t.a.v. de juridische vader geen bezit van staat.

In vele, maar lang niet alle, situaties bestaat er aldus een keuzemogelijkheid tussen een onderzoek naar het vaderschap en een onderhoudsvordering tegen de verwekker. Beide keuzemogelijkheden kunnen niet worden gecumuleerd (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 338, nrs. 868-871).

**450** In principe moet de moederlijke afstamming van het kind vastgesteld zijn. De tekst van de wet pleit in die zin. Het kind kan de uitkering vorderen van degene die “met zijn moeder” gemeenschap heeft gehad. Indien de afstamming van moederszijde niet is vastgesteld, heeft het kind strikt juridisch geen moeder. De voorwaarde voor de vordering zou in die hypothese niet vervuld kunnen zijn (A. HEYVAERT, “Art. 336 BW”, bijgewerkt door R. VANCRAENENBROECK in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 4, die zich afvraagt of de vordering ook niet kan worden gesteld indien de moederlijke afstamming niet is vastgesteld of nog wanneer deze (bv. door erkenning) zou zijn vastgesteld t.a.v. een andere vrouw dan die welke van het kind is bevallen (in de algemeen aangenomen interpretatie is dat niet mogelijk, omdat de bedoelde man dan geen gemeenschap heeft gehad met de “moeder” van het kind).

**451** De onderhoudsvordering tegen de verwekker beoogt uitsluitend deze te doen veroordelen tot het betalen van een onderhoudsuitkering ten behoeve van het kind. Deze louter alimentaire vordering strekt er dus geenszins toe een afstammingsband te vestigen, en is geen vordering van staat.

Deze vordering komt aan het kind persoonlijk toe en gaat niet over op zijn erfgenamen (art. 337, § 2 BW: “De vordering gaat niet over op de erfgenamen van het kind. Deze kunnen echter de begonnen rechtsovereenkomst voortzetten”).

De vordering kan slechts tegen de man-vermoedelijke verwekker worden ingesteld tijdens diens leven. Na zijn overlijden kan de vordering niet meer worden ingesteld tegen zijn erfgenamen. De reeds ingestelde vordering kan wel tegen de erfgenamen worden voortgezet (art. 337, § 3 BW).

In de regel is het kind minderjarig ten tijde van het instellen van de vordering. Het zal dan ook vertegenwoordigd moeten worden, overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels, door zijn wettelijke vertegenwoordiger (meestal zijn moeder) en dit tot de leeftijd van 18 jaar.

Vermits de vordering toekomt aan het kind “persoonlijk” kan de moeder of de wettelijke vertegenwoordiger de vordering niet instellen in eigen naam (Antwerpen 2 januari 2005, *P&B* 2005, 135).

Dat de vordering aan het kind persoonlijk toekomt, heeft nog een gevolg. De moeder zal immers evenmin, naar analogie van artikel 203*bis* BW, betaling a a n h a a r kunnen vorderen van de bijdrage waartoe de vermoedelijke verwekker op grond van artikel 336 BW is gehouden. Zij kan echter wel betaling i n h a a r h a n d e n vorderen als wettelijke vertegenwoordiger van het kind.

Zie meer uitgebreid over artikel 337 BW: F. SWENNEN, “Art. 337 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 1-7.

## B. MODALITEITEN

### 1. De uitkering

**452** Het kind heeft recht op een uitkering, m.a.w. een financiële bijdrage. Deze financiële bijdrage strekt ertoe het levensonderhoud, de opvoeding en de passende opleiding van het kind mede te bekostigen. Het is dus een financiële deelneming in wat bij artikel 203, § 1 BW als afstammingsplicht aan de ouders wordt opgelegd.

De verhouding die krachtens artikel 336 BW tussen het kind en de verwekker ontstaat, heeft dan ook kenmerken gemeen met de onderhoudsplicht van artikel 203, § 1 BW.

Zoals de concrete inhoud van wat het kind krachtens dit artikel van zijn ouders mag eisen, afhankelijk is van de inkomsten en de maatschappelijke situatie van zijn ouders, wordt ook de concrete omvang van de uitkering bepaald mede “met inachtneming van ... de inkomsten, mogelijkheden en maatschappelijke toestand van de uitkeringsplichtige en van de moeder” (art. 339 BW).

**453** Bij de bepaling van het bedrag van de uitkering moet er van uitgegaan worden dat dit bedrag het kind in staat moet stellen dezelfde levensstandaard

te bereiken als diegene die het zou hebben bereikt indien het een vader en een moeder zou gehad hebben. Er moet m.a.w. voorkomen worden dat er een ongerechtvaardigde discriminatie ontstaat tussen kinderen waarvan de vaderlijke afstamming vaststaat en deze van wie dat niet het geval is (Bergen 28 oktober 2003, *TBBR* 2004, 279).

Zo ook houdt de uitkeringsplicht niet noodzakelijk op bij de meerderjarigheid van het kind (in strijd met de oude wet waar ze slechts gold tot het 18de jaar van het kind), maar loopt ze verder indien de opleiding van het kind bij zijn meerderjarigheid niet is voltooid (vgl. art. 203, § 1, tweede lid BW).

Bij toepassing van artikel 209 BW waarnaar artikel 339, laatste lid BW uitdrukkelijk verwijst vormt de toename van de behoeften van een kind wegens zijn leeftijd of ziekte een nieuw feit dat de verhoging van het oorspronkelijk vastgestelde onderhoudsgeld kan wettigen (Luik (1ste k.) 13 december 2000, *Div.Act.* 2001, 117 en *RTDF* 2001, 492).

**454** Origineel is een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Luik dat aan de vader oplegt nog wel de kosten te betalen van de opleiding tot piloot van zijn 26-jarige zoon doch dit aan de voorwaarde koppelt dat deze laatste de helft van deze kosten dient terug te betalen van zodra hij een salaris ontvangt (Rb. Luik 2 april 1999, *RTDF* 2001, 737).

**455** Anders dan de gemeenrechtelijke familiale onderhoudsverhouding, die wederkerig is (art. 207 BW), is de uitkeringsplicht e e n z i j d i g .

**456** De krachtens artikel 336 BW verschuldigde uitkering geniet verder dezelfde bescherming als de schuldvorderingen op onderhoudsgeld steunend op verwantschap of huwelijk (A. HEYVAERT, "Art. 336 BW", bijgewerkt door R. VANCRAENENBROECK in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 5-7).

Dit betekent o.m.:

- dat overeenkomstig artikel 203<sup>ter</sup> BW aan het kind een ontvangstmachtiging kan worden verleend;
- dat de uitkering slechts beslagbaar is binnen de perken van artikel 1409 Ger.W. en dat ze ook slechts binnen die perken kan worden overgedragen (art. 1410, 1° Ger.W.);
- dat kantonnement niet is toegelaten wanneer, tot betaling van de uitkering, beslag wordt gelegd krachtens een uitvoerbare rechterlijke titel waartegen verzet of hoger beroep is ingesteld (art. 1404 Ger.W.);
- dat ze niet mag worden betaald bij wijze van schuldvergelijking behalve binnen de perken van haar beslagbaarheid (art. 1293, 3° BW);
- dat de beperkingen van beslagbaarheid van de schuldvorderingen bedoeld in artikel 1409 en 1410 Ger.W. niet toepasselijk zijn en dat, in geval van samenlopende overdrachten van of beslagen op die schuldvorderingen, de



- uitkering eerst zal worden betaald waarna de beperkingen van overdraagbaarheid en beslagbaarheid gelden voor het saldo;
- dat de vrijwillige niet-betaling desgevallend strafbaar is overeenkomstig artikel 391*bis* Sw.;
  - dat de uitkering eveneens, overeenkomstig artikel 209 BW kan worden gewijzigd in functie van eventuele wijzigingen in de behoeften van de schuldeiser of de inkomsten of mogelijkheden van de schuldenaar (art. 339, tweede lid BW; Rb. Brugge 13 januari 1949, *RW* 1948-49, 981; Rb. Brussel 8 juni 1968, *Pas.* 1969, III, 41).

**457** Het is niet mogelijk zich te laten vrijwaren voor de onderhoudsverplichting bepaald door de artikel 336 e.v. BW. Dit werd beslist in een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt (Rb. Hasselt 28 april 1992, onuitg. geciteerd door K. TOBBACK, "De onderhoudsvordering tegen de verwekker" in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 236, nr. 486).

In het betrokken geval stelde de verwerende man een eis in vrijwaring in tegen de moeder: hij steunde zich op het eigen wangedrag en de flagrante onzorgvuldigheid van de vrouw (die 16 jaar ouder was dan hij) wat betreft anticonceptie. Dit maakte volgens hem een fout uit in de zin van artikel 1382 BW.

Volgens de rechtsleer moet dit standpunt van de rechtbank worden bijgetreden: de onderhoudsverplichting op grond van de artikelen 336 e.v. BW is inderdaad van openbare orde. Een vordering op grond van artikel 1382 BW die onrechtstreeks de opheffing van deze wettelijke verplichting beoogt is dan ook onontvankelijk.

**458** Specifiek is dat bij de vaststelling van het bedrag van het onderhoudsgeld de rechter rekening dient te houden zowel met de inkomsten, mogelijkheden en maatschappelijke toestand van de moeder als van de verwekker (art. 339, eerste lid BW).

## 2. Termijn

**459** De vordering moest in overeenstemming met het oude artikel 337, § 1 BW worden ingesteld binnen 3 jaar te rekenen hetzij van de geboorte, hetzij van het staken van de hulp door de verweerder rechtstreeks of onrechtstreeks verleend (art. 337 § 1 (oud) BW bepaalde: "De vordering komt aan het kind persoonlijk toe. Zij moet worden ingesteld binnen drie jaar te rekenen hetzij van de geboorte, hetzij van het staken van de hulp door de verweerder rechtstreeks of onrechtstreeks verleend. Wordt de vordering na die termijn ingesteld, dan kan de rechtbank ze niettemin om gegronde redenen ontvankelijk verklaren").

Dit artikel werd ingevoegd door artikel 38 wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*BS* 27 mei 1987). De overeenstemmende inhoud was voorheen opgenomen in artikel 340e BW. Dit laatste artikel werd ingevoegd door het enig artikel van de wet van 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het

onecht kind (*BS* 26 april 1908). Daarbij werd het oorspronkelijk artikel 340 van de *Code civil des Français* (1804) opgeheven en vervangen door de artikelen 340a-340f BW.

Wanneer was aangetoond dat de man gedurende een periode na de geboorte van het kind had samengewoond met de moeder, dan kon worden aangenomen dat hij gedurende die periode rechtstreeks of onrechtstreeks had bijgedragen in de kosten van levensonderhoud voor dat kind (*Brussel* 26 oktober 1999, *JT* 2001, 50).

Voormelde termijn was een vervaltermijn. Hij was niet vatbaar voor stuiting of schorsing.

Het Arbitragehof besloot echter in het arrest van 12 mei 2004 tot de ongrondwettelijkheid van deze termijn (zie *verder*).

Daar de vordering wordt ingesteld bij verzoekschrift was de datum van de neerlegging van het verzoekschrift bepalend om uit te maken of de vordering tijdig werd ingesteld.

**460** Het was de eiser die moest bewijzen dat de verweerder hoogstens drie jaar vóór het instellen van de vordering hulp verleende. Deze steun moest niet rechtstreeks het kind ten goede zijn gekomen. Ook onrechtstreekse steun, meer bepaald steun verleend aan de moeder, kwam in aanmerking. Ook het verschaffen van werk aan de moeder werd beschouwd als een vorm van onrechtstreekse steun aan het kind.

Door ook de staking van de hulp als beginpunt van de termijn te nemen wilde de wetgever vermijden dat een man die gedurende enige tijd vrijwillig hulp had verleend en daarmee dan plots stopte niet meer in rechte zou kunnen worden aangesproken tot betaling van de uitkering van artikel 336 BW.

In feite was dit overbodig: de man die jarenlang vrijwillig betaalt, zet immers een natuurlijke verbintenis om in een burgerlijke tot voltooiing waarvan hij in rechte kan worden veroordeeld (A. HEYVAERT, "Art. 337 BW", bijgewerkt door R. VANCRAENENBROECK in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl. 3-4, afl. maart 1998).

**461** Om "gegronde redenen" kon deze termijn echter worden overschreden. Het belang van het kind was daarbij doorslaggevend (*Gent* 19 januari 1995, *RW* 1995-96, 674 en *TGR* 1996; *Gent* 28 maart 2002, *RW* 2003-04, 69; *Luik* 8 april 2003, *JT* 2003, 627).

Gegronde redenen waren bv. de plaatsing van het kind in een instelling met kosten ten laste van de Staat, gedurende een periode van bijna 5 jaren (*Gent* 24 april 1995, *RW* 1995-96, 955 en *J.dr.Jeun.* 1997, 41). Of de geboorte van een tweede kind, zelfs 12 jaar na de geboorte, die de lasten van de moeder aanzienlijk verhoogde en de levenskwaliteit van het eerste kind aanzienlijk verminderde (*Luik* 5 juni 2000, *JT* 2000, 20). Het overlijden van de ouders van

de moeder die haar financieel hielpen om in het onderhoud van het kind te voorzien (Bergen 14 november 2000, *RTDF* 2002, 316). Een moeder die zich bevond onder voorlopig bewind ingevolge een belangrijke mentaal deficiënte toestand (een depressief syndroom en een ernstig hersentrauma; Luik 8 april 2003, *Div.Act.* 2004, 89). Het feit dat het kind in het middelbaar onderwijs was gestapt gecombineerd met het feit dat de moeder ook nog moest instaan voor twee andere kinderen uit een inmiddels afgebroken relatie (Gent 19 februari 2004, *NJW* 2005, 26).

Overmacht was dus niet vereist.

Volgens het Hof van Cassatie mocht het begrip “om gegronde redenen” niet worden herleid tot uitzonderlijke omstandigheden die de moeder verhinderd zouden hebben om namens haar kind de vordering binnen de vervaltermijn te stellen (Cass. 13 september 1990, *RW* 1990-91, 1087; G. VERSCHIEDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS en K. VERSTRAETE, “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 561-563).

In feite hield het voorgaande in dat de rechter naar billijkheid besliste, wat aan de termijn veel van zijn belang ontnam.

**462** Zoals hierboven reeds vermeld, oordeelde het Arbitragehof dat de in artikel 337, § 1 BW bepaalde vervaltermijn van 3 jaar strijdig was met de artikelen 10 en 11 Gw. (Arbitragehof 12 mei 2004, nr. 79/2004, *BS* 10 augustus 2004, *RW* 2004-05, 256, *RTDF* 2004, 651, *NJW* 2004, 1202, *Div.Act.* 2004, 87, *TJK* 2005, 94 noot S. BROUWERS en *JLMB* 2004, 1660 noot N. BANNEUX).

Deze vervaltermijn werd ingesteld door de wet van 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het onecht kind (*BS* 26 april 1908). De korte termijn was toen verantwoord omwille van de bewijsmoeilijkheden m.b.t. de seksuele betrekkingen of het opwerpen van de *exceptio plurium*.

Door de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*BS* 27 mei 1987) werd laatstgenoemd verweermiddel afgeschaft en werd artikel 338*bis* BW ingevoerd dat het de verweerder mogelijk maakte door alle wettelijke middelen te bewijzen dat hij de vader niet is. Deze bewijzen worden voortaan voornamelijk geleverd door wetenschappelijke procedés die niet zo wankel zijn als getuigenissen en die na verloop van tijd even betrouwbaar blijven.

De argumenten die aldus bestonden in 1908 kunnen nu redelijkerwijze de korte vervaltermijn van 3 jaar niet meer verantwoorden althans niet in vergelijking met de meeste andere alimentatievorderingen (vgl. artt. 203 en 203*bis* BW).

Door de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan (*BS* 29 december 2006), alsook aanpassingen door de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (*BS* 28 december 2006), werd de termijn dan ook geschrapt uit artikel 337, § 1 BW. Dit luidt voortaan: “De vordering komt aan het kind persoonlijk toe” (G. VERSCHELDEN, “Personen- en familierecht” in *Rechtskroniek voor het Notariaat, deel 10*, Brugge, die Keure, 2007, 43; G. VERSCHELDEN, “Het hervormde afstammingsrecht: een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap”, *RW* 2007-08, 356).

De alimentatievordering kan dus onbeperkt in de tijd worden ingesteld (vanaf 1 juli 2007 (zie voor een bespreking van de overgangsbepalingen: F. SWENNEN, “Art. 337 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 5-6). Wel moet worden rekening gehouden met de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 2277 BW.

### 3. Verjaring

**463** Enigszins verband houdend met de termijn waarbinnen de vordering moest worden ingesteld, is de vraag of de uitkering kan worden gevorderd voor het verleden, bv. teruggaand tot de geboorte of tot op het ogenblik van het staken van de hulp.

Volgens J. GERLO moet veeleer aangenomen worden, dat de inzake onderhoudsrecht geldende algemene verjaringstermijn van 5 jaar moet in acht genomen worden. De vordering is een onderhoudsvordering, geen afstammingsvordering (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 174, nr. 275). Vermits de vordering in overeenstemming met artikel 337, § 1 BW moest worden gesteld binnen de 3 jaar diende de keuze tussen de retroactiviteit en de verjaring niet te rijzen. Wel indien de vordering werd gesteld buiten de termijn van 3 jaar bij toepassing van g e g r o n d e r e d e n e n .

**464** De korte verjaring van artikel 2277 BW (5 jaar) is van toepassing op de termijnen zelf van de onderhoudsuitkeringen. De wetgever heeft deze korte verjaringstermijn ingesteld om te verhinderen dat het bedrag van de periodiek te vervallen schuldvorderingen zou oplopen (Cass. 8 december 2000, *RW* 2000-01, 1172, *TBBR* 2002, 365, noot B. KOHL en *EJ* 2001, 48, noot K. VANLEDE; zie voor een toepassing: Gent 9 november 2006, *NJW* 2007, 706, noot G. VERSCHELDEN).

De onderhoudsverplichting (*obligatio*) ten aanzien van kinderen op basis van artikel 336 BW is van openbare orde, wat niet belet dat voormelde verjaringsregeling van toepassing is op de onderhoudsbijdrage (*contributio*).

De inleiding ten gronde van een procedure op grond van de artikelen 336 e.v. BW voor de vrederechter stuit de verjaring. Het proces-verbaal van vrijwillige verschijning voor de vrederechter moet worden gelijkgesteld met een stuitingsdaad in de vorm van een dagvaarding voor een onbevoegde rechter zoals artikel 2246 BW expliciet aanneemt als geldige rechtshandeling. Een (vrijwillige) oproeping in verzoening voor de vrederechter komt niet als stuitingsdaad conform artikel 2246 BW in aanmerking (Gent 9 november 2006, *NJW* 2007, 706, noot G. VERSCHELDEN).

Het recht op alimentatie op zich (dus niet de termijnen) is onverjaringbaar evenzo (dit hangt daar logischerwijze mee samen) het recht om retroactief toekenning of opheffing te vragen. M.a.w. het recht op bestaat onafhankelijk van haar inwerkingstelling middels een rechtsvordering (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 6-7).

Het recht om ontheffing of vermindering te vorderen kent trouwens een eigen rechtsgrond, nl. artikel 209 BW en hierop is artikel 2277 BW niet van toepassing.

Door het recht op een onderhoudsuitkering voor kinderen waarvan de vaderlijke afstamming niet vaststaat, te beperken door een vervaltermijn van 3 jaar werden zij inderdaad gediscrimineerd t.o.v. de andere kinderen (*verder*).

#### 4. Overlijden van de verwekker

**465** In geval van overlijden van de verwekker is de vordering tot het bekomen van een onderhoudsuitkering ontoelaatbaar. Wel kan een voordien reeds ingestelde vordering nog worden voortgezet tegen de erfgenamen van de verwekker (art. 337, § 3 BW: “Na het overlijden van de persoon die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking met de moeder gemeenschap heeft gehad, kan de vordering worden voortgezet maar niet meer ingesteld tegen zijn erfgenamen”).

Artikel 337 BW met inbegrip van paragraaf 3 werd ingevoegd door artikel 38 wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*BS* 27 mei 1987). De overeenstemmende inhoud was voorheen opgenomen in artikel 340e BW. Dit laatste artikel werd ingevoegd door het enig artikel van de wet van 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het onecht kind (*BS* 26 april 1908). Daarbij werd het oorspronkelijk artikel 340 van de *Code civil des Français* (1804) opgeheven en vervangen door de artikelen 340a-340f BW. Let wel dat de bepaling van paragraaf 3 niet voorkwam in de tekst van artikel 340e BW en dus als nieuw onderdeel werd ingevoegd met de voormelde wet van 31 maart 1987.

Na het overlijden blijft, in voorkomend geval, nog wel het instellen van een onderzoek naar het vaderschap mogelijk (nieuw art. 322 BW *juncto* nieuw art. 332quinquies BW).

**466** De uitkering ten laste van de verwekker is een last van diens nalatenschap, in de zin van artikel 205bis, § 3 BW.

De onderhoudsschuld weegt op het netto-actief van de nalatenschap. Het persoonlijke inkomen van de erfgenamen van de overleden onderhoudsplichtige blijft volledig buiten beschouwing. Indien het netto-actief van de nalatenschap zeer beperkt is, kunnen de erfgenamen de vermindering of afschaffing van de uitkering vorderen (Rb. Kortrijk 28 februari 1997, *Not.Fisc.M.* 1998, 170, noot J. GERLO, "De hybride vordering tegen de verwekker").

Deze regeling is merkwaardig omdat de onderhoudsschuld automatisch ten laste valt van het actief van de nalatenschap, wat bv. niet het geval is voor de onderhoudsschuld van een echtgenoot of gewezen echtgenoot: een vordering ten laste van de nalatenschap is daar vereist (art. 205*bis*, § 1 en § 5 BW en art. 301*bis* BW).

**467** Ook als last van de nalatenschap blijft de uitkering wijzigbaar (art. 339*bis*, tweede lid BW): een verandering in de toestand van de uitkeringsgerechtigde kan zowel een verhoging als een verlaging van het bedrag van de uitkering meebrengen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 174, 274).

### 5. Overlijden van het kind

**468** Het recht van het kind om de vordering in te stellen gaat niet over op zijn erfgenamen (art. 337, § 2 BW: "De vordering gaat niet over op de erfgenamen van het kind. Deze kunnen echter de begonnen rechtsvordering voortzetten"). Deze laatsten kunnen derhalve na het overlijden van het kind op eigen initiatief geen vordering instellen om voor de periode tot aan het overlijden van het kind een uitkering te vorderen.

Wel kunnen ze de rechtsvordering, die het kind zelf begonnen had, voortzetten (art. 337, § 2 BW); uiteraard kunnen ze daarbij enkel een uitkering bekomen voor de periode tot aan het overlijden van het kind.

Zoals hierboven al werd gesteld werd artikel 337 BW ingevoegd door artikel 38 wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (BS 27 mei 1987). De overeenstemmende inhoud was voorheen opgenomen in artikel 340e BW. Dit laatste artikel werd ingevoegd door het enig artikel van de wet van 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het onecht kind (BS 26 april 1908). Daarbij werd het oorspronkelijk artikel 340 van de *Code civil des Français* (1804) opgeheven en vervangen door de artikelen 340a-340f BW. In tegenstelling tot de bepaling van paragraaf 3 die niet voorkwam in de tekst van artikel 340e BW kwam de paragraaf 2 daar wel reeds in voor.

### 6. Erkenning door een andere man

**469** De uitkering is niet meer verschuldigd zodra de afstamming van vaderszijde vaststaat ten aanzien van een andere dan de uitkeringsplichtige of indien het kind geadopteerd wordt (art. 340 BW).

De erkenning van het kind door een andere man dan diegene die wordt aangesproken op grond van artikel 336 BW heeft de niet-ontvankelijkheid van deze vordering tot gevolg, ook al gebeurt de erkenning na het inleiden van de vordering op grond van artikel 336 BW en ook al heeft deze vordering tot onderhoud alleen betrekking op de periode vóór de erkenning (Cass. 28 januari 1988, *JT* 1988, 244 en *Rev.not.b.* 1988, 357; Gent 12 april 1979, *RTDF* 1980, 113 en *RW* 1979-80, 983, noot J. PAUWELS, “Samenloop van natuurlijk vaderschap en ‘vermoed’ vaderschap”).

Vanaf de erkenning mag de man, veroordeeld tot betaling van een uitkering op grond van artikel 336 BW deze stopzetten. Hij mag zelfs van de man die erkend heeft de terugbetaling eisen van de sommen die hij te rekenen van de erkenning en ingevolge dwaling van zijnentwege onverschuldigd betaalde.

Hij kan echter geen sommen terugvorderen die vóór de erkenning werden betaald: de tekst van artikel 340 BW en de voorbereidende werken bevestigen de vroeger betwiste regel dat de erkenning op het vlak van de onderhouds-plicht niet retroactief werkt (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 175, nr. 276; anders Rb. Gent 18 november 2004, *NJW* 2005, 93, weliswaar in een geval van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (art. 319bis BW) en zonder het bestaan van een voorafgaande vordering ex art. 336 BW).

Omwille van de declaratieve werking van de vaststelling van de oorspronkelijke afstamming zou dit immers tot gevolg moeten hebben dat door de latere vaststelling van de afstamming meteen zou moeten blijken dat de uitkerings-plichtige *ab initio* onverschuldigd heeft betaald (het kind had immers van bij zijn geboorte een vaderlijke afstamming) en dus theoretisch wat hij betaalde zou kunnen terugvorderen.

Anderzijds zou de erkenner van bij de geboorte moeten bijdragen (artt. 203 en 203bis BW).

Deze consequenties heeft men willen weren, niet met een beroep op juridische logica maar op het gezond verstand.

**470** De wet heeft deze door het gezond verstand ingegeven houding vastgelegd. De uitkering is blijkens artikel 340 BW niet meer verschuldigd “zodra” de afstamming van vaderszijde vaststaat of er adoptie is. Voor de daaraan voorafgaande periode is ze dus wel verschuldigd (A. HEYVAERT, “Art. 340 BW”, bijgewerkt door R. VANCRAENENBROECK in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 2, afl. maart 1998).

## 7. Gevolgen

**471** Hoewel door een veroordeling van de verwekker de vaderlijke afstamming geenszins wordt vastgesteld, heeft zij wat de huwelijksbeletselen wegens verwantschap en aanverwantschap betreft, dezelfde gevolgen als de vaststelling van het vaderschap (art. 341 BW: “Een vonnis waarbij de verweerder krachtens artikel 336 wordt veroordeeld tot het betalen van een uitkering, heeft dezelfde gevolgen als de vaststelling van het vaderschap, wat de huwelijksbeletselen betreft”).

De veroordeling tot een onderhoudsgeld geeft als dusdanig de verwekker geen aanspraak op een omgangsrecht t.a.v. het kind. Het is echter niet uitgesloten dat hij een omgangsrecht verkrijgt op grond van bijzondere banden van genegenheid die hij met het kind zou onderhouden (art. 375*bis* BW zijnde dus een virtueel recht tot omgang).

### C. PROCEDURE

#### 1. Inleiding

**472** Hoewel het om een louter alimentaire vordering gaat, is niet de vrederechter bevoegd maar de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg resp. de burgerlijke rechtbank.

De kennisneming van de vordering op grond van artikel 336 BW wordt immers bij artikel 591, 7° Ger.W. uitdrukkelijk uitgesloten uit de bevoegdheid van de vrederechter.

Dit is zelfs het geval wanneer een wijziging wordt gevraagd van de uitkering overeenkomstig artikel 339, § 2 BW dat verwijst naar artikel 209 BW (Ar-rondrb. Brugge 11 oktober 1991, *RW* 1991-92, 1127, root P. SENAËVE).

**473** Bevoegd *ratione loci* is bij ontstentenis van afwijkende bepaling de rechter van de woonplaats van de verweerder (art. 624, 1° Ger.W.).

**474** De procedure wordt ingeleid met een verzoekschrift dat de eiser aanbiedt aan de voorzitter van de rechtbank (art. 338, § 1 BW). Dit verzoekschrift is onderworpen aan de vereisten van de artikelen 1034*bis* tot 1034*sexies* Ger.W. (K. TOBBACK, “De onderhoudsvordering tegen de verwekker” in *5 jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 225, nr. 452).

Het moet bijgevolg worden ondertekend door de eisende partij zelf, door haar wettelijke vertegenwoordiger of door haar advocaat. Vermits de vordering toekomt aan het kind “persoonlijk” kan de moeder of de wettelijke vertegenwoordiger de vordering echter niet instellen in eigen naam (Antwerpen 2 januari 2005, *P&B* 2005, 135).



Bij het verzoekschrift moet een getuigschrift van woonplaats van de man gevoegd worden dat niet vroeger mag zijn gedateerd dan 15 dagen voor het verzoekschrift (art. 1034<sup>quater</sup> Ger.W.).

Het verzoekschrift wordt neergelegd ter griffie of bij aangetekende brief verzonden aan de griffier in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn (art. 1034<sup>quinquies</sup> Ger.W.). Bij het verzoekschrift moet een afschrift van de geboorteakte van het kind worden gevoegd. Het verzoekschrift wordt vergezeld van de bewijsstukken zo die er zijn (art. 338 BW). Nadat de voorzitter dag en uur heeft bepaald waarop de partijen voor hem moeten verschijnen, worden deze bij gerechtsbrief opgeroepen (art. 338, § 1, tweede lid BW).

## 2. De drie mogelijkheden

**475 Eerste mogelijkheid:** de verwerende man verschijnt, hij erkent de geslachtsgemeenschap die tot grondslag dient van de vordering, en de partijen komen tot een akkoord over het bedrag van de onderhoudsuitkering.

In dat geval maakt de voorzitter daar een proces-verbaal van op dat het gezag heeft van een vonnis. Aldus wordt de procedure beëindigd in de beslotenheid van de raadkamer en zonder dat het geding voor de burgerlijke rechtbank wordt gebracht (art. 338, § 2, eerste lid BW: "Indien de verweerder het bestaan heeft erkend van de gemeenschap die tot grondslag dient van de vordering en indien de partijen het eens zijn over het bedrag van de uitkering tot levensonderhoud, maakt de voorzitter daarvan proces-verbaal op").

**476 Tweede mogelijkheid:** de verwerende man verschijnt, erkent de geslachtsgemeenschap die tot grondslag dient van de vordering maar betwist het bedrag van de gevorderde onderhoudsuitkering.

In dat geval verwijst de voorzitter de zaak naar de burgerlijke rechtbank waar zij verder in raadkamer wordt afgehandeld. Ook in deze hypothese wordt, met het oog op de beveiliging van de eer van de verwerende man, de openbaarheid van het debat vermeden (art. 338, § 3 BW: "Indien de verweerder bij de eerste verschijning voor de rechtbank enkel het bedrag betwist van de uitkering tot levensonderhoud, wordt de zaak naar de raadkamer verwezen en het vonnis uitgesproken in openbare terechtzitting").

**477 Derde mogelijkheid:** de verwerende man verschijnt niet of betwist het bestaan van de geslachtsgemeenschap die tot grondslag dient van de vordering.

In dat geval verwijst de voorzitter de partijen naar de burgerlijke rechtbank waar de zaak behandeld wordt in openbare terechtzitting (art. 338, § 2, tweede lid BW: "Indien de partijen het niet eens zijn of niet verschijnen, geeft de voorzitter een beschikking waarbij hij hen naar de rechtbank verwijst". Art.

338, § 3, tweede lid BW: “Indien de verweerder bij de eerste verschijning voor de rechtbank het bestaan betwist van de gemeenschap die tot grondslag dient van de vordering, wordt uitspraak gedaan volgens het gemeen recht”).

De voorzitter beslecht dus nooit zelf het geschil.

**478** Hoewel de rechtsvordering van de artikelen 336 BW e.v. geen vordering van staat is, raakt zij toch de openbare orde zodat daarvan niet op rechtsgeldige wijze afstand kan gedaan worden (Cass. 7 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 349).

Het bewijs van gemeenschap met de moeder raakt de openbare orde (Cass. 11 december 1958, *Arr.Cass.* 1959, 322, *Pas.* 1959, I, 379 en *RW* 1959-60, 921, er wordt verkeerdelijk 14 december 1958 vermeld). Dit bewijs kan worden gebracht door het feit dat de verweerder niet ontkent met de moeder geslachtsgemeenschap te hebben gehad gedurende het wettelijke tijdvak van de verwekking en dat brieven die de partijen hebben uitgewisseld in dat verband vrijwel zekerheid verschaffen (Cass. 23 oktober 1952, *Arr.Cass.* 1953, 89 en *Pas.* 1953, I, 94; zie ook m.b.t. een bekentenis van de verwekker in akten of geschriften die van hem afkomstig zijn: Cass. 13 mei 1960, *Arr.Cass.* 1960, 886, *Pas.* 1960, I, 1054 en *JT* 1960, 700).

Vermits de vordering op grond van artikel 336 BW de staat van de personen niet raakt is geen mededeling aan het Openbaar Ministerie vereist (Cass. 17 mei 1984, *RTDF* 1986, 219 en *Pas.* 1984, I, 1126).

**479** De persoonlijke verschijning van de partijen voor de voorzitter is een substantiële formaliteit. Het nalaten ervan brengt het verval mee van de vordering.

De verzoeningsprocedure is een essentieel voorschrift van het geding op grond van artikel 336 BW.

Indien dit voorschrift niet wordt nageleefd heeft dit de onontvankelijkheid van de procedure ten gronde tot gevolg. Gelet op het openbare ordekarakter van deze regel dient de rechtbank dit zelfs ambtshalve aan te voeren (K. TOBBACK, “De onderhoudsvordering tegen de verwekker” in *5 jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 224, nr. 451).

Het verzoekschrift kan aan de voorzitter worden aangeboden vanaf de zwanerschap dus vóór de geboorte.

### 3. De contentieuze fase

**480** In principe wordt de zaak in de contentieuze fase bij de rechtbank ingeleid bij *dagvaarding* (of bij vrijwillige verschijning) (Brussel 22 mei 2001, *Div.Act.* 2001, 119, noot A.-C.VAN GYSEL; G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschap-

pen België 1993, 652, nr. 1046; E. GULDIX, "Gevolgen van afstamming andere dan erfrecht" in *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 165, nr. 229).

**481** Sommigen zijn van oordeel dat de contentieuze fase niet alleen met een dagvaarding of een vrijwillige verschijning zou kunnen worden ingeleid, maar ook met een tegensprekelijk verzoekschrift in de zin van artikel 1320 Ger.W. omdat dit verzoekschrift mag worden gebruikt telkens als het om een alimentatievordering gaat.

Wanneer de eiser dan toch gebruikmaakt van een dagvaarding zou hij de meerkost die daaruit voortvloeit moeten dragen.

Volgens deze rechtsleer zou er om de contentieuze fase in te leiden trouwens geen inleidend stuk vereist zijn, wanneer het geschil zich beperkt tot een betwisting inzake het bedrag van het onderhoudsgeld en het bestaan van de geslachtsgemeenschap en van de afstammingsband niet wordt betwist. In dat geval zou, volgens deze rechtsleer, de zaak na verwijzing door de voorzitter van de rechtbank automatisch verder worden behandeld in de raadkamer (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 284; K. TOBBACK, "De onderhoudsvordering tegen de verwekker" in S. SENAËVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 228-229, nr. 463-464; P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, 462, nr. 1084).

**482** Andere rechtsleer gaat nog verder en is van oordeel dat er in geen geval een nieuw inleidend stuk vereist zou zijn om de contentieuze fase in te leiden. Het zou volstaan een fixatie te vragen wanneer de zaak in staat is of wanneer een vonnis bij verstek kan worden gevraagd (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II/2, Brussel, Bruylant, 1990, 1058, nr. 1133).

**483** Dat er niet veel rechtszekerheid bestaat omtrent deze aangelegenheid blijkt uit een cassatiearrest van 30 oktober 1997 waarin werd beslist dat na de beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg waarbij de partijen verwezen worden naar de rechtbank, de verweerder die niet verschenen is of het niet eens was met het gevorderde, door de eiser bij dagvaarding voor de rechtbank dient te worden opgeroepen (Cass. 30 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1052, *RW* 1998-99, 163 en *Div.Act.* 1999, 24, kritische noot A.-C. VAN GYSEL).

Het hof van beroep te Luik verwerpt dit cassatiearrest: de tekst van artikel 338, § 2, tweede lid BW bepaalt deze formaliteit niet tussen de twee fases van de procedure (Luik 5 juni 2000, *JT* 2000, 208; zie ook A. HEYVAERT, "Art. 338 BW", bijgewerkt door R. VANCRAENENBROECK in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 2, afl. maart 1998).

Indien de wijziging wordt gevorderd van een reeds bestaand onderhoudsgeld zou volgens hetzelfde hof (maar in een ander arrest) de vordering rechtstreeks kunnen ingeleid worden bij dagvaarding voor de rechtbank zonder dat de verzoeningsfase dus vereist is (Luik 13 december 2000, *Div.Act.* 2001, 117).

#### 4. Rechtsmiddelen

**484** Voor de termijnen en de wijze van aanwending van rechtsmiddelen, is het gemeen recht van toepassing.

Bij de behandeling in hoger beroep wordt dezelfde rechtspleging gevolgd als in eerste aanleg (art. 338, § 3, derde lid BW: "In hoger beroep wordt dezelfde rechtspleging gevolgd"). D.w.z. dat, indien de verweerder bij de eerste verschijning voor de rechtbank enkel het bedrag van de uitkering heeft betwist, de zaak behandeld wordt in raadkamer en dat anders het gemene recht toepasselijk is.

Het is evenwel niet de bedoeling dat de procedure *ab initio* hernomen wordt in hoger beroep. De procedure in hoger beroep dient dan ook niet aan te vangen met een verzoeningszitting (K. TOBBACK, "De onderhoudsvordering van de verwekker" in S. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstamingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 232, nr. 472-473).

### § 4. Stiefkinderen

#### A. GRONDSLAGEN

**485** De grondslag is te vinden in artikel 203, § 2 BW: "De langstlevende echtgenoot is gehouden tot de verplichting gesteld in paragraaf 1 ten aanzien van de kinderen van de vooroverleden echtgenoot van wie hij niet de vader of de moeder is, binnen de grenzen van hetgeen hij heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en van de voordelen die deze hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, door schenking of bij testament".

Deze tekst, weliswaar in een andere redactie, werd voor het eerst toegevoegd aan artikel 203 BW door artikel 2 wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (BS 27 mei 1981). Vervolgens werd de tekst opnieuw gewijzigd in zijn huidige redactie door artikel 32 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (BS 27 mei 1987).

Wat de relatie betreft tussen stiefouders en -kinderen buiten het geval van het vooroverlijden van de echtgenoot-ouder, bijvoorbeeld na echtscheiding en een daaropvolgend huwelijk, wordt er verwezen naar *verder* nrs. 498 e.v.

**486** De stiefouder is onderhoudsplichtig ten overstaan van de huwelijkse, buitenhuwelijkse of adoptieve kinderen van zijn echtgenoot na diens overlijden, ongeacht of deze kinderen in het gezin werden opgevoed of niet. Er is dus geen onderhoudsverplichting t.o.v. de afstammelingen van die kinderen (H.

CASMAN en A. VASTERSAVENDTS, *De langstlevende echtgenote. Erfrechtelijke en huwelijksvermogensrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, 211).

**487** De behandeling van stiefkinderen en deze van de gemeenschappelijke kinderen van de overledene en de stiefouder is niet helemaal gelijklopend.

Wanneer de langstlevende echtgenote weinig of geen andere goederen bezit dan diegene die ze van de overledene heeft gekregen, zijn deze wel belast met een onderhoudsverplichting ten voordele van de kinderen terwijl ze niet in staat is haar kinderen uit persoonlijke goederen onderhoud en opvoeding te verschaffen.

Het feit dat de stiefkinderen niet en de gemeenschappelijke kinderen wel erven van de langstlevende echtgenoot-stiefouder kan een hiërarchische alimentatievoorrang van de stiefkinderen tijdens diens leven niet wettigen.

**488** Er moet dan ook worden aangenomen dat bij het bepalen van de bijdrage van de stiefouder in de opvoeding van de stiefkinderen, rekening gehouden wordt met de noden van de gemeenschappelijke kinderen (M. PUE-LINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote. Beschouwing bij de integratie van de wet van 14 mei 1981 in het bestaande recht", *TPR* 1981, 710-711; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 156, nr. 236).

**489** De vordering van de stiefkinderen is geen vordering ten laste van de nalatenschap van hun overleden ouder (vgl. art. 205bis BW), maar een vordering tegen de langstlevende stiefouder persoonlijk.

Er zijn echter gelijkenissen met een vordering lastens de nalatenschap:

- een verplichting die op een bepaalde persoon rustte tijdens diens leven (art. 203, § 1, eerste lid BW) blijft na diens dood aan een deel van zijn goederen kleven;
- degene aan wie de goederen na zijn dood toekomen, is tot steun gehouden ten belope van de ontvangen goederen;
- bij de dood van de langstlevende blijft de steunverplichting als schuld op haar nalatenschap wegen.

Er zijn ook verschilpunten:

- de verplichting rust niet noodzakelijk op alle goederen van de nalatenschap en niet noodzakelijk alleen maar op goederen van de nalatenschap;
- de andere erfgenamen en legatarissen moeten niet bijdragen naar evenredigheid van wat zij uit de nalatenschap ontvingen;
- de stiefkinderen kunnen geen beroep doen op het voordeel van de afscheiding der boedels (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 157, nr. 237; zie

ook A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 86).

**490** De plicht van de stiefouder ten aanzien van de kinderen van zijn vooroverleden echtgenoot is beperkt tot een louter materiële – en zelfs geldelijke – bijdrage in diens kosten van onderhoud en opleiding.

Ook de stiefouder heeft immers geenszins het ouderlijke gezag over deze kinderen zodat hij onmogelijk een morele en intellectuele opvoedingsplicht kan hebben. Deze berust uitsluitend bij de eventuele andere ouder van de kinderen of anders bij de voogd.

**491** De omvang van de plicht van de stiefouder is beperkt tot maximaal “hetgeen hij heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en van de voordelen die deze hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, door schenking of bij testament” (art. 203, § 2 BW). Deze verplichting treft derhalve niet de nalatenschap van de vooroverleden ouder van het kind in haar geheel maar zij rust uitsluitend op deze goederen die de overlevende echtgenoot ten kosteloze titel van de vooroverleden echtgenoot heeft gekregen.

Anderzijds treft deze verplichting niet noodzakelijk alleen maar goederen uit de nalatenschap van de eerststervende. De verplichting rust ook op de stiefouder in zoverre deze goederen heeft gekregen van de vooroverleden echtgenoot bij schenking met inbegrip van de onrechtstreekse schenking, of ten titel van huwelijksvoordeel.

Daaruit volgt dat het verwerpen van de nalatenschap door de stiefouder hem niet noodzakelijk ontslaat van elke onderhoudsverplichting t.a.v. zijn stiefkinderen. Hij verliest dan weliswaar zijn erfrecht maar zonder dat hierdoor het overige wat hij van de eerststervende gekregen heeft, van de onderhoudsverplichting wordt vrijgesteld.

Bij het bepalen van de omvang van de verplichtingen van de stiefouder kan zijn reservatair erfdeel (in beginsel het vruchtgebruik van de helft van de goederen van de nalatenschap – art. 915*bis*, § 1 BW) niet buiten beschouwing worden gelaten (H. CASMAN en A. VASTERSAVENDTS, *De langstlevende echtgenote. Erfrechtelijke en huwelijksvermogensrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, nr. 562; M. PUELINCKX-COENE, “De grote promotie van de langstlevende echtgenote. Beschouwing bij de integratie van de wet van 14 mei 1981 in het bestaande recht”, *TPR* 1981, 708, nr. 130; P. SENAËVE, “Art. 203 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 13, nr. 20).

**492** De stiefouder is helemaal niet gehouden om voor de onderhoudsverplichting in te staan met de goederen die hij van de eerststervende echtgenoot

heeft gekregen. Hij dient voor zijn onderhoudsschuld in te staan met al zijn goederen (art. 7 Hypotheekwet) doch slechts ten belope van de waarde van de goederen die hij verkregen heeft. De stiefouder kan dus vrij over de verkregen goederen beschikken. Het gaat derhalve om een geplafonneerde verplichting.

**493** Indien de rechten van de stiefouder beperkt zijn tot vruchtgebruik dient de absolute waarde van dit vruchtgebruik definitief geschat te worden en dit volgens dezelfde regels als die welke gelden bij een omzetting van een erfrechtelijk vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot (art. 745*sexies* BW).

Een gebondenheid van de stiefouder binnen de concrete perken van de steeds wisselende opbrengst van de goederen waarover hij het vruchtgebruik heeft gekregen, zou immers een gebondenheid *cum viribus* (d.w.z. met de goederen die hij van de eerststervende echtgenoot heeft gekregen) inhouden, hetgeen onaanvaardbaar is.

**494** De stiefouder heeft er derhalve belang bij om onmiddellijk na het overlijden een boedelbeschrijving of een staat van schatting te doen opmaken met waardebepaling van zijn vruchtgebruik en van zijn eventuele schenkingen, legaten en voordelen toegekend bij huwelijkscontract zodat de grens van zijn gehoudenheid meteen vaststaat (P. SENAËVE, “Art. 203 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., 13, nr. 21).

**495** De verplichting onderhoud en opvoeding te verschaffen gaat normalerwijze voor het geheel over op de langstlevende ouder.

In geval van samenloop met de stiefouder is dit niet zo. De ouder die de volledige last van onderhoud en opvoeding heeft gedragen, heeft een verhaalsrecht tegen de stiefouder in de mate deze goederen van de overleden ouder heeft opgenomen. Omgekeerd heeft de stiefouder een verhaal tegen de nog in leven zijnde ouder die zijn bijdrage niet levert.

**496** Ook al verwijst artikel 203, § 2 BW niet naar de behoefte van de stiefkinderen, toch moet rekening gehouden worden met:

- de inkomsten die ze eventueel genieten uit goederen verkregen van de nalatenschap van de overledene (naast de inkomsten uit eigen goederen), zo ze wegens beperking van de erfrechten van de stiefouder toch volle eigendom erven of zo het vruchtgebruik van de stiefouder werd omgezet in kapitaal of erfgoederen;
- eventuele aanspraken op hun andere ouder.

**497** Bij de bepaling van de bijdrage van de stiefouder moet anderzijds wel rekening gehouden worden met zijn *train de vie* en zijn persoonlijke noden, ook al wordt zijn vermogenstoestand eventueel gunstig beïnvloed door het

bestaan in zijn hoofde van een onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap van zijn overleden echtgenoot.

Met betrekking tot deze laatste vordering wordt zijn behoefteigheid trouwens vergroot indien in zijn hoofde tegelijk een onderhoudsverplichting ten overstaan van stiefkinderen bestaat (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 158, nr. 241; M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote. Beschouwing bij de integratie van de wet van 14 mei 1981 in het bestaande recht", *TPR* 1981, 709).

**498** Buiten het hiervoor besproken geval van vooroverlijden van de echtgenoot-ouder (art. 203, § 2 BW) bestaat er in principe geen onderhoudsverplichting tussen stiefouder en zijn stiefkinderen. Bedoeld wordt de situatie na echtscheiding en een daaropvolgend huwelijk of wettelijke samenwoning. Nochtans dient deze uitsluiting gerelativeerd te worden.

**499** Ingevolge het primair huwelijksvermogensstelsel zijn volgens een eerste strekking ieder der echtgenoten bijdrage verschuldigd in de lasten van het huwelijk, overeenkomstig artikel 221 BW. Hetzelfde geldt voor de wettelijke samenwoning overeenkomstig artikel 1477, § 3 BW.

Indien de kinderen uit het eerste huwelijk van één van beide echtgenoten deel uitmaken van het gezin, maken de kosten verbonden aan hun onderhoud ook deel uit van de lasten van het huwelijk en de wettelijke samenwoning. Bovendien is de echtgenoot of de wettelijke samenwoner hoofdelijk gehouden tot iedere schuld die de andere echtgenoot-ouder of wettelijke samenwoner maakt ten behoeve van het huishouden en de opvoeding van de kinderen, met inbegrip van de kinderen geboren uit de eerste echt (art. 222 BW) of de niet-gemeenschappelijke kinderen (art. 1477, § 4 BW; J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 87; H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., I.10-6; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 165; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 61).

Deze strekking kan zich steunen op het arrest van het Hof van Cassatie van 21 april 1983 dat een arrest verbrak dat geen rekening had gehouden bij het begroten van de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten en de bijdrage voor de kinderen met het feit dat de alimentatieplichtige ook nog de last had van het onderhoud en de opvoeding van de kinderen uit een vorig huwelijk van zijn nieuwe echtgenote (Cass. 21 april 1983, *JT* 1983, 663, noot T. AF-SCHRIFT).

Betreffende deze onrechtstreekse onderhoudsverplichting bestaat er echter geen eensgezindheid in de rechtsleer.



**500** Een tweede strekking stelt dat onmogelijk verdedigd kan worden dat de kosten verbonden aan de opvoeding van kinderen, in de zin van lasten van het huwelijk of van het huishouden zowel de kosten van de gemeenschappelijke als de niet-gemeenschappelijke kinderen kan omvatten.

Meer bepaald kan aan de notie lasten van het huwelijk, geen dermate ruime interpretatie gegeven worden.

De kosten van onderhoud en opvoeding van de kinderen kunnen enkel betrekking hebben op de kinderen uit het huwelijk van de echtgenoten onder hen geboren en niet de kinderen van één van hen die echter deel uitmaken van het gezin (J. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden. Het primair huwelijksstelsel* (art. 212-224 BW), Leuven, Acco, 1977, 87 en 168, zie ook in de uitgave 1980, 197, nr. 231bis).

De hoofdelijkheid t.o.v. derden zoals bepaald in artikel 222 BW, voor schulden door een van de echtgenoten gemaakt ten behoeve van het huishouden, kan niet uitgebreid worden tot de bijdrageplicht van iedere echtgenoot in de lasten van het huwelijk, overeenkomstig artikel 221 BW (voor wettelijke samenwoners resp. art. 1477, § 4 BW en art. 1477, § 3 BW).

Bovendien maakt deze strekking de nodige reserves betreffende de stelling dat in de behoeften van de onderhoudsgerechtigde eveneens zijn gezinslasten begrepen zijn. Hiermede wordt bedoeld dat in geval van een tweede huwelijk, onder de behoeften van de onderhoudsgerechtigde niet enkel dient verstaan te worden, datgene wat noodzakelijk is om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien, doch eveneens van al de personen die ten zijne lasten zijn, met inbegrip de kinderen uit het volgende huwelijk geboren.

Een al te ruime omschrijving van het begrip behoeften zou tot gevolg hebben dat rekening gehouden wordt met noden van personen ten overstaan van wie er geen enkele onderhoudsverplichting bestaat (J. SOSSON, "La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels" in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, vol. XXXIII, 1999, 241-243; anders Cass. 2 januari 1969, *Pas.* 1969, I, 392).

**501** Daartegenover kan wel verdedigd worden dat de stiefouder zich moreel verbonden voelt tot het verstrekken van levensonderhoud aan het kind dat niet het zijne is, doch dat met hem in gezinsverband samenleeft. Zodoende kan deze natuurlijke verbintenis omgezet worden in een civiele, waarbij de stiefouder zich naar de toekomst toe verbindt om bij te dragen in het onderhoud.

**502** Nochtans dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen deze genoveerde natuurlijke verbintenis tijdens het samenleven enerzijds en anderzijds de rechtsverhouding tussen stiefouder en -kind, ingeval aan dit samenleven een einde gesteld wordt.

Dit zijn twee onderscheiden situaties, waarbij de vraag rijst of ook na de

beëindiging van het samenleven met de ouder van het stiefkind, deze verplichting nog blijft bestaan.

Alleszins kan onmogelijk worden aangenomen dat na een echtelijke breuk de aangegane verbintenis nog intact blijft. Er zal moeten onderzocht worden welke houding de stiefouder na de breuk verder heeft aangenomen, met andere woorden of de stiefouder spontaan de aangegane verplichting van tijdens het samenleven ook na de beëindiging ervan heeft voortgezet (J. SOSSON, "La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels" in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, vol. XXXIII, 1999, 244).

## B. MODALITEITEN

**503** De vordering moet niet binnen een bepaalde termijn ingesteld worden, de in artikel 205*bis*, § 5 BW gestelde vervaltermijn van één jaar geldt hier dus niet.

Het adagium "steungeld maakt geen achterstallen" is niet toepasselijk op de vordering van de stiefkinderen.

De stiefkinderen kunnen geen zekerheden eisen van de stiefouder.

Indexering van de bijdrage moet mogelijk zijn, temeer daar de bijdrage moet kunnen verhoogd worden naarmate de kosten van opvoeding hoger oplopen, zulks uiteraard binnen de gestelde maximumgrens.

Bij toepassing van artikel 203*ter* BW kan de ontvangstmachtiging gevraagd worden.

**504** Kapitalisatie is volgens J. GERLO, gelet op de veranderlijkheid, moeilijker te verdedigen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 159, nr. 242). Vermits die veranderlijkheid niet anders is dan voor een "gewone" onderhoudsbijdrage voor kinderen (art. 203, § 1 BW) zien wij niet in waarom een kapitalisatie niet zou kunnen (zie *boven* nr. 352). Het standpunt van J. GERLO is wellicht aannemelijker in de situatie na echtscheiding en een daaropvolgend huwelijk of wettelijke samenwoning omdat er dan in de relatie tussen stiefouder en stiefkind inderdaad te weinig stabiliteit zou kunnen zijn om een kapitalisatie te rechtvaardigen.

## C. PROCEDURE

**505** De vrederechter van de laatste echtelijke verblijfplaats en van de woonplaats van eiser of de verweerder, is bevoegd (art. 591, 7° Ger.W., art. 624, 1°, 626 en 628, 2° Ger.W.).

Volgens een meerderheidsopvatting geldt deze bevoegdheid slechts indien de eiser ook de onderhoudsgerechtigde is (Vred. Antwerpen (3de kanton) 12 februari 1999, *Div.Act.* 1999, 118; Vred. Sint-Kwintens-Lennik 16 december 1999, *AJT* 1999-2000, 973).

Op alimentatievorderingen voor stiefkinderen zijn in principe de artikelen 1320-1322 Ger.W. van toepassing, zulks cumulatief met de artikelen 1034*bis* tot 1036 Ger.W. tenzij onmogelijk wegens tegenstrijdigheid (S. BROUWERS, "Art. 1320-1322 Ger.W." in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl.). Zie ook *boven* nrs. 386-388.

De procedure wordt dus ingeleid bij verzoekschrift met toevoeging van een getuigschrift van woonst van de personen die moeten worden opgeroepen. Het staat de eisende partij vrij om te opteren voor een dagvaarding, doch de meerkost ervan kan ten hare laste worden gelegd (S. BROUWERS, "Art. 1320-1322 Ger.W.", 4-5).

Het verzoekschrift kan worden vervangen door een vrijwillige verschijning (art. 706 Ger.W.).

**506** Ontvangstmachtiging is ook mogelijk (art. 203*ter* BW). De procedure en bevoegdheid van de vrederechter wordt dan niet meer geregeld volgens de artikelen 1320-1322 Ger.W., maar volgens de artikelen 1253*bis* tot 1253*quinquies* Ger.W. Zie meer uitgebreid, *verder* nrs. 562-572.

Voor het overige kan, voor zover relevant in de verhouding stiefouder/-kind, worden verwezen naar hetgeen werd uiteengezet onder nrs. 373-380 en 386-390.

## § 5. Kleinkinderen

### A. GRONDSLAGEN

**507** Alle bloedverwanten in rechte lijn zijn ten opzichte van elkaar onderhoudsplichtig. Hun verplichtingen worden vastgelegd in de artikelen 205 BW en 207 BW.

Volgens artikel 205 BW zijn de kinderen levensonderhoud verschuldigd aan de ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn.

De huidige redactie van de tekst gaat terug tot de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (*BS* 27 mei 1981). De paragrafen 2-5 werden dan opgeheven en de overeenstemmende inhoud werd opgenomen in artikel 205*bis* BW. Deze paragrafen waren in het oorspronkelijke artikel 205 BW ingevoegd door artikel 2 van de wet van 20 november 1896 houdende wijziging van het erfrecht van de overlevende echtgenoot (*BS* 27 november 1896). Artikel 205 BW luidde in zijn oorspronkelijke versie zoals het opgenomen was in de *Code civil des*

*Français*: “De kinderen zyn alimentatie verschuldigd aen hunne ouders, en andere ascendenten die gebrek lyden” (Vlaamse versie volgens de *Bulletin flamand*, 1804).

Uit artikel 207 BW volgt dat de ouders levensonderhoud verschuldigd zijn aan hun kinderen en hun andere bloedverwanten in de neergaande lijn die behoeftig zijn (art. 207 BW: “De verplichtingen die uit deze bepalingen voortvloeien, zijn wederkerig”). Dit artikel bleef sinds de *Code civil des Français* van 1804 ongewijzigd.

Zie m.b.t. voormelde artikelen meer uitgebreid, *verder* nrs. 996-1084.

**508** In de hiërarchie van de onderhoudsverplichtingen primeert deze van de ouders gebaseerd op artikel 203 BW op de onderhoudsverplichting van de grootouders, uitsluitend gegrond op artikel 205 BW (Vred. Pâturages 27 november 1996, *JLMB* 1997, 1586; Vred. Verviers 12 januari 1998, *JLMB* 1998, 1288; Rb. Charleroi 24 juni 1998, *JLMB* 2000, 1741; zie ook G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2014, nrs. 561-562; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 11, die hiervoor verwijzen naar het cassatiearrest van 16 maart 1995, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF, *EJ* 1995, 86, noot J. ROODHOOF, *Div.Act.* 1996, 28, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL, *JT* 1995, 517, *T.Not.* 1996, 277, noot en *RTDF* 1997, 415).

Wanneer de ouders niet over voldoende middelen beschikken om de onderhoudsverplichting van artikel 203 BW op normale wijze uit te voeren, kan namens het kind een vordering worden ingesteld tegen zijn grootouders, niet op grond van artikel 203 BW maar op grond van artikel 205 BW (Cass. 13 februari 1947, *Arr.Cass.* 1947, 37 en *Pas.* 1947, I, 52, noot R.H.; Brussel 11 oktober 1962, *JT* 1963, 193; Vred. Deurne 14 november 1980, *RW* 1980-81, 2818).

De grondslag zal dan zijn de behoefte van het kind en niet de *train de vie* van de grootouders (Rb. Brussel 28 november 2000, *RTDF* 2001, 742). Deze onderhoudsverplichting behoort dus niet tot de groep van “uitgebreide onderhoudsverplichtingen” gesteund op de levensstandaard doch tot de groep van de “beperkte onderhoudsverplichtingen” met als grondslag de behoefte. Toch wordt ze hier behandeld omwille van de coherentie met de onderhoudsverplichting die voortvloeit uit artikel 203 BW maar ook omdat de grens tussen de twee artikelen niet altijd duidelijk te trekken is.

Het kind kan dan in beginsel bij toepassing van artikel 205 BW niet meer bekomen dan een onderhoud in de gewone betekenis van deze term en niet de opvoedingskosten in de meest ruime zin.

Onderhoud is echter geen abstract begrip en moet aangepast worden aan de concrete behoeften van de schuldeiser en een kind heeft evenzeer behoefte aan opvoeding als aan onderhoud (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 136, nr. 200).

**509** De ouders zelf kunnen ook een eigen vordering stellen. Indien zij niet in staat zijn hun bijzondere onderhoudsverplichting na te leven, bevinden zij zich in een behoeftige toestand en zullen zij in eigen naam en op grond van artikel 205 BW een onderhoudsuitkering kunnen vorderen van de grootouders.

De hoegrootheid van het door de grootouders verschuldigde onderhoudsgeld zal onder meer afhankelijk zijn van de hoegrootheid van de behoeften van de ouders en daar deze behoeften op hun beurt grotendeels bepaald worden door de omvang van hun onderhoudsverplichting, zullen de grootouders onrechtstreeks deelnemen in de opvoedingskosten van hun kleinkinderen (J. GERLO, *ibid.*)

**510** De moeder die zelf niet kan instaan voor het onderhoud van haar kinderen kan onderhoudsgeld vorderen van de grootouders indien zij bewijst dat de vader niet of onvoldoende kan bijdragen (Rb. Brussel 8 oktober 2001, *RTDF* 2002, 334; Vred. Messancy 5 april 1978, *Jur.Liège* 1978-79, 199 en *T.Vred.* 1980, 27; Vred. Brasschaat 3 september 2002, *RW* 2002-03, 631).

Indien de vader dit wel kan, dan moet de vordering eerst tegen hem gericht worden (Rb. Brussel 6 januari 1987, *RTDF* 1988, 139). Staat vast dat de vader onvermogen is, dan hoeft hij zelfs niet in het geding betrokken te worden.

Interessant in dit verband is het cassatiearrest van 20 februari 1964 dat het volgende stelt (Cass. 20 februari 1964, *Pas.* 1964, 1, 656 en *RW* 1965-66, 1751).

Wanneer de moeder van een minderjarig kind in de noden van dit kind voorziet binnen de perken van haar inkomsten, doch deze noden alzo niet volledig zijn gedekt, dan kan haar vordering tegen de grootouders tot het bekomen van een bijkomend onderhoudsgeld slechts worden ingewilligd indien het bewijs wordt geleverd van de staat van behoefte van het kind en bijgevolg van de niet-uitvoering door de vader van zijn verplichtingen.

Geen enkele wettelijke bepaling maakt dit bewijs echter afhankelijk van een dagvaarding in rechte van de vader of van een verzoek tot hem om zijn verplichtingen na te komen nu hij zijn wil geuit heeft niet in de noden van het kind te willen voorzien. Hij deed dit door zijn onvermogen te bewerkstelligen opdat geen beslissing van veroordeling tegen hem uitgesproken, zou kunnen worden uitgevoerd.

**511** Buiten de voormelde toepassingen van artikel 205 BW rust er op de grootouders dus geen andere wettelijke onderhoudsverplichting naar hun kleinkinderen toe.

**512** Ingeval gegoede grootouders vrijwillig tussenkomen hoewel de ouders over voldoende middelen beschikken dan kan zulks gesteund zijn op vrijgevigheid (*animus donandi*) of op een gewetensplicht die aanleiding kan zijn tot

een afdwingbare natuurlijke verbintenis (Gent 24 april 2003, *TBBR* 2005, 284; Rb. Brussel 15 maart 1978, *RW* 1979-80, 2660).

Men kan de vraag stellen of dit ook niet het geval is wanneer grootouders vrijwillig aanvaarden de materiële bewaring van het kleinkind op zich te nemen en weigeren het kind af te geven aan zijn ouder (zie voor een toepassingsgeval: Jeugdrb. Ieper 30 maart 2001, *EJ* 2004, 69, *in casu* was er een akkoord van de ouder. De rechtbank geeft geen rechtsgrond tot toekenning van de onderhoudsvordering).

De grootouders die zonder *animus donandi* of buiten de hypothese van de natuurlijke verbintenis hebben ingestaan voor het onderhoud van hun kleinkind hebben een verhaal op de ouders. Dit verhaal kan op de verrijking zonder oorzaak worden gegrond of op de zaakwaring of de stilziggende lastgeving (Vred. Pâturages 27 november 1996, *JLMB* 1997, 1586; Vred. Verviers 12 januari 1998, *JLMB* 1998, 1228; Vred. Etterbeek 24 april 1998, *JT* 1999, 69; Vred. Westerlo 26 februari 2007, *NJW* 2007, 420, noot G. VERSCHELDEN en *RW* 2007-08, 660: naast veroordeling van de ouders tot een onderhoudsbijdrage tevens de verplichting tot doorstorting van de kinderbijslag).

Voor de toekomstige kosten moet het mogelijk zijn dat grootouders die met instemming van de ouders – of op grond van een beslissing van de rechter (bv. een plaatsingsbeslissing) – hun kleinkinderen onderhouden en opvoeden, recht hebben op een vergoeding vanwege de ouders, zulks vanaf de dag waarop de vergoeding gevorderd wordt. Deze vordering moet in rechte gesteund worden op artikel 203 BW (Rb. Brussel 15 maart 1978, *RW* 1979-80, 2660). Over deze rechtsgrond bestaat echter geen eensgezindheid (A. DE WOLF en F. APS, “Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde”, *EJ* 2004, 64).

## B. MODALITEITEN

**513** De modaliteiten die van toepassing zijn op artikel 205 BW gelden ook hier. Zie hierover meer uitgebreid, *verder* nrs. 1050-1083.

**514** Grootouders kunnen zich niet op artikel 211 BW beroepen om de betaling van een onderhoudsuitkering aan hun kinderen te weigeren.

Artikel 211 BW biedt enkel aan de vader en de moeder van het onderhoudsgerechtigde kind de mogelijkheid om een uitvoering *in natura* voor te stellen, zonder het bewijs te moeten leveren dat zij hun verplichting niet in geld kunnen nakomen. Voormeld artikel vormt een uitzondering op de algemene regel van betaling van onderhoudsgeld en dient bijgevolg beperkend geïnterpreteerd te worden.

## C. PROCEDURE

**515** Het gemeen recht inzake alimentatievorderingen is van toepassing. Zie hiervoor *verder* nr. 1084.

## § 6. Geadopteerde kinderen

## A. GRONDSLAGEN

**516** Bij volle adoptie is de onderhoudsverplichting gesteund op de artikelen 203 BW en 205 BW. Het ten volle geadopteerde kind en zijn afstammelingen hebben op het gebied van levensonderhoud dezelfde rechten en verplichtingen als die welke zij zouden hebben indien het kind geboren was uit degene of degenen die het ten volle geadopteerd heeft of hebben.

Tussen het ten volle geadopteerde kind en zijn vroegere ouders verdwijnt elke onderhoudsplicht (art. 356-1 (nieuw) BW), dit echter met uitzondering van de kinderen of adoptieve kinderen van de echtgenoot van de adoptant (zie onder gelding van de oude wetgeving: Arbitragehof 6 november 1997, nr. 67/97, *AA* 1997, 961 en *RTDF* 1997, 410) of van de persoon met wie de adoptant samenwoont (zie onder gelding van de oude wetgeving: Arbitragehof 3 mei 2000, nr. 53/2000, *JLMB* 2000, 1066, noot D. PIRE en *RW* 2000-01, 687, noot). Zij houden niet op te behoren tot de familie van die echtgenoot of van de persoon met wie wordt samengewoond.

**517** Bij gewone adoptie gelden afwijkende regels. De basis wordt gevormd door artikel 353-14 (nieuw) BW (wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *BS* 16 mei 2003, in werking getreden op 1 september 2005). In tegenstelling tot het oude artikel 364 BW verwijst het nieuwe artikel uitdrukkelijk naar de toepassing van artikel 203 BW.

Indien de onderhoudsverplichting gesteund is op artikel 205 BW dan behoort ze tot de groep van de “beperkte onderhoudsverplichtingen” met de behoefte als grondslag. Is het artikel 203 BW de grondslag dan is het een “uitgebreide onderhoudsverplichting” gesteund op de “levensstandaard”.

Samengevat ziet de regeling er als volgt uit.

1. De adoptant of de adoptanten zijn levensonderhoud verschuldigd aan de geadopteerde en aan diens afstammelingen overeenkomstig artikel 205 BW (art. 353-14, eerste lid BW). Omgekeerd is artikel 205 BW ook van toepassing op de geadopteerde en zijn afstammelingen opzichtsens de adoptant of adoptanten maar niet t.o.v. hun afstammelingen (art. 353-14, tweede lid BW).

2. Indien de geadopteerde zonder afstammelingen sterft, is zijn nalatenschap levensonderhoud verschuldigd aan de adoptant of aan de adoptanten ingeval deze personen ten tijde van het overlijden behoeftig zijn. Artikel 205*bis*, §§ 3 tot 5 BW is van toepassing op deze verplichting tot levensonderhoud (art. 353-14, tweede lid BW).
3. Zolang de opleiding van het geadopteerde kind niet voltooid is, is artikel 203 BW van overeenkomstige toepassing (art. 353-14, eerste lid BW). Hetzelfde geldt ingeval de geadopteerde het kind is of het adoptieve kind van de echtgenoot of van de persoon met wie de adoptant wettelijk samenwoont. Dan zijn beiden gehouden tot de verplichting uit artikel 203 BW (art. 353-14, laatste lid BW).
4. De onderhoudsverplichting blijft bestaan tussen de geadopteerde en zijn biologische ouders. Deze laatsten zijn aan de geadopteerde evenwel alleen levensonderhoud verplicht indien hij dit niet kan verkrijgen van de adoptant of adoptanten (art. 353-14, derde lid BW). Hier wordt dus een hiërarchie opgelegd tussen de beide (de adoptieve en de biologische) families. Het is niet zeker of de verplichting ook bestaat tussen de geadopteerde en de andere afstammelingen van zijn biologische ouders.

De onderhoudsplicht van de ouders is *s u b s i d i a i r* aan deze van de adoptant. De oorspronkelijke ouder kan de afschaffing vorderen van een vroeger bestaande onderhoudsverplichting (Vred. Antwerpen 15 maart 1967, *T.Vred.* 1968, 138).

Uit het voorgaande volgt dat er ook geen onderhoudsplicht bestaat tussen de geadopteerde en de echtgenoot, ouders of afstammelingen van de adoptant.

De vaststelling van de afstamming van de geadopteerde ten aanzien van een ander persoon dan de adoptant of de adoptanten nadat het vonnis van adoptie in kracht van gewijsde is gegaan, maakt daaraan geen einde. Indien het om een *g e w o n e* adoptie gaat, heeft deze afstamming gevolgen voor zover deze niet strijdig is met die van de adoptie.

Indien het een *v o l l e* adoptie betreft, heeft die afstamming slechts de toepassing van de verbodsbepalingen betreffende het huwelijk, bedoeld in de artikelen 161 en 164 BW tot gevolg.

## B. MODALITEITEN

**518** De onderhoudsplicht ontstaat vanaf de dag van de adoptieakte, mits homologatie, of in geval van weigering van toestemming vanaf de dag van de neerlegging van het verzoekschrift waarbij beoogd wordt die weigering als onverantwoord te verklaren (art. 349-1 BW en de artt. 1231-3 tot 1231-19 Ger.W.).



De onderhoudsplicht eindigt met het overlijden van de adoptant of de geadopteerde (heeft deze geen afstammelingen dan wordt de onderhoudsplicht een last van zijn nalatenschap, zijn er wel afstammelingen dan zijn die persoonlijk gehouden overeenkomstig art. 353-14 BW). De plicht eindigt ook bij de *herroeping* van de adoptie; in dat geval is dat vanaf de dag van de akte van rechtsingang (art. 354-3 BW).

In geval van *herziening* van het vonnis van adoptie conform artikel 351 BW heeft de adoptie geen gevolgen meer vanaf de overschrijving van het beschikkend gedeelte van de beslissing daartoe in de registers van de burgerlijke stand.

In de *ontvangstmachtiging* schijnt niet voorzien te zijn (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 79; zie ook N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 291). Het artikel 353-14 BW verwijst echter naar de “overeenkomstige toepassing” van artikel 203 BW (zolang de opleiding van het geadopteerde kind niet voltooid is). De ontvangstmachtiging is echter opgenomen onder artikel 203*ter* BW dat op zijn beurt verwijst naar artikel 203 BW.

Aanbod tot uitvoering van de onderhoudsplicht *in natura* is mogelijk in overeenstemming met artikel 210 BW (algemene onderhoudsplicht van art. 205 BW) en artikel 211 BW (in de verhouding tussen ouders en kinderen).

### C. PROCEDURE

**519** Er zijn geen bijzondere procedureregels zodat het gemeen recht inzake van alimentatievorderingen van toepassing is. De vrederechter is bevoegd (art. 591, 7° Ger.W.).

Zie hiervoor *verder* nr. 1084.

## § 7. Pleegkinderen

### A. GRONDSLAGEN

**520** De basis van deze onderhoudsplicht wordt teruggevonden in de artikelen 475*bis* BW en 475*quater* BW inzake de pleegvoogdij: artikel 475*bis* bepaalt: “Wanneer iemand die ten minste 25 jaar oud is, zich verbindt om een niet ontvoegd minderjarig kind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen, kan hij zijn pleegvoogd worden, met instemming van degenen wier toestemming vereist is voor de adoptie van minderjarigen. Een echtgenoot kan slechts met toestemming van de andere echtgenoot pleegvoogd worden”.

Artikel 475<sup>quater</sup> bepaalt: “De pleegvoogd beheert de goederen van zijn pleegkind, zonder het genot ervan te hebben en zonder de uitgaven voor onderhoud en opvoeding te mogen toerekenen op de inkomsten van de minderjarige. Hij oefent eveneens het recht van bewaring over het pleegkind uit, voor zover het zijn gewone verblijfplaats bij hem heeft.

Gedurende de pleegvoogdij hebben de ouders van het kind alsmede degenen die het hebben geadopteerd of ten volle geadopteerd, niet langer het genot van de goederen van de minderjarige.

Voor het overige wijkt de pleegvoogdij niet af van de regels betreffende de uitoefening van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het ouderlijk gezag of de voogdij en met name van het recht om toe te stemmen in het huwelijk, de adoptie of de volle adoptie van de minderjarige en om zijn ontvoeding te vorderen”.

Het volledige hoofdstuk (*Ilbis*, artt. 475<sup>bis</sup>-475<sup>septies</sup> BW) betreffende de pleegvoogdij werd in het Burgerlijk Wetboek ingevoegd door artikel 3 van de wet van 21 maart 1969 tot wijziging van artikel 45 van het Burgerlijk Wetboek, van de titels VIII en X van Boek I van hetzelfde wetboek, alsmede van de wetten op de verwerving, het verlies en de herkrijging van de nationaliteit, gecoördineerd op 14 december 1932 (*BS* 12 april 1969). Alle artikels werden hernummerd door de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*BS* 27 mei 1987).

**521** Het pleegkind kan in ondergeschikte orde nog beroep doen op zijn ouders op grond van artikel 203, § 1 BW indien zijn opleiding niet voltooid is en op grond van artikel 205 BW zo zij wel voltooid is.

**522** De pleegvoogdij is een gezagsinstelling over een minderjarige waarbij een persoon op contractuele basis de belangrijkste ouderlijke verplichtingen overneemt van de ouders en meteen ook sommige, doch niet alle bevoegdheden van het ouderlijk gezag (of van het voogdijgezag) verwerft.

De pleegvoogdij is in alle gevallen een contractuele rechtsfiguur (K. ADRIAENSSENS “Art. 475<sup>bis</sup> tot art. 475<sup>septies</sup> BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België losbl.; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 495, nrs. 1306-1308 en 1314).

Artikel 475<sup>ter</sup> BW bepaalt: “De overeenkomst waarbij de pleegvoogdij tot stand komt en, in voorkomend geval, de toestemming van de echtgenoot van de pleegvoogd worden vastgesteld bij authentieke akte opgemaakt door de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige of door een notaris.

Deze overeenkomst heeft eerst haar gevolgen nadat zij, op aanvraag van de pleegvoogd, bekrachtigd is door de jeugdrechtbank.

De jeugdrechtbank behandelt de aanvraag in raadkamer. De pleegvoogd en, in voorkomend geval, zijn echtgenoot, het kind indien het meer dan 15 jaar oud is, zijn voogd en toeziende voogd indien het reeds onder voogdij staat, alsmede degenen die overeenkomstig het vorige artikel hun instemming met

de pleegvoogdij hebben betuigd, worden door de rechtbank gehoord, althans opgeroepen. De procureur des Konings wordt altijd gehoord”.

De wet verbiedt niet dat de toestemmingen bij afzonderlijke akten worden vastgesteld (Jeugdrb. Brussel 29 juni 2005, *J.dr.jeun.* 2005, afl. 250, 60).

**523** Pleegvoogdij en “pleeggezin of -ouders” zijn niet hetzelfde.

Het “pleeggezin” betreft een situatie waarbij een gezin dat vreemd is aan een minderjarige, deze bij zich opvoedt, zonder gezagsinstelling als basis.

In ons recht bestaat er geen “statuut” voor de pleegouders. Hun positie t.a.v. het kind dat zij opvoeden, is dan ook zeer precair. Wel vormt de pleegvoogdij de enige mogelijkheid in ons recht om op vrijwillige basis de preciaire verhouding tussen pleegouders en pleegkind enige juridische bescherming te verlenen.

De pleegvoogdij kan ook worden aangewend om aan grootouders die feitelijk hun kleinkind opvoeden een betere rechtsbescherming te verlenen.

#### B. MODALITEITEN

**524** De pleegvoogd neemt de ouderlijke plicht op zich om het kind “te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen” (art. 475*bis*, eerste lid BW). In wezen gaat het hier om de verplichting van levensonderhoud, opvoeding en opleiding die op de ouders rust (art. 203, § 1 BW) en die ingeval (één van) de ouders nog leven, de pleegvoogd van hen overneemt.

**525** Aangezien de pleegvoogdij noodzakelijk een einde neemt bij de meerderjarigheid van het kind, loopt ook de onderhouds- en opvoedingsplicht van de pleegvoogd in beginsel op dat ogenblik ten einde.

De wet bepaalt nochtans dat indien het pleegkind op dat ogenblik niet in staat is om de kost te verdienen, de pleegvoogd door de jeugdrechtbank veroordeeld kan worden om het schadeloos te stellen ten einde het de nodige middelen te verschaffen om een beroep aan te leren. Dit komt er in feite op neer dat ook op de pleegvoogd de plicht rust om verder in te staan voor een passende opleiding van zijn pleegkind na de meerderjarigheid wanneer op dat ogenblik diens opleiding niet voltooid is (art. 475*quinquies*, eerste lid BW).

Deze plicht overleeft aldus de instelling zelf van de pleegvoogdij die een einde neemt bij de meerderjarigheid.

**526** Wanneer de pleegvoogdij ten einde komt ingevolge het overlijden van de pleegvoogd (of van de langstlevende der pleegvoogden) dan rust er wel een onderhoudsplicht op de nalatenschap van de pleegvoogd ten behoeve van het

pleegkind gedurende diens minderjarigheid (art. 475*quinquies*, tweede lid BW).

Artikel 475*quinquies*: “De pleegvoogdij neemt een einde bij de meerderjarigheid van het pleegkind. Indien het pleegkind evenwel op dat ogenblik niet in staat is om de kost te verdienen, kan de pleegvoogd door de jeugdrechtbank worden veroordeeld om het schadeloos te stellen. Deze schadeloosstelling bestaat in hulpmiddelen die geschikt zijn om het pleegkind een beroep te verschaffen, onverminderd de overeenkomsten die met het oog op dit geval mochten zijn gesloten.

De pleegvoogdij neemt ook een einde bij overlijden van de pleegvoogd. Indien het pleegkind op dat ogenblik behoeftig is, moet het uit de nalatenschap van de pleegvoogd middelen van bestaan verkrijgen, waarvan, zo daarin niet tevoren door een uitdrukkelijke overeenkomst is voorzien, het bedrag en de aard geregeld worden ofwel in der minne tussen de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige en de rechthebbenden op de nalatenschap van de pleegvoogd, ofwel door de jeugdrechtbank in geval van geschil.

De pleegvoogdij en de verplichtingen van de pleegvoogd of zijn nalatenschap nemen ook een einde wanneer het pleegkind komt te overlijden of wanneer het ontvoogd, geadopteerd of ten volle geadopteerd wordt”.

**527** Aan de pleegvoogdij kan ook een einde worden gesteld op v e r z o e k.

Artikel 475*sexies*: “De jeugdrechtbank kan aan de pleegvoogdij een einde maken op verzoek:

1° hetzij van de pleegvoogd;

2° hetzij van degenen die overeenkomstig artikel 475*bis* met de pleegvoogdij hebben ingestemd of van degenen die het kind hebben erkend of gewettigd na de totstandkoming van de pleegvoogdij;

3° hetzij van de procureur des Konings.

De jeugdrechtbank behandelt het verzoek op de wijze omschreven in artikel 475*ter*, derde lid.

Indien zij aan de pleegvoogdij een einde maakt, kan zij desgevraagd, na het advies van de personen bedoeld in het eerste lid, 1° en 2°, te hebben ingewonnen en na de procureur des Konings te hebben gehoord, de verplichting van de pleegvoogd om het kind te onderhouden en het de mogelijkheid te bieden in zijn levensonderhoud te voorzien, beperken of opheffen”.

**528** De pleegvoogd die het beheer over enig goed van zijn pleegkind heeft gehad, moet daarvan rekening en verantwoording doen overeenkomstig de artikelen 413 tot 420 BW (art. 475*septies* BW).

### C. PROCEDURE

**529** De jeugdrechtbank is bevoegd. De procedure wordt gevoerd op verzoekschrift (art. 45 wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit

hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, *BS* 15 april 1965 *err.* *BS* 19 mei 1965, hierna genoemd wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming).

De bevoegdheid *ratione loci* wordt bepaald door de verblijfplaats van de ouders die de bewaring hebben over het kind (art. 44 wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming).

De beslissingen van de jeugdrechtbank zijn vatbaar voor hoger beroep binnen de maand na de betekening van het vonnis en zulks bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof van beroep (art. 58 wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, zoals gewijzigd door de wet van 18 mei 1998).

De overeenkomst waarbij de pleegvoogdij tot stand komt en, in voorkomend geval, de toestemming van de echtgenoot van de pleegvoogd worden vastgesteld bij authentieke akte opgemaakt door de *v r e d e r e c h t e r* van de verblijfplaats van de minderjarige of door een *n o t a r i s*. Maar de overeenkomst heeft eerst haar gevolgen nadat zij, op aanvraag van de pleegvoogd, bekrachtigd is door de jeugdrechtbank conform artikel 475*ter* BW.

## § 8. Kinderen van de vooroverleden wettelijk samenwonende

**530** Met de wet van 28 maart 2007 tot wijziging, wat de regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende betreft, van het Burgerlijk Wetboek en van de wet van 29 augustus 1988 op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit (*BS* 8 mei 2007, ed. 2), werden twee nieuwe alimentatieverplichtingen ingevoerd.

Zie voor een nadere bespreking van de wet, J. BAEL, “Erfrecht van de wettelijk samenwonenden” in X (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 11*, Brugge, die Keure, 2007, 1-29; R. BARBAIX, “Het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende-partner”, *TEP* 2007, 442-486; H. CASMAN, “Erfrecht voor de langstlevende wettelijk samenwonende partner” in M. DE BUSSCHER, B. DE GROOTE en J. DE PUYDT (eds.), *Kan dit nog? Liber amicorum Rogier De Corte*, Mechelen, Kluwer, 2007, 59-83; C. CASTELEIN, *Erfrecht wettelijk samenwonenden: m.i.v. alle overige wijzigingen van het erfrecht door de wet van 28 maart 2007*, Gent, Larcier, 2007, 109 p.; J. DU MONGH, V. ALLAERTS en G. DEKNUDT, “Nieuwe wetgeving” in W. PINTENS en J. DU MONGH (red.), *Patrimonium 2007*, Leuven, Intersentia, 2007, 161-185; W. PINTENS en V. ALLAERTS, “Het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende. Een commentaar op de wet van 28 maart 2007”, *RW* 2007-08, 258-270; E. DE WILDE D’ESTMAEL, “La nouvelle législation sur les droits successoraux du cohabitant légal”, *Div.Act.* 2007, 137-147.

Vooreerst is er de nieuwe paragraaf 5 van artikel 1477 BW die bepaalt dat de onderhoudsverplichting uit artikel 203, § 1 BW ook toepasselijk is op de langstlevende partner. Deze heeft een verplichting tot huisvesting, opvoeding, passende opleiding en onderhoud tegenover de kinderen van de erflater van wie hij niet de vader of de moeder is. De verplichting is beperkt tot de grenzen van de voordelen die hij heeft verkregen uit de nalatenschap, d.w.z. krachtens wettelijk erfrecht of testament maar ook van wat hij heeft verkregen bij schenking of ten gevolge van de samenwoningovereenkomst. De onderhoudsver-

plichting loopt verder na de meerderjarigheid van het kind en dit totdat de opleiding is voltooid. Het is echter geen last van de nalatenschap maar een persoonlijke verplichting van de langstlevende stiefouder.

De verplichting blijft dus bestaan zelfs indien de overlevende samenwonende verzaakt aan de nalatenschap van zijn partner. In dat geval blijft hij onderhoudsplichtig tot beloop van wat hij verkreeg ten gevolge van de samenwoningovereenkomst (art. 1478, laatste lid BW) of schenkingen. Hij ontsnapt dus enkel aan de onderhoudsplicht indien hij in geen van de voormelde hypothesen iets verkreeg (F. TAINMONT, “La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal. Aspects civils”, *RTDF* 2008, 33-34).

Het is duidelijk dat de onderhoudsverplichting werd geïnspireerd op de gelijkwaardige verplichting die bestaat voor de langstlevende echtgenoot (stiefouder) en die geformaliseerd werd in artikel 203, § 2 BW. De verplichting vindt haar verklaring hierin dat het een compensatie is voor de verbetering van de erfrechtelijke positie van de langstlevende wettelijk samenwonende. Deze verkrijgt als gevolg van artikel 745octies, § 1 BW het vruchtgebruik op de gemeenschappelijke verblijfplaats van het gezin en de daarin aanwezige huisraad.

De tweede nieuwe onderhoudsverplichting is wel een last van de nalatenschap en geen persoonlijke verplichting. Zij geldt tegenover de ascendenten van de erflater en is bedoeld als compensatie voor het verlies dat zij zouden lijden door de bijkomende uitholling van hun reserve. Zij krijgen een aanspraak op levensonderhoud ten laste van de nalatenschap van de erflater (paragraaf 6 van art. 1477 BW). Er is echter een dubbele beperking: vooreerst moet er behoefte zijn ten tijde van het overlijden, vervolgens geldt ze enkel tot beloop van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van giften aan de langstlevende wettelijke samenwonende (C. CASTELEIN, “De wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners en andere erfrechtelijke innovaties”, *T.Fam.* 2007, 204-205).

## AFDELING II

### DE HULPVERPLICHTING TUSSEN ECHTGENOTEN

#### § 1. De hulp- en bijdrageplicht tussen echtgenoten (art. 213 en 221 BW)

##### A. GRONDSLAGEN

###### 1. Aard

**531** Ingevolge de totstandkoming van het huwelijk gaan echtgenoten jegens elkaar een geheel van rechten en verplichtingen aan, opgenomen in het pri-

mair huwelijksstelsel. Dit stelsel heeft voorrang op het gekozen huwelijksvermogensstelsel.

De toepassing van de hierna vermelde hulpverplichting (art. 213 BW) geldt niet voor het ongehuwd (niet-wettelijk) samenleven, gezien de hoedanigheid van echtgenoot essentieel is (Vred. Gent 6 mei 1999, *TGR* 2000, 227).

Deze verplichtingen hebben, ingevolge de gelijkheid onder echtgenoten een wederkerig karakter, hetgeen inhoudt dat in geval van miskennis door een echtgenoot, de andere niet gerechtigd is zelf de naleving van deze verplichtingen op te schorten (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., I.1.-12).

De onderhoudsverplichting maakt van dit primair stelsel deel uit en is vervat in de twee hierna volgende bepalingen die enerzijds betrekking hebben op de hulpverplichting tegenover elkaar en anderzijds de plicht oplegt om bij te dragen in de lasten van het huwelijk.

Artikel 213 BW bepaalt: “Echtgenoten zijn jegens elkaar tot samenwoning verplicht; zij zijn elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd” (art. 1 wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, *BS* 18 september 1976).

De oorspronkelijke versie van artikel 213 BW onder gelding van de *Code civil des Français* van 1804 (*Bulletin flamand* 1804) was als volgt: “Den man moet zyne vrouwe vóórstaen, de vrouwe moet haeren man onderdaenig zyn”. Sedertdien is de maaatschappijvisie over de verhouding tussen man en vrouw duidelijk geëvolueerd (zie over deze evolutie, J.-P. MASSON, “Les cinquante ans de la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux”, *JT* 2008, 293-296).

Artikel 221 BW luidt: “Iedere echtgenoot draagt in de lasten van het huwelijk bij naar zijn vermogen.

Wanneer een der echtgenoten deze verplichting niet nakomt, kan de andere, onverminderd de rechten van derden, zich door de vrederechter laten machtigen om, met uitsluiting van zijn echtgenoot, diens inkomsten of de inkomsten uit de goederen die hij krachtens hun huwelijksvermogensstelsel beheert, als ook alle andere hem door derden verschuldigde geldsommen te ontvangen onder de voorwaarden en binnen de perken die het vonnis bepaalt.

Het vonnis kan worden tegengeworpen aan alle tegenwoordige of toekomstige derden-schuldenaars, na kennisgeving door de griffier op verzoek van de eiser.

Wanneer het vonnis ophoudt gevolg te hebben, geeft de griffier daarvan bericht aan de derden-schuldenaars.

De griffier vermeldt in zijn kennisgeving wat de derde-schuldenaar moet betalen of moet ophouden te betalen.

Wanneer naderhand een verzoekschrift tot echtscheiding of tot scheiding van

tafel en bed wordt ingediend, blijft de machtiging niettemin uitvoerbaar tot aan de beslissing van de rechtbank of van de voorzitter van de rechtbank in kort geding”.

De huidige tekst werd ingevoegd door artikel 1 wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (*BS* 18 september 1976).

Voordien bestond een gelijkaardige regeling onder de artikelen 214b-214h BW ingevoegd door de wet van 20 juli 1932 tot wijziging van hoofdstuk VI, titel V, van Boek I van het Burgerlijk Wetboek: De wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten (*BS* 12 augustus 1932). Ingevolge de wet van 30 april 1958 betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten (*BS* 10 mei 1958) wordt de regeling vervolgens opgenomen onder de artikelen 218 en 219 BW.

#### a. Openbare orde of dwingend recht

**532** Geen eensgezindheid bestaat in de rechtsleer of alle dan wel bepaalde verplichtingen, deel uitmakend van primair stelsel, van openbare orde zijn.

Een strekking stelt dat de huwelijksverplichting, vervat in artikel 213 BW als essentieel voor het instituut van het huwelijk moet worden beschouwd en zodoende van openbare orde is, terwijl de bijdrageplicht (art. 221 BW) van dwingend recht is (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl. I.1.-11).

Een andere strekking poneert dat de wederzijdse hulp- en bijdrageplichten (art. 213 en 221 BW) volledig van dwingend recht zijn, wat door de rechtspraak bevestigd werd, alleszins wat betreft de bijdrageplicht tussen de echtgenoten onderling (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 183-186; Cass. 27 september 1990, *Rev.not.b.* 1991, 195).

#### b. Onderscheid tussen hulp- en bijdrageplicht

**533** De onderhoudsplicht, met name het verstrekken van hulp, conform artikel 213 BW tussen echtgenoten heeft in essentie tot doel de wederzijdse, echtelijke solidariteit te bevestigen, waarbij de ene echtgenoot deelachtig wordt aan de verworven levensstandaard van de andere (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl. I.2-9 en 10; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 188). Met andere woorden, de meer welstellende echtgenoot is ertoe gehouden om zijn inkomsten te delen, zijn eigen maatschappelijke rang over te dragen aan de andere, zwakkere echtgenoot en hem hieraan te laten participeren (Vred. Ukkel 21 februari 1997, *RTDF* 1997, 608).

Daarnaast zijn echtgenoten eveneens verplicht om hun bijdrage te leveren, naar eigen vermogen, in de lasten van het huwelijk (art. 221 BW), wat betekent dat ook deze verplichting niet enkel wederkerig is, doch eveneens in evenredigheid tot de mogelijkheden van iedere echtgenoot.



**534** De term “lasten van het huwelijk” is de verzameling van alle kosten en uitgaven die het huishouden van het echtpaar bezwaren, zulks met inbegrip van alle leden, deel uitmakend van het gezin. Dit houdt in dat niet enkel de kosten van onderhoud van de echtelieden zelf en de kosten en uitgaven verbonden aan de opvoeding van hun gemeenschappelijke kinderen, hierin begrepen zijn, doch eveneens deze van de andere kinderen-gezinsleden die ervan deel uitmaken.

Deze “lasten” omvatten aldus alle uitgaven, verbonden aan het dagdagelijks leven (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., I.10-5; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 190).

**535** Onmiddellijk valt op dat in relatie tot de hulpverplichting (art. 213 BW), de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk (art. 221 BW) veel ruimer en omvattender is, onverminderd het feit dat beide verplichtingen gesteund zijn op dezelfde echtelijke solidariteit.

De bijdrage in de gezinslasten is alleszins meer vérstrekkend dan het laten deelnemen van de andere echtgenoot aan de persoonlijk verworven maatschappelijke stand of rang, hetgeen veronderstelt dat, wanneer beide echtelieden over een gelijke standing beschikken, deze hulpverplichting niet bestaat.

Bovendien wordt door de nakoming van de bijdrageplicht, automatisch ook aan de hulpverplichting voldaan, wat betekent dat als het ware de hulpverplichting opgeslorpt wordt in de bijdrageverplichting, onverminderd het feit dat het wettelijk twee onderscheiden en autonome echtelijke verplichtingen zijn.

Dit onderscheid wordt onder meer geconcretiseerd in de sanctionering van deze verplichtingen. De niet-nakoming van de hulpverplichting geeft aanleiding tot een onderhoudsgeld, het nalaten bij te dragen in de lasten van het huwelijk tot een sommendelegatie of een onderhoudsbijdrage.

**536** De uitvoering van deze verplichtingen geschiedt in principe *in natura*, meer bepaald in de echtelijke verblijfplaats en volgt uit de beleving van het echtelijk leven (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 20). Dit betekent dat de samenwoningsverplichting in nauw verband staat met de hulp- en bijdrageverplichting (D. TILLEMANS, “De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld” in P. SENAEVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 123, nr. 109).

Wanneer echter het samenleven ophoudt te bestaan, kan de hulpverplichting (art. 213 BW), zoals boven reeds vermeld, gesanctioneerd worden door het toekennen van een onderhoudsgeld. Daartegenover staat dat ingeval een echtgenoot nalaat zijn bijdrage in de lasten van het huwelijk na te komen, de

andere echtgenoot beroep kan doen op de sommandelegatie, overeenkomstig artikel 221, tweede lid BW. Dit biedt de mogelijkheid om voor de toekomst gerechtelijk gemachtigd te worden, bij uitsluiting van de andere echtgenoot, geldsommen te ontvangen, die hem toekomen.

De eisende echtgenoot draagt de bewijslast van de miskenning in hoofde van de andere echtgenoot van zijn bijdrageplicht (P. HOFSTRÖSSLER, “Nogmaals over schuld en onschuld inzake feitelijke scheiding en artikel 223 BW” (noot onder Vred. Westerlo 23 januari 1996), *AJT* 1995-96, 461; zie voor het vonnis ook *Echtsch.* 1995, 34).

### c. Feitelijke scheiding en tijdelijke verwijdering

**537** De problematiek rond de naleving van de hulp- en bijdrageverplichting zal expliciet rijzen wanneer aan de voormelde samenwoning een einde komt, minstens onderbroken wordt, zodat deze verplichtingen, die blijven bestaan, niet verder meer *in natura* kunnen uitgeoefend worden. M.a.w. er moet zich dus een feitelijke scheiding voordoen tussen de echtgenoten.

**538** Het begrip “feitelijke scheiding” is in het civiel recht niet gedefinieerd, en werd enkel in de rechtsleer omschreven.

Feitelijke scheiding veronderstelt enerzijds het afzonderlijk wonen der echtgenoten (materieel element) en anderzijds de intentie om niet langer onder eenzelfde dak met elkaar te willen leven (intentioneel element) (K. JANSSENS, “Artikel 221 BW en het voorlopig bewind”, *AJT* 2000-01, 617).

Terecht wordt een onderscheid gemaakt tussen de feitelijke scheiding en de “tijdelijke verwijdering”. Dit laatste betekent dat de echtgenoten buiten hun wil van elkaar materieel verwijderd zijn, dit bijvoorbeeld door het verblijf in een verzorgingsinstelling of wegens professionele redenen. In dit geval is geen sprake van een feitelijke scheiding als grond tot het opleggen van een onderhoudsgeld of sommandelegatie (C. DE BUSSCHÈRE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, nr. 9; J.L. GOOVAERTS en G. PUTZEYS, *Rechtsverhouding tussen echtgenoten*, Eeklo, P. De Baets, 1983, 107). De tijdelijke, feitelijke verwijdering schort de echtelijke verplichtingen, conform de artikelen 213 en 221 BW niet op, en veronderstelt aldus dat uitvoering van deze verplichtingen op basis van de wederkerigheid en naar eigen vermogen blijft bestaan.

Indien echter in hoofde van één der echtgenoten de intentie blijkt te bestaan om deze onderlinge verwijdering te bestendigen, zal de verwijdering zich transformeren in een feitelijke scheiding (K. JANSSENS, “Artikel 221 BW en het voorlopig bewind”, *AJT* 2000-01, 618-619).

De wil om een dergelijke feitelijke scheiding te creëren zal alleszins dienen aangetoond te worden door de andere echtgenoot die zich op de gedwongen naleving van de hulp- en bijdrageplicht beroept en die dus de positieve bewijslast heeft (Vred. Zelzate 3 april 1998, *AJT* 2000-01, 621).

**539** Eensgezindheid bestaat echter niet in de rechtspraak betreffende het onderscheid tussen de begrippen "feitelijke scheiding" en "tijdelijke verwijdering". Dit wordt geïllustreerd door de volgende casus.

Volgens de vrederechter van het kanton Veurne-Nieuwpoort is de onderhoudsplicht aan de orde, wanneer ingevolge de gezondheidstoestand van beide echtgenoten, de verdere samenwoning onmogelijk wordt gemaakt en de bijdrageplicht niet meer *in natura* in de echtelijke woonst kan nagekomen worden.

Dergelijke feitelijke toestand wordt als een ernstige verstoorde verstandhouding tussen de echtgenoten geïnterpreteerd, ongeacht of deze stoornis te wijten is aan een subjectieve toerekenbare tekortkoming in hoofde van één van beide.

Het schuld criterium is aldus niet aan de orde, opdat een ernstig verstoorde verstandhouding door de bodemrechter zou kunnen weerhouden worden. Een extern gegeven, zoals de uitschakeling van de vrije wil in hoofde van de echtgenoten kan als oorzaak worden weerhouden van de verstoring van een voorheen bestaande onderlinge verstandhouding. Zulks volstaat opdat toepassing zou kunnen gemaakt worden van artikel 223 BW (Vred. Veurne-Nieuwpoort 14 november 2002, *T.Vred.* 2003, 399).

**540** In geval van feitelijke scheiding blijkt dat de bijdrageverplichting (art. 221 BW) nog meer expliciet de hulpverplichting (art. 213 BW) inkapselt en trouwens op zich zonder voorwerp maakt.

#### d. Bewijslast

**541** Zoals hierboven al werd aangehaald, is het afdwingen van de hulp- en bijdrageplicht gebaseerd op het schuld criterium, hetgeen betekent dat wanneer een echtgenoot in rechte een onderhoudsvordering instelt op grond van de artikelen 213 BW en/of 221 BW, deze de bewijslast heeft dat de andere echtgenoot de feitelijke scheiding heeft doen ontstaan (A.-C. VAN GYSEL, "Crime et châtement: la notion de faute dans les relations entre époux" in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, 531; Cass. 16 mei 1997, *Div.Act.* 1998, 74; Rb. Antwerpen 22 juni 2000, *AJT* 2000-01, 814).

Dit betekent ook dat de echtgenoot die de nakoming van de verplichtingen conform de artikelen 213 en 221 BW in rechte wil afdwingen, moet aantonen dat, voor zover deze feitelijke scheiding reeds enige tijd bestaat, het voortduren ervan eveneens ten laste van de andere valt (Cass. 21 februari 1986, *JLMB* 1987, 209; Cass. 16 mei 1997, *Pas.* 1997, I, 573 en *Div.Act.* 1998, 74, noot A.-C. VAN GYSEL; Rb. Marche-en-Famenne 17 april 1997, *Div.Act.* 1998, 73; Vred. Westerlo 23 januari 1996, *AJT* 1995-96, 459; Vred. Philippeville 15 december 1999, *TBBR* 2000, 262).

Deze bewijslast is identiek, minstens vergelijkbaar met deze betreffende de omkering van het schuldvermoeden, overeenkomstig artikel 306 (oud) BW (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 23, voetnoot nr. 12).

**542** Het hof van beroep te Gent maakte (onder gelding van de oude echtscheidingswet) een toepassing van bovenvermelde principes door te oordelen dat de voorzitter in kort geding geen rekening mag houden met het schuld criterium. De situatie is anders indien de uitspraak over de echtscheiding in kracht van gewijsde is getreden, zodat er geen bezwaar meer bestaat om met de schuld rekening te houden bij de beoordeling van de onderhoudsplicht tijdens het huwelijk. In geval van feitelijke scheiding kan de echtgenoot aan wie minstens het voortduren mede te wijten is, geen aanspraak maken op onderhoudsgeld. De aanspraak op een onderhoudsuitkering vervalt vanaf de datum van het proces-verbaal van vaststelling van overspel (Gent (11de *ter* kamer) 18 maart 2004, *RABG* 2004, 1270, noot M. GOVAERTS).

Het hof van beroep te Antwerpen nam het tegengestelde standpunt in. Het was van oordeel dat voorhouden dat de verbintenissen voortvloeiende uit het huwelijk, in het bijzonder het betalen van onderhoudsgeld, niet meer zouden moeten worden nageleefd louter op grond van het feit dat de andere echtgenoot is gaan samenwonen met een andere partner, een miskennis inhoudt van artikel 213 BW (Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN).

Het hof benadrukte bovendien dat de wederzijdse verplichtingen die uit artikel 213 BW voortspruiten van openbare orde zijn en van elkaar gescheiden.

Er wordt op deze uiteenlopende rechtspraak verder ingegaan onder het hoofdstuk van “De onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure”. Zie nrs. 637 e.v.

**543** De onderhoudsverplichting die voortvloeit uit artikel 213 BW heeft een *alimantair* karakter. Dit werd nog eens herhaald door het Hof van Cassatie in een arrest van 9 september 2004. Het hof preciseerde dat het begrip behoefte betrekkelijk is en dat de uitkering geraamd moet worden, niet in verhouding tot de levensstijl van de echtgenoten tijdens het gemeenschappelijke leven, maar wel zodanig dat de uitkeringsgerechtigde echtgenoot in staat is de levensstijl aan te houden die hij zou hebben gehad indien er geen scheiding was geweest (Cass. (1ste kamer) 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDOY).

**544** Met betrekking tot *begraveniskosten* besliste het hof van beroep te Brussel dat deze kosten het laatste deel vormen van de onderhoudsplicht die zonder hoofdelijkheid rust op de echtgenoot en het kind van de persoon die, op het einde van zijn leven, behoeftig was (art. 205 en 213 BW). Echter zijn bij gebrek aan bewijs van hun persoonlijke verbintenis de erfgenamen die de nalatenschap van een overledene hebben verworpen, in deze hoedanigheid niet gehouden tot betaling van de begraveniskosten (Brussel (16de kamer) 26 april 2005, *JT* 2005, 455).

**545** De bewijslast is niet wettelijk geregeld doch wordt bepaald door een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (P. SENAËVE, “Het magische getal 223 – Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het orga-

niseren van de feitelijke scheiding", *EJ* 1996, 82 en meer bepaald voetnoot nr. 4). Indien een echtgenoot echter zonder vooraf gemachtigd te zijn om afzonderlijk te verblijven, het echtelijk dak verlaat, wordt hij vermoed de versterking van de echtelijke verstandhouding veroorzaakt te hebben en aldus schuldig te zijn aan de feitelijke scheiding, weliswaar behoudens het bewijs van het tegendeel (Cass. 19 juni 1970, *RW* 1970-71, 502; E. VIEUJEAN, "Les personnes. Examen de jurisprudence (1976 à 1983)", *RCJB* 1986, 579; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 200).

Indien echter de feitelijke scheiding mede te wijten is aan de eigen tekortkomingen, kan deze echtgenoot geen aanspraak maken op een onderhoudsgeld of sommendelegatie (D. TILLEMANS, "De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 125).

In tegenstelling tot de bewijsvoering van de schuld in het kader van een procedure dringende en voorlopige maatregelen (art. 223, eerste lid BW) waarbij het spoedeisend karakter determinerend is en het bewijsaanbod door middel van getuigen niet zo compatibel lijkt, zijn in het kader van een procedure gevoerd op grond van artikel 213 BW of artikel 221 BW alle bewijsmiddelen volgens gemeen recht van toepassing, met inbegrip van het getuigenverhoor (P. SENAËVE, "Alimentatie en ontvangstmachtiging bij feitelijke scheiding op basis van art. 223 BW" (noot onder Cass. 21 februari 1986), *RW* 1986-87, 310).

## 2. Geldingsduur

**546** De hulp- en bijdrageverplichting blijven bestaan zolang het huwelijk niet is ontbonden, zodat het verloop van de tijd principieel geen impact heeft op de naleving ervan en het instellen van een vordering, gesteund op artikel 213 en/of 221 BW geen beletsel vormt.

De morele onmogelijkheid om het echtelijk leven te hervatten kan niet door de andere echtgenoot worden tegengeworpen (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 26; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 201, nr. 314).

**547** Enkel een nieuw, ongekend gegeven kan aanleiding geven tot het herzien van het schuld criterium, bij gebreke waaraan de rechter gebonden blijft aan het gezag van gewijsde van de vroeger getroffen beslissing over de schuld aan enerzijds het ontstaan en anderzijds de instandhouding van de feitelijke scheiding (Rb. Verviers 8 november 1995, *TBBR* 1996, 472).

**548** Wanneer het huwelijk ophoudt te bestaan, eindigt ook de hulpplicht van artikel 213 BW en de bijdrageplicht van artikel 221 BW. In geval van

echtscheiding is dit vanaf het ogenblik dat het vonnis van echtscheiding in kracht van gewijsde is getreden (Bergen 11 februari 2003, *RTDF* 2004, 141).

Slechts van zodra het echtscheidingsvonnis dat de echtscheiding uitspreekt in kracht van gewijsde getreden is, heft dit de uitwerking van de uitspraak genomen op grond van artikel 213 en/of 221 BW op, wat de beslagrechter bevoegd maakt om vast te stellen dat de uitvoerbare kracht van de titel vervallen is (Cass. 3 november 1995, *RW* 1994-95, 1294 en *Div.Act.* 1997, 23, noot A.-C. VAN GYSEL).

### 3. *Begroting van de onderhoudsverplichting en methodiek*

#### a. Voornaamste principes

**549** Zelfs indien wordt aangetoond dat het ontstaan en de instandhouding van de feitelijke scheiding aan de andere echtgenoot te wijten is, heeft dit niet automatisch voor gevolg dat een onderhoudsgeld of een sommendelegatie aan de eisende echtgenoot wordt toegekend.

Deze laatste zal ook moeten aantonen niet bij machte te zijn op een gelijkwaardige wijze als tijdens het echtelijk samenleven in zijn persoonlijk onderhoud te kunnen voorzien en aldus dezelfde levensstandaard te kunnen aanhouden (Brussel 14 november 1984, *RW* 1984-85, 1931, noot J. PAUWELS; H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, I.2.-16). Er dient bij de onderhoudsvordering verwezen en herinnerd te worden aan de hogervermelde echtelijke verplichting, dat ieder der echtgenoten *n a a r v e r m o g e n* moet bijdragen in de lasten van het huwelijk.

**550** M.b.t. de voornaamste principes die bij het begroten van onderhoudsgeld tussen echtgenoten moeten worden toegepast, werden er enkele belangrijke arresten gewezen door het Hof van Cassatie.

Vooreerst zijn er de arresten van 26 april 2004 (Cass. (3de kamer) 26 april 2004, *EJ* 2005 (verkort), 30, noot E. VAN DER VELPEN, *Pas.* 2004, afl. 4, 711 en *RTDF* 2004, 1025, noot N. DANDOY) van 25 november 2005 (Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079) en in identieke bewoordingen 25 januari 2007 (Cass. (1ste kamer) 25 januari 2007, *Div.Act.* 2007, 74 noot N. GALLUS, *RTDF* 2007, 454, noot N.D., *JLMB* 2007, 1591 en *Larcier Cass.* 2007, 106) waarin het hof stelt dat de uitkering die tijdens een echtscheidingsgeding aan een echtgenoot wordt toegekend een uitvoeringswijze is van de plicht tot hulpverlening tussen echtgenoten die moet worden vastgesteld met inachtneming van de behoeften en de inkomsten van elk der echtgenoten.

Door te beslissen dat de toekenning van een onderhoudsuitkering enkel bedoeld is om een billijke verdeling van de netto-inkomsten van de echtgenoten te verzekeren en door bij de vaststelling van het bedrag enkel op dit criterium acht te slaan, worden artikel 213 BW en 1280, eerste lid Ger.W., geschonden.

Het hof wijst er in het tweede arrest bovendien op dat de inkomsten van de echtgenoten in de eerste plaats moeten worden besteed aan de lasten van het huwelijk maar dat wat overblijft, kan worden aangewend volgens de bepalingen van hun huwelijksvermogensstelsel. Er mag m.a.w. bij het begroten van een onderhoudsgeld niet worden rekening gehouden met het “spaarpotentieel” of met professionele investeringen die in overeenstemming met artikel 217 BW beheerst worden door het secundaire stelsel en waardoor een “koude” halvering van de gezinsinkomsten niet mogelijk is (zie hierover N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1107-1108).

**551** Vervolgens besliste het hof in het bovenvermelde arrest van 9 september 2004 (Cass. (1ste kamer) 9 september 2004, *JT* 2005, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283, *RW* 2006-07, 55 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDOY) dat de uitkering moet worden geraamd, niet in verhouding tot de levensstijl van de echtgenoten tijdens het gemeenschappelijke leven, maar wel zodanig dat de uitkeringsgerechtigde echtgenoot in staat is de levensstijl aan te houden die hij zou hebben gehad indien er geen scheiding was geweest (art. 208 en 213 BW). M.a.w. het is de actuele (variabele) situatie die telt en niet deze van tijdens het samenleven. Het onderhoudsgeld kan dan ook steeds worden aangepast aan wijzigingen in de financiële toestand van de echtgenoten. Dit standpunt werd herhaald in het al geciteerde arrest van 25 november 2005 (Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079).

Vertrekkende van dit criterium zal het dus ook noodzakelijk zijn rekening te houden met de toegenomen kost van een “ontdubbelde” huisvesting en indien daarnaar expliciet wordt verwezen in de gerechtelijke beslissing die het onderhoudsgeld begroot dan kan de steeds weerkerende problematiek van de woonstvergoeding tijdens de vereffening en verdeling na echtscheiding gemakkelijker worden opgelost (S. BROUWERS, “De begroting van een onderhoudsgeld tussen echtgenoten en de impact daarop van het ‘woonstvoordeel’” (noot onder Antwerpen 1 december 2004), *Not.Fisc.M.* 2006, 23).

**552** Verder is er het arrest van het Hof van Cassatie van 16 april 2004 (Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97, noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221, noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY) en dit van 2 mei 2005 (Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543, noot) waaruit blijkt dat de rechter een onwettige beslissing zou wijzen, indien hij, teneinde de draagkracht van de vader en de moeder te ramen, geen rekening zou houden met de lasten van medische en farmaceutische aard evenals met de onreducerbare, in het bijzonder hypothecaire lasten die op één van hen wegen. Weliswaar betrof het *in casu* een toepassing van artikel 203 BW doch het standpunt dat het hof innam heeft wat het begrip “lasten” betreft, een ruimere betekenis (zie m.b.t. het begrip “kosten met een uitzonderlijk karakter”: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de déci-

sions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1113; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 200).

**553** Uit het voorgaande kan dus worden afgeleid dat bij de begroting van een onderhoudsgeld moet worden rekening gehouden met het criterium dat:

- een onderhoudsgeld niet enkel bedoeld is om een billijke (en gelijke) verdeling van de netto-inkomsten van de echtgenoten te verzekeren;
- een onderhoudsgeld moet worden geraamd zodanig dat de uitkeringsgerechtigde echtgenoot in staat is de levensstijl aan te houden die hij zou hebben gehad indien er geen scheiding was geweest;
- teneinde de draagkracht van de onderhoudsplichtige te ramen, moet worden rekening gehouden met niet te herleiden lasten die een onevenwicht veroorzaken in de draagkracht van elk van de echtgenoten.

**554** In toepassing van één of meer van de voormelde principes oordeelde het hof van beroep te Gent dat de onderhoudsuitkering tijdens het huwelijk wordt bepaald in functie van enerzijds de inkomsten en mogelijkheden van de onderhoudsplichtige en anderzijds de behoeften van de onderhoudsgerechtigde, in acht genomen de verworven levensstandaard tijdens het samenleven. De graad van behoefte van de onderhoudsgerechtigde moet volgens het hof worden afgemeten aan de mogelijkheden in zijne hoofde om door arbeid een inkomen te verwerven teneinde in zijn behoeften te voorzien.

Er wordt eveneens rekening gehouden met de fiscale aftrekbaarheid en de belastbaarheid in hoofde van de onderhoudsgerechtigde (Gent (11de kamer) 18 maart 2004, *RABG* 2004, 1270, noot M. GOVAERTS).

**555** Volgens de kort gedingrechter van Bergen (KG Bergen 23 april 2004, *Div.Act.* 2004, 105 en *Div.Act.* 2005, 133) veronderstelt de onderhoudsplicht tussen echtgenoten dat, in geval van feitelijke scheiding, ieder van hen gerechtigd is op de inkomsten en mogelijkheden teneinde een gelijkwaardige levensstandaard te handhaven als tijdens het echtelijk samenleven. De onderhoudsuitkering, overeenkomstig artikel 213 BW moet de economisch zwakkere echtgenoot verzekeren eenzelfde levensstandaard te behouden als de andere echtgenoot (Cass. 26 juni 1995, *Div.Act.* 1997, 25; N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 595).

Hierbij wordt verwezen naar eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 30 januari 1998, *Pas.* 1998, I, 54) waarbij gepreciseerd wordt dat het bedrag van de onderhoudsuitkering niet bepaald en geëvalueerd moet worden in functie van de levensstandaard die bestond tijdens het echtelijke leven maar dient begroot te worden teneinde de echtgenoot in staat te stellen een levensstandaard te behouden, waarover hij kon beschikken alsof er geen feitelijke scheiding had plaatsgevonden.

Om de levensstandaard te bepalen, dient men bijgevolg de actuele mogelijkheden van de echtgenoten te bepalen, deze samen te tellen en bij helften te verdelen, hierbij rekening houdend met de fiscale implicaties verbonden aan de betaling van de onderhoudsuitkering (N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 615).



**556** Het hof van beroep te Bergen hanteerde hetzelfde criterium. Het bedrag van het onderhoudsgeld dat conform artikel 213 BW, zijnde de hulpplicht, moet begroot worden, moet aan de onderhoudsgerechtigde toelaten dezelfde “train de vie” te voeren als diegene die hij zou gehad hebben indien er geen scheiding zou zijn tussengekomen (Bergen 2 mei 2006, *JT* 2006, 585; zie ook Bergen 22 februari 2005 *Div.Act.* 2006, 71, afkeurende noot N. GALLUS).

Van belang is dus dat met de actuele levensstandaard wordt rekening gehouden en niet met de gemiddelde levensstandaard die de echtgenoten hebben gekend tijdens de duur van hun samenleven. Dit laatste is echter wel het criterium bij het begroten van een uitkering na echtscheiding althans indien de oude wet nog van toepassing is (art. 301 (oud) BW).

Vermits het begrotingsvraagstuk zich in de praktijk vooral aandient in het kader van de voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.) wordt voor een verdere bespreking ook verwezen naar dat hoofdstuk onder de nrs. 648-693.

#### b. Driefasen-model

**557** Bij de vraag welk begrotingssysteem dient gehanteerd te worden, kan verwezen worden naar het *driefasen-model*, waarbij eerst de referentiestandaards, met name de levensstandaard van het echtpaar beoordeeld wordt om dan vervolgens de eigen mogelijkheden van zowel de echtgenoot die aanspraak maakt op een onderhoudsgeld na te gaan als vervolgens de mogelijkheid van de potentiële onderhoudsplichtige. Zie voor een meer gedetailleerde bespreking *verder* de nrs. 693 en 765-815.

Zodoende wordt de omvang van het onderhoudsgeld niet bepaald naargelang er al dan niet behoefte is in hoofde van de onderhoudsgerechtigde echtgenoot (art. 205 BW e.v.), doch wordt uitgegaan van de verworven levensstandaard, de maatschappelijke positie waarvan deze echtgenoot kon genieten tijdens het echtelijk samenleven (J. GERLO, “Onderhoudsgelden”, *TPR* 1985, 149).

**558** Ook al is gelijkwaardigheid van de levensstandaard het uitgangspunt, in vele gevallen zal de handhaving ervan problematisch zijn. Alleszins volgt uit de verplichting “naar zijn vermogen bijdragen” in de lasten van het huwelijk niet dat de gezamenlijke inkomsten van de echtgenoten gelijk onder elkaar dienen verdeeld te worden (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 25; D. TILLEMANS, “De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld” in P. SENAEVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 167 e.v.).

## c. Halveringssleutel

**559** De halveringssleutel geldt niet als berekeningsbasis voor zover toegepast op het gezamenlijke gezinsinkomen (J. ROODHOOF, “Halveringssleutel verworpen als berekeningsbasis voor het onderhoudsgeld tussen echtgenoten” (noot onder Cass. 26 juni 1995), *EJ* 1996, 6 en *Div.Act.* 1997, 25, noot A.-C. VAN GYSEL).

Er moet inderdaad rekening gehouden worden met een aantal factoren zoals de fiscale impact van het betalen, respectievelijk ontvangen van onderhoudsgeld, het al dan niet huurvrij wonen, het ten laste hebben van kinderen, het betalen van schulden door één van de echtgenoten enz., factoren waardoor de halveringsregel in al zijn eenvoud uiteraard niet kan worden toegepast.

Er wordt echter niet ingezien waarom deze regel niet zou kunnen gehanteerd worden op het beschikbare netto-inkomen, d.w.z. datgene dat overblijft nadat met de voormelde factoren werd rekening gehouden.

**560** Zoals reeds gesteld, zal de gevorderde sommendelegatie geweigerd worden indien de echtgenoot niet aantoonbaar niet bij machte te zijn om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het echtelijk samenleven.

Doch deze loutere vaststelling volstaat niet; er zal eveneens dienen rekening gehouden te worden met de mogelijkheid van de andere echtgenoot om in de lasten van het huwelijk bij te dragen, zodat een onderzoek naar diens vermogen daartoe noodzakelijk is (Cass. 7 juni 2001, *RTDF* 2002, 239). Kortom, het vermogen om bij te dragen in de lasten dient voor beide echtgenoten afgewogen te worden (Vred. Ukkel 21 februari 1997, *RTDF* 1997, 608).

Dit vermogen om bij te dragen, dient ruim geïnterpreteerd te worden, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden. Wanneer een echtgenoot weigert te gaan werken en aldus uitsluitend over een werkloosheidsuitkering beschikt, ontslaat deze eigen beslissing hem niet van zijn onderhoudsverplichting ten overstaan van de andere echtgenoot.

## d. Bewijs

**561** Met betrekking tot de bewijsvoering nopens de inkomsten geldt het gemeen recht, onverminderd de bijzondere bewijsmogelijkheden, krachtens artikel 1253<sup>quinquies</sup> BW in geval van een vordering bij toepassing van artikel 221 BW.

## B. MODALITEITEN

### 1. *Ontvangstmachtiging*

#### a. Situering

**562** In de rechtsleer bestaat er nog steeds geen eensgezindheid omtrent de kwalificatie van de ontvangstmachtiging. Is het een autonome sanctie gesteund op het gerechtelijke mandaat, of is het een vereenvoudigde uitvoeringsmodaliteit van een alimentaire titel, of is het een hybride vorm van iets dat tussen de twee ligt (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 335)?

Sinds de invoering van de wet van 9 juli 1975 betreffende de uitkering na echtscheiding (art. 301*bis* (oud) BW, *BS* 23 juli 1975) kan ook de ontvangstmachtiging, overeenkomstig artikel 221, tweede lid BW eerder als een uitvoeringsmodaliteit van een onderhoudsgeld, toegestaan bij toepassing van artikelen 213 en 221 BW, beschouwd worden.

Deze visie kan nog versterkt worden na de invoering van artikel 203*ter* BW door de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*BS* 27 mei 1987), om in alle situaties waarin de sommendelegatie wettelijk is voorzien, deze als een vereenvoudigde uitvoeringsmodaliteit te beschouwen voor in het verleden toegekende doch onbetaald gebleven onderhoudsgelden. Evenwel kan dit uit de lezing van de tekst van het artikel niet afgeleid worden (K. VANLEDE, “Het belang van een uniforme kwalificatie van de ontvangstmachtiging”, *EJ* 2001, 40).

**563** Verder rijst nog de vraag of sinds de aanvulling van artikel 1494 Ger.W. met het tweede lid, waardoor het ook mogelijk wordt om door middel van beslag onder derden, zowel achterstallige als nog in de toekomst te vervallen onderhoudsuitkeringen in te vorderen, de sommendelegatie haar praktisch nut als vereenvoudigde uitvoeringsmodaliteit zal blijven behouden (M. GOVAERTS, “Voorlopige maatregelen” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig handboek echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer, nr. 1681). Het feit dat de wetgever in het nieuwe artikel 301 BW onder paragraaf 11 de mogelijkheid tot een ontvangstmachtiging uitdrukkelijk behield, wijst op het tegendeel (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

Vermits de ontvangstmachtiging geen vorm van beslag onder derden is, heeft de derde niet de hoedanigheid van derde-beslagene, en is op hem de sanctie van artikel 1540 Ger.W. niet van toepassing.

Nochtans loopt deze derde, zelfs indien hij te goeder trouw is, het risico, van zodra de kennisgeving is tussengekomen, om een tweede maal te moeten betalen wat hij aan de onderhoudsplichtige verschuldigd was, ditmaal aan de echtgenoot-onderhoudsgerechtigde (Luik 28 januari 1999, *JT* 1999, 273).

**564** De kennisgeving van de sommendelegatie, *in casu* te verrichten door de griffier op verzoek van de ontvangstmachtigde echtgenoot (of door een betekening door een gerechtsdeurwaarder, zie *verder*), is essentieel opdat ze aan de derde-schuldenaar tegenstelbaar zou zijn. Immers bij gebreke hieraan, zelfs indien de derde er *de facto* kennis van had, kan hij gedurende 30 jaar derden-verzet aantekenen (art. 1128 Ger.W.; Rb. Brussel 5 mei 1998, *RTDF* 1999, 263). Van zodra echter de beslissing werd betekend aan de derde, beschikt die nog over een termijn van 3 maanden om het derdenverzet aan te tekenen (art. 1129 Ger.W.).

Het ministerieel besluit van 4 augustus 2008 betreffende de gesteldheid van de gerechtsbrief (*BS* 13 augustus 2008) wijzigt de voorschriften die het uitzicht en de behandeling van gerechtsbrieven beheersen.

Onder kennisgeving dient te worden verstaan de toezending van een akte van rechtspleging in origineel of in afschrift (art. 32, 2° Ger.W.).

Het feit dat geen afschrift van het vonnis wordt ter kennis gebracht maar een weergave van de voornaamste elementen ervan, waaronder de verkeerde woonplaats van de onderhoudsplichtige heeft tot gevolg dat het vonnis niet tegenwerpelijk is aan de derde-schuldenaar en deze niet verplicht was er gevolg aan te geven (Brussel 17 september 2002, *NJW* 2002, 536).

**565** De sommendelegatie heeft niet enkel betrekking op de inkomsten die de onderhoudsplichtige periodiek geniet, doch eveneens op alle sommen, t.t.z. kapitalen die hij van derden te vorderen heeft.

**566** Overeenkomstig artikel 221, tweede lid BW bepaalt de bodemrechter de omvang en de modaliteiten van de delegatie, wat kan betekenen dat deze van beperkte dan wel van onbeperkte duur kan zijn.

Nu in principe (zie echter *verder*) uitsluitend voor de toekomst een sommen-delegatie mogelijk is, beschikt de rechter wel over de mogelijkheid om bij het bepalen van het bedrag ervan, rekening te houden met de tekortkomingen aan de bijdrageplicht in het verleden, zodat strikt genomen geen achterstallen worden toegekend doch deze als het ware “ingecalculeerd” worden (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, I.10.-8 en 9).

**567** Er wordt aangenomen dat ook een nieuwe vordering tot toekenning van een ontvangstmachtiging in graad van hoger beroep als gegrond voorkomt als een manifeste nalatigheid in het verleden kan worden aangetoond (Brussel 8 februari 2000, nr. 1998/KR/374, onuitg., aangehaald door E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005,140).

**568** In voorkomend geval kan de toepassing van een ontvangstmachtiging gekoppeld worden aan de voorwaarde dat de onderhoudsplichtige nagelaten heeft één of meerdere mensualiteiten van het verschuldigde onderhoudsgeld te voldoen (Brussel 17 november 2005, nr. 2002/AR/1845, aangehaald door P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 86).

**569** M.b.t. de problematiek aangaande de aanvang van de beroepstermijn wanneer een ontvangstmachtiging wordt toegekend bij toepassing van artikel 203ter BW wordt er verwezen naar hetgeen *boven* uitvoerig werd uiteengezet onder nrs. 354 e.v.

#### b. Dubbele dualiteit

**570** De sommandelegatie wordt gekenmerkt door een dubbele dualiteit wat, zoals hierna zal worden aangetoond, aan het systeem nogal een hybrisch karakter geeft. Dit leidt in de praktijk tot problemen (S. BROUWERS, “Pleidooi voor meer uniformiteit in het alimentatierecht” in CBR (ed.), *Arm recht. Kansarmoede en recht*, Antwerpen, Maklu, 1997, 342-345).

##### – Eerste dualiteit

De ontvangstmachtiging kan een *a u t o n o m e* alternatieve sanctie zijn op de niet-naleving van welbepaalde onderhoudsplichten. Dit is het geval in artikel 221, § 2 BW en artikel 220, § 3 BW.

In artikel 301bis (oud) BW en artikel 301, § 11 BW wordt de ontvangstmachtiging dan weer als *u i t v o e r i n g s m o d a l i t e i t* van een voorafgaande veroordeling tot betaling van een onderhoudsgeld na echtscheiding op grond van bepaalde feiten of op grond van een onherstelbare ontwrichting opgevat.

Als voorlopige maatregel in het kader van de echtscheidingsprocedure kan de ontvangstmachtiging worden gesteund op artikel 1280, zesde lid Ger.W., waaruit niet duidelijk kan worden afgeleid of ze als autonome sanctie, dan wel als uitvoeringsmaatregel fungeert.

In het kader van artikel 223 BW kan ze de twee vormen aannemen en in artikel 203ter BW is het ook niet duidelijk of de ontvangstmachtiging eerder als autonome sanctie dan als uitvoeringsmodaliteit van een veroordeling moet opgevat worden. Voor BAETEMAN is het geen uitvoeringsmodaliteit maar wel een nieuwe vormgeving ervan (G. BAETEMAN, “De uitvoering van onderhoudsverplichtingen” in *Personen en Familierecht. Gezin en Recht in een Post-moderne Samenleving*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 186-192).

**571** Het onderscheid tussen de beide concepten is voor de rechtszoekende niet zonder belang. Wordt de ontvangstmachtiging opgevat als een autonome sanctie, d.w.z. als een rechtstreekse inningbevoegdheid, dan kan ze maar

worden uitgevoerd voor de toekomst, nl. voor de te vervallen sommen. De termijnen die men “gemist” heeft kunnen niet als achterstallen worden geïnd.

Wordt de sommendelegatie als uitvoeringsmodaliteit van een voorafgaande veroordeling tot betaling van een onderhoudsgeld geconcipeerd, zoals in het kader van artikel 301*bis* (oud) BW, artikel 301, § 11 BW of artikel 1280, zesde lid Ger.W., dan kan ze worden verleend ter inning van reeds vervallen achterstallige termijnen.

Het voormelde onderscheid is vooral van belang in het kader van de procedures op basis van artikel 223 BW. Vermits de vrederechter een grote keuzevrijheid heeft bij het bepalen van de maatregelen, kan hij de sommendelegatie derwijze formuleren dat het een uitvoeringsmodaliteit is.

Dit is een kwestie van uniforme afspraken tussen de vrederechters. Het zou alimentatieschuldeisers alleszins ten goede komen vermits die dan minder moeilijkheden zouden hebben bij recuperatie van achterstallen en tevens zouden kunnen opteren voor de gemeenrechtelijke executievormen indien sommendelegatie geen oplossing biedt.

– Tweede dualiteit

**572** Het vonnis of de beschikking kan worden tegengeworpen aan alle tegenwoordige of toekomstige derden-schuldenaars, ofwel na kennisgeving door de griffier op verzoek van de eiser (art. 203*ter*, 221 BW, art. 301, § 11 BW) ofwel door betekening door een *g e r e c h t s d e u r w a a r d e r* op verzoek van één der partijen (art. 1280 Ger.W. en 301*bis* (oud) BW).

Alhoewel de meeste auteurs in één adem met de artikelen 203*ter* en 221 BW ook het artikel 223 BW vermelden voor de kennisgeving door de griffier, wordt dit door sommige griffies niet altijd zo begrepen.

Terwijl de artikelen 203*ter* en 221 BW uitdrukkelijk de kennisgeving door de griffier voorschrijven, is dit niet zo voor artikel 223 BW dat hierover niets zegt.

J. GERLO schijnt de kennisgeving door de griffier af te leiden uit het feit dat de rechtspleging en de onderzoeksbevoegdheden toepasselijk in geval van artikel 223 BW dezelfde zijn als in geval van artikel 203*ter* BW en artikel 221 BW (nl. de art. 1253*ter* tot 1253*quinquies* Ger.W. aangevuld met de art. 1034*bis* tot 1034*sexies* Ger.W., houdende de gemeenrechtelijke verzoekschriftprocedure op tegenspraak) (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 91).

Deze artikelen behandelen echter niet de wijze van kennisgeving, zodat hieruit bezwaarlijk gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt.

Aldus wordt soms de kennisgeving door de griffier geweigerd en is de onderhoudsschuldeiser verplicht te laten betekenen door een gerechtsdeurwaarder wat tijdverlies (bestellen en afleveren expeditie) betekent, gepaard gaande met het verlies aan vervallen termijnen, evenals een bijkomende kost van betekening, wat pijnlijk is voor mensen in financiële nood.

## 2. *Alimentatie-overeenkomsten*

**573** Er werd reeds gesteld dat in de rechtsleer geen eensgezindheid bestaat over de vraag of de hulp- en bijdrageverplichting, overeenkomstig de artikelen 213 en 221 BW tot de openbare orde behoren dan wel van dwingend recht zijn. Indien deze verplichtingen van dwingend recht zijn, wat door de rechtspraak wordt aangenomen, belet niets echtgenoten hierover overeenkomsten te sluiten, voor zover dergelijke afspraken enerzijds niet van voormelde wettelijke beginselen afwijken en anderzijds niet de organisatie van de feitelijke scheiding tot voorwerp hebben en strijdig zijn met de openbare orde (zie ook m.b.t. deze problematiek, *boven nrs. 58-63*).

Als principe geldt dat de feitelijke scheiding niet rechtsgeldig kan worden georganiseerd als gelijkwaardige relatievorm, wat strijdig zou zijn met de openbare orde of minstens met dwingende verplichtingen. Dat betekent niet dat een feitelijke scheiding als onregelmatige toestand ook automatisch onrechtmatig of onwettig is.

Evenwel gelden zulke overeenkomsten slechts *rebus sic stantibus*, zodat bij ieder nieuwe, wijzigende feitelijke omstandigheid de uitvoering van deze verplichtingen aanleiding tot herziening geeft (*J. GERLO, Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11, Antwerpen, Kluwer, 1994, 204; Vred. Ukkel 21 februari 1997, RTDF 1997, 608*).

**574** Aan het hierbovenvermelde standpunt inzake alimentatie-overeenkomsten is de volgende evolutie in rechtspraak en rechtsleer voorafgegaan (*S. BROUWERS, "Pleidooi voor meer uniformiteit in het alimentatierecht" in CBR (ed.), Arm recht. Kansarmoede en recht, Antwerpen, Maklu, 1997, 345-347*).

Aanvankelijk werden zowel overeenkomsten die ertoe strekten een feitelijke scheiding tot stand te brengen (d.w.z. akkoorden over het principe van de feitelijke scheiding), als bijkomende overeenkomsten naar aanleiding van een feitelijke scheiding (d.w.z. akkoorden over de gevolgen van de feitelijke scheiding) beschouwd als absoluut nietig, de eerste als strijdig met de regels van de openbare orde, de laatste op grond van het adagium *accessorium sequitur principale*.

Daarna werd een onderscheid gemaakt tussen de overeenkomst feitelijk gescheiden te leven aan de ene kant en bijkomende overeenkomsten aan de andere kant (d.w.z. diegene die de gevolgen regelden).

Hierbij werd gesteund op de volgende theorie (C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten. De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 85-104).

Vermits de verplichting tot samenwonen de openbare orde raakt is iedere overeenkomst die ertoe strekt een feitelijke scheiding tot stand te brengen of in stand te houden nietig, ongeacht of de overeenkomst al of niet herroepelijk of voorlopig is.

De overeenkomsten waarbij de totstandkoming of het behoud van de feitelijke scheiding niet beoogd worden, maar die ertoe strekken de feitelijke scheiding slechts te organiseren, zijn als dusdanig niet nietig, voor zover ze op zichzelf niet strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden.

Zo zijn de overeenkomsten betreffende de bewaring en het omgangsrecht, de opvoeding en het onderhoud van de kinderen rechtsgeldig, indien zij stroken met het belang van het kind of met de principes van artikel 203 BW. Ter ondersteuning hiervan kan verwezen worden naar het cassatiearrest van 16 januari 1997 dat stelt dat geen enkele wetsbepaling belet dat ouders over hun respectievelijke bijdragen overeenkomsten sluiten die afwijken van de wijze van bijdrage vastgesteld door de kort gedingrechter (Cass. 16 januari 1997, *JT* 1997, 435, *Rev.not.b.* 1997, 137 en *RW* 1997-98, 117, noot J. GERLO).

Overeenkomsten tussen minnelijk gescheiden echtgenoten betreffende een onderhoudsgeld zijn in alle geval nietig: alleen de echtgenoot die geen schuld heeft aan de feitelijke scheiding heeft immers recht op onderhoud, en in geval van minnelijke feitelijke scheiding hebben beide echtgenoten schuld aan het ontstaan of het voortduren van de feitelijke scheiding. Maar een overeenkomst waarin de echtgenoot aan wie de feitelijke scheiding of het voortduren ervan te wijten is, er zich toe verbindt een onderhoudsgeld te betalen aan de onschuldige echtgenoot, is geldig.

**575** Nu de feitelijke scheiding ook in het burgerlijk recht meer erkenning vindt, wordt ook de voormelde theorie als te restrictief beschouwd (J. GERLO, "Huwelijksvermogenrecht" in *Handboek voor familierecht* 2, Brugge, die Keure, 1996, 30-31).

De echtgenoten moeten bij overeenkomst kunnen regelen wat de rechter zou kunnen regelen indien hij omtrent hun moeilijkheden zou worden geadieerd.

Vermits de vrederechter op basis van artikel 223 BW kan optreden zowel in geval van grof plichtverzuim als in geval van ernstige verstoring van de verstandhouding, moeten ook echtgenoten minnelijk kunnen overeenkomen feitelijk gescheiden te gaan leven, voor zover hun overeenkomst slechts bindend is ten voorlopige titel en te allen tijde kan worden herzien op verzoek van één echtgenoot.



Met verwijzing naar het cassatiearrest van 28 november 1986 en dit van 30 november 1995 mag zelfs worden gesteld dat minnelijk gescheiden echtgenoten een onderhoudsgeld ten laste van één hunner kunnen bedingen zonder verwijzing naar enig schuld criterium (Cass. 28 november 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 426 en *RTDF* 1987, 318, noot J.L. RENCHON; Cass. 30 november 1995, *EJ* 1996, 90; P. SENAËVE, "Het magische getal 223. Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het organiseren van de feitelijke scheiding", *EJ* 1996, 88-89).

Tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten of (thans) onherstelbare ontwrichting wordt in principe het schuld criterium niet meer in overweging genomen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de alimentatieaanspraak (nochtans is dit schuld criterium niet helemaal uitgesloten; zie hierover meer: *verder nrs.* 638 e.v.)

Partijen, die zich in een wettelijk voorziene hypothese van scheiding bevinden, kunnen derhalve volkomen vrij de onderhoudsverhouding invullen. De conventionele regeling wordt hier niet meer doorkruist door de rechtmatigheidsdiscussie.

Aldus kan men eveneens aannemen dat in het kader van artikel 1280 Ger.W. een vordering tot naleving van een voorafbestaande onderhandse overeenkomst kan worden ingeleid (D. TILLEMANS, "De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 156, nr. 150).

De vraag rijst dan wel of een dergelijke overeenkomst die reeds tijdens de feitelijke scheiding werd afgesloten nog afdwingbaar is.

Overwegend wordt aangenomen dat de inleiding van een echtscheidingsprocedure op zichzelf reeds een nieuwe omstandigheid vormt, zodat de voorafgaande overeenkomst tijdens de echtscheidingsprocedure niet meer in rechte afgedwongen of als verweer ingeroepen kan worden.

Bovendien kan de vraag naar de geldigheid van deze overeenkomst in het kader van artikel 1280 Ger.W. niet meer worden onderzocht, aangezien de schuldvraag in principe buiten beschouwing blijft.

De overeenkomst tijdens de feitelijke scheiding afgesloten, behoudt bij beoordeling van een onderhoudsvordering in het kader van artikel 1280 Ger.W. dan nog slechts een indicatieve waarde m.b.t. de vermogenstoestand van partijen (D. TILLEMANS, "De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 157, nr. 152).

**576** De rechter is niet bevoegd zich uit te spreken over de geldigheid en de juiste juridische kwalificatie van een overeenkomst gesloten in het kader van een echtscheidingsprocedure waarbij

n.a.v. de gedwongen verkoop van de echtelijke woning aan de echtgenote voorafgaandelijk een bedrag aan achterstallige onderhoudsgelden zou worden toegekend. Vermits deze aangelegenheid achteraf zou moeten beslecht worden door de boedelnotaris in het kader van de vereffening en verdeling van de goederen kon de overeenkomst niet beschouwd worden als een voorlopige maatregel (Brussel 12 februari 2002, nr. 2001/KR/147, onuitg., aangehaald door E. VAN DER VELPEN, "Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2005, 138).

## C. PROCEDURE

### 1. Materiële bevoegdheid

**577** Behoudens de onderhoudsvorderingen gesteld op grond van artikel 336 BW en deze in het kader van een echtscheiding of scheiding van tafel en bed, vallen alle vorderingen tot toekenning, wijziging of afschaffing van onderhoudsuitkeringen onder de bijzondere bevoegdheid van de vrederechter, overeenkomstig artikel 591, 7° Ger.W.

Deze bevoegdheid *ratione materiae* is echter niet exclusief, zodat de rechtbank van eerste aanleg, die met een volle rechtsmacht bekleed is (art. 568 Ger.W.), zich niet ambtshalve onbevoegd mag verklaren, wanneer de onderhoudsvordering bij haar wordt ingeleid.

De verwerende partij dient *in limine litis* de onbevoegdheid op te werpen en in overeenstemming met artikel 855 Ger.W. aan te duiden welke vrederechter dan wel bevoegd is om van de onderhoudsvordering kennis te nemen (P. SENAËVE, "De procesrechtelijke aspecten van de voorlopige maatregelen" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 279, nr. 316). Indien de gedaagde partij verstek laat gaan, kan hieruit niet worden afgeleid of vermoed dat zij deze bevoegdheid betwist (Rb. Namen 17 januari 1990, *JLMB* 1990, 849; anders Rb. Brussel 18 oktober 1989, *JLMB* 1990, 103).

Omtrent dit vermoeden bestaat echter in rechtsleer en rechtspraak geen eensgezindheid. Bovendien sluit de bijzondere bevoegdheid van de vrederechter niet uit dat bij tegeneis of in geval van samenhang een andere rechtsmacht over de onderhoudsvordering zal dienen te oordelen.

Artikel 223 BW, behoudens het derde en vijfde lid, dient als een bevoegdheidsregel, gebaseerd op het bestaan van het huwelijk, te worden beschouwd. Het verleent aan de vrederechter de bevoegdheid om dringende voorlopige maatregelen te treffen, die hun juridische grondslag in andere wettelijke bepalingen vinden zoals artikel 213 BW en artikel 221 BW en die overigens niet noodzakelijk verband houden met het huwelijk, zoals onder meer de afstamming (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, nr. 1717 en 1835).

**578** Het bijzondere karakter van de bevoegdheid van de vrederechter houdt ook in dat, wanneer vastgesteld wordt dat de echtgenoten de maatregelen, op grond van artikel 221 of 223 BW aangrijpen voor andere doeleinden, zoals om de rechtsgeldigheid van hun huwelijk te doen bekrachtigen, de vrederechter ambtshalve zijn materiële bevoegdheid in vraag moet stellen en de zaak dient te verzenden naar de arrondissementsrechtbank (Vred. Antwerpen 27 maart 1997, *RW* 1997-98, 1393).

Hierbij dient vermeld te worden dat alleszins de meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak aanvaardt dat de vrederechter *ultra petita* uitspraak mag doen, met andere woorden dringende voorlopige maatregelen opleggen, die niet uitdrukkelijk door de gedingpartijen werden gevorderd, doch die voor hem passend voorkomen, in acht genomen de bijzondere situatie van de echtgenoten (S. MOSSELMANS, "De persoonlijke verschijning der echtgenoten in het kader van de procedure 'dringende voorlopige maatregelen'", *EJ* 1997, 104). Dit standpunt gaat evenwel regelrecht in tegen een vaststaande cassatierechtpraak (Cass. 13 november 1987, *Pas.* 1988, I, 313; Cass. 24 maart 1994, *RW* 1994-95, 829 en *JT* 1994, 479).

Alleszins mag de vrederechter geen maatregelen nemen waaromtrent de bevoegdheid uitdrukkelijk is toegewezen aan een andere rechtbank (bv. een echtgenoot verbod op te leggen een bepaald beroep uit te oefenen, art. 216 BW).

## 2. *Temporele bevoegdheid*

**579** De materiële bevoegdheid van de vrederechter wordt beoordeeld op het ogenblik van het instellen van de vordering, zijnde de datum van neerlegging ter griffie van het verzoekschrift. Dit betekent dat de vrederechter rechtsgeldig *ratione temporis* geadieerd werd indien de vordering aanhangig is vooraleer een echtscheidingseis is ingeleid (K. BOONE, "Voorlopige maatregelen. Bevoegdheidsperikelen", *NJW* 2003, 44; J. GERLO, "Artikel 223 BW en het Hof van Cassatie", *T.Vred.* 1989, 293; Cass. 1 oktober 1990, *JT* 1992, 475, noot F. ROMAIN). Ter beoordeling hiervan is de datum van betekening van het inleidend dagvaardingsexploot determinerend en niet de datum van rolstelling (Rb. Charleroi 13 februari 1996, *TBBR* 1997, 118). Aldus kan bij de vrederechter geen vordering meer worden aangebracht van zodra de dagvaarding in echtscheiding werd betekend of deze eis werd aanhangig gemaakt door de neerlegging van een verzoekschrift of nog door de ondertekening van een proces-verbaal van vrijwillige verschijning (J.-L. RENCHON, "Les mesures provisoires relatives aux biens des époux", *RTDF* 1998, 469; Vred. Marchienne-au-pont 13 februari 1998, *JLMB* 2000, 1224).

**580** De dringende voorlopige maatregelen overeenkomstig artikel 223 BW ressorteren effect tot aan de uitspraak van de voorzitter zetelend in kort geding, conform artikel 1280 Ger.W. Bijgevolg kan de vrederechter tot dan een

onderhoudsgeld op grond van artikel 223 BW toekennen (Luik 21 januari 1999, *JT* 1999, 305 en *RRD* 1999, 160).

Dit betekent dat, wanneer er geen voorlopige maatregelen overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. getroffen worden en er in het kader van deze kort gedingprocedure geen onderhoudsgeld wordt toegekend, de vrederechter die tijdig geadieerd werd, bevoegd is om een onderhoudsgeld, op grond van artikel 223 BW toe te kennen, dat effect ressorteert tot aan de datum van de ontbinding van het huwelijk, zijnde tot de datum waarop deze uitspraak kracht van gewijsde verwerft (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 3; Cass. 3 november 1994, *RW* 1994-95, 1294).

**581** De onderhoudsbijdrage of sommen delegatie m.b.t. kinderen die bij maatregel op grond van artikel 223 BW door de vrederechter werd opgelegd, blijft na de echtscheiding doorlopen voor zover die maatregel:

- niet vervallen is door het verstrijken van de door de vrederechter vastgestelde termijn;
- niet vervallen is door een beschikking van de bevoegde kort gedingrechter,
- niet vervangen is door een overeenkomst in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming (Cass. 12 november 2002, *RW* 2003-04, 622, noot F. APS en *EJ* 2003, 22, noot T. ROBERT).

Het staat de gedingpartijen vrij al dan niet voorlopige maatregelen na te streven, overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. in de loop van het echtscheidingsgeding. Geen enkele wettelijke verplichting legt hun dit evenwel op.

Wanneer de echtgenoten van mening zijn dat de dringende en voorlopige maatregelen, door de vrederechter opgelegd en voor zover de geldingsduur niet werd beperkt, op adequate wijze het bestuur over de persoon en het beheer van de goederen van partijen en hun kinderen regelen, behouden de bestaande maatregelen hun verdere uitwerking in de loop van het echtscheidingsprocedure, o.m. wat hun onderlinge onderhoudsverplichting betreft (Besl. Leuven 12 maart 2002, *RW* 2002-03, 1229: bij gebreke aan beschikking in kort geding, blijven de maatregelen betreffende de kinderen gelden, ook na de overschrijving van de echtscheiding; zie ook T. ROBERT, “De geldingsduur van dringende voorlopige maatregelen betreffende de kinderen op grond van art. 223 BW” (noot onder Cass. 12 november 2002), *EJ* 2003, 22-26).

**582** Het behoort tot de bevoegdheid van de beslagrechter om na te gaan of de titel, waarvan de uitvoering geëist wordt, nog actueel is. De beslagrechter moet met andere woorden onderzoeken of deze titel niet vervallen is wegens het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak tot echtscheiding (Cass. 3 november 1994, *RW* 1994-95, 1294). Deze temporele bevoegdheid geldt eveneens voor de rechtbank van eerste aanleg, uitspraak doende in graad van hoger beroep.

**583** Anderzijds is de vrederechter, van zodra de voorzitter geadieerd werd niet meer bevoegd om nog een sommentelegatie toe te kennen, op grond van de lasten van het huwelijk, zoals deze bestonden vóór het bevelschrift van de voorzitter, overeenkomstig artikel 1280 Ger.W.

Dergelijke machtiging zou immers de beoordeling van de voorzitter betreffende de respectievelijke financiële situatie van de gedingpartijen in het gedrang brengen (P. SENAËVE, “De procesrechtelijke aspecten van de voorlopige maatregelen” in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 303). Wel behoudt de uitspraak van de vrederechter zijn uitvoerbare kracht voor het verleden (Cass. 4 november 1983, *JT* 1985, 76).

De vrederechter behoudt logischerwijs dan wel de bevoegdheid om een sommentelegatie toe te kennen indien hangende de echtscheidingsprocedure geen onderhoudsvordering gesteld of sommentelegatie nagestreefd werd in het kader van voorlopige maatregelen.

**584** In het boven al geciteerde arrest van 12 november 2002 oordeelde het Hof van Cassatie dat de dringende voorlopige maatregel van de vrederechter over de onderhoudsbijdrage voor de kinderen ook uitvoerbaar blijft nadat de echtscheiding definitief is, voor zover niet herzien of vervallen door het verstrijken van de termijn waarvoor hij is bevolen. Dit arrest breidt dus artikel 302 BW uit naar onderhoudsmaatregelen voor de kinderen opgelegd door de vrederechter. Dringende en voorlopige maatregelen die niet het huwelijksrecht maar andere bepalingen tot grondslag hebben (bv. art. 203 en 203bis BW) blijven dus hun eigen leven leiden (Cass. 12 november 2002, *EJ* 2003, 22, noot T. ROBERT en *RW* 2003-04, 622, noot F. APS).

De voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding kan voorlopige maatregelen bevelen die ingaan vanaf de dagvaarding tot echtscheiding, waardoor reeds uitgevoerde maatregelen die door de vrederechter werden bevolen overeenkomstig artikel 223 BW vervallen (Cass. (3de kamer) 20 februari 2006, *EJ* 2006, 35, noot P. SENAËVE en *TBBR* 2007, 40 noot G. CLOSSET-MARCHAL).

In dezelfde zin oordeelde het hof van beroep te Gent: de beschikking die dringende voorlopige maatregelen oplegt op grond van de artikelen 221 en 223 BW heeft een totaal andere finaliteit dan de voorlopige maatregelen, genomen op grond van artikel 1280 Ger.W., met name het voortbestaan van de huwelijksband. Zodoende zijn deze maatregelen niet met het gezag van gewijsde bekleed, ter gelegenheid van het beoordelen van de voorlopige maatregelen getroffen tijdens het echtscheidingsgeding.

*Ratione temporis* vervalt de beschikking van de vrederechter, vanaf de datum van de uitspraak van de voorzitter, alleszins vanaf de datum vermeld in zijn beschikking, gezien de voorzitter volle rechtsmacht heeft vanaf de datum van de dagvaarding, waardoor hij geadieerd wordt (Gent (11de ter kamer) 8 januari 2004, *RABG* 2004, 1266).

Daarbij kan de voorzitter voorlopige maatregelen bevelen die verschillend zijn van die welke door de vrederechter werden bevolen, zonder dat gewijzigde omstandigheden moeten bewezen zijn (Cass. (3de k.) 20 februari 2006 *EJ* 2006, afl. 3, 35, noot P. SENAËVE).

Voor een verdere bespreking van de verhouding van de bevoegdheid van de kort gedingvoorzitter ten opzichte van deze van de vrederechter wordt verwezen naar de nrs. 730 e.v.

**585** De impact van dringende voorlopige maatregelen op de onderhoudsverplichting die voor onbepaalde duur werd opgelegd, wordt eens te meer aangetoond in de procedurele situatie waarbij één van de echtgenoten een echtscheidingseis op een later ogenblik had ingeleid, doch naderhand werd afgewezen.

Nadat in de uitspraak is berust, dan wel deze in kracht van gewijsde getreden is, en er zodoende geen echtscheidingseis meer hangende is, herleeft de geldingskracht van de eraan voorafgaande beschikking *ex* artikel 223 BW. Dit wordt verklaard doordat de huwelijksband blijft bestaan, terwijl de voorlopige maatregelen *ex* artikel 1280 Ger.W. slechts de verhoudingen tussen de echtgenoten en hun verplichtingen regelen tijdens het echtscheidingsgeding (T. ROBERT, “De geldingsduur van dringende voorlopige maatregelen betreffende de kinderen op grond van art. 223 BW” (noot onder Cass. 12 november 2002), *EJ* 2003, 23).

### 3. Territoriale bevoegdheid

**586** Overeenkomstig de artikelen 626 en 628, 2° Ger.W. wordt de vordering gebracht voor de rechter van de woonplaats van de eiser, hetgeen normaliter de laatste echtelijke verblijfplaats is (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 195).

Bijgevolg worden de onderhoudsvorderingen, op grond van de artikelen 213, 221 en artikel 223 BW krachtens artikel 628, 2° Ger.W. ingeleid voor de vrederechter van de laatste echtelijke verblijfplaats.

Indien naderhand een aanpassing dan wel afschaffing van de alimentatie wordt gevorderd die niet meer kadert in de noodzaak om verdere dringende voorlopige maatregelen te treffen, doch een loutere vordering tot levensonderhoud uitmaakt volgens het gemeen recht, zal deze vordering gebracht kunnen worden voor de vrederechter van de woonplaats van de eiser (art. 626 Ger.W.). Dit impliceert dat partijen, waartussen de onderhoudsverplichting bestaat reeds feitelijk gescheiden leven (Vred. St.-Kwintens-Lennik 20 april 1998, *T.Vred.* 2001, 317).

**587** Nochtans bestaat betwisting in de rechtspraak en rechtsleer over de inhoud die aan de term “eiser” in artikel 626 Ger.W. dient gegeven te worden (J. LAENENS, “De bevoegdheid. Overzicht van rechtspraak (1993-2000)”, *TPR* 2002, 1568, nr. 127).

De minderheidsopvatting stelt dat in artikel 626 Ger.W. geen onderscheid wordt gemaakt tussen onderhoudsschuldenaar en onderhoudsgerechtigde. Vermits de wettekst niet dubbelzinnig is, mag het woord “eiser” niet geïdentificeerd worden met de “onderhoudsschuldeiser”. Dit heeft voor gevolg dat de vordering in vermindering of afschaffing van het onderhoudsgeld ingeleid kan worden voor de vrederechter die territoriaal bevoegd is voor de woonplaats van de onderhoudsplichtige (Vred. Brussel 29 juli 1999, *T.Vred.* 2001, 238, noot K. UYTTERHOEVEN).

**588** De meerderheidsopvatting daarentegen stelt dat de woonplaats van de eiser doelt op de woonplaats van de alimentatiegerechtigde, gezien de *ratio legis* van artikel 626 Ger.W. de bescherming van de schuldeiser van het onderhoudsgeld is.

Zodoende is zijn woonplaats bepalend voor de bevoegdheid *ratione loci* van de vrederechter, ook al is hij verwerende partij in het geding. Met andere woorden, de term “eiser” in artikel 626 Ger.W. doelt op de persoon van de onderhoudsschuldeiser, hetgeen tot gevolg heeft dat in geval van een vordering tot vermindering of intrekking van het onderhoudsgeld, de vrederechter van de woonplaats van de onderhoudsschuldenaar territoriaal niet bevoegd is (Arrondrb. Luik 8 februari 2001, *JT* 2001, 844; Vred. Waremmes 9 november 2000, *JLMB* 2001, 965; Vred. St.-Kwintens-Lennik 16 december 1999, *AJT* 1999-00, 973; Vred. Brussel 7 december 1999, *T.Vred.* 2001, 242, noot; Vred. Antwerpen 12 februari 1999, *Div.Act.* 1999, 118, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL en J.-E. BEERNAERT).

**589** De voorkeur dient gegeven te worden aan deze meerderheidstrekking, temeer daar de rechtsmacht, territoriaal bevoegd voor de woonplaats van de onderhoudsgerechtigde, het best geplaatst is om over de onderhoudsvordering te oordelen (K. UYTTERHOEVEN, “Bevoegdheid en rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 220-221).

Deze territoriale bevoegdheid is van dwingend recht, zodat iedere bevoegdheidsbetwisting *in limine litis* dient ingeroepen te worden (K. UYTTERHOEVEN, “Bevoegdheid en rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 222; P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, 60).

#### 4. De rechtspleging

##### a. Vorderingen gesteund op artikel 213 BW

**590** De procedure voor vorderingen, gesteund op artikel 213 BW, wordt ingeleid door de neerlegging van een verzoekschrift, waarbij artikel 1320 e.v. Ger.W. uitdrukkelijk bepaalt dat het van toepassing is op alle vorderingen die betrekking hebben op het toekennen, verhogen, verlagen of afschaffen van

een onderhoudsgeld (S. BROUWERS, "Art. 1320-1320 Ger.W." in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.). Het is aldus gelijkwaardig aan een dagvaardingsexploot en dient dan ook alle vermeldingen te bevatten, zoals opgelegd door de artikelen 1034*bis* tot 1034*sexies* Ger.W. (K. UYTTERHOEVEN, "Bevoegdheid en rechtspleging inzake onderhoudsgelden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 229).

Dergelijk verzoekschrift is op tegenspraak en artikel 1320 Ger.W. maakt geen onderscheid naargelang de onderhoudsvordering wordt ingeleid voor de bodemrechter dan wel voor de voorzitter zetelend in kort geding, hetgeen betekent dat ook de vordering voor deze laatste ingeleid met een verzoekschrift, ontvankelijk is (KG Brussel 27 september 1993, *RVD* 1995, 205). Artikel 1320 Ger.W. bepaalt geen enkele verdere vermelding noch sanctie, doch de bepalingen van artikel 1034*bis* e.v. Ger.W. betreffende de procedure op tegenspraak, ingeleid op grond van een verzoekschrift zijn erop van toepassing (J. VAN COMPERNOLLE, "Droit judiciaire privé. Examen de jurisprudence (1991 à 2001)", *RCJB* 2002, 505).

**591** Essentieel is dat, overeenkomstig artikel 1034*quater* Ger.W., op straffe van nietigheid een getuigschrift van woonplaats, dat niet vroeger mag gedagtekend zijn dan vijftien dagen vóór het verzoekschrift, moet gevoegd worden van de personen die dienen opgeroepen te worden bij gerechtsbrief. Slechts indien de op te roepen partij niet ingeschreven is in het bevolkingsregister, kan de oproeping rechtsgeldig bij deurwaardersexploot geschieden zoals bepaald in artikel 700 e.v. Ger.W. (Cass. 1 oktober 1990, *JT* 1992, 475).

**592** Behoudens wanneer de vordering kennelijk ongegrond is, worden de partijen, overeenkomstig artikel 1321 Ger.W. bij gerechtsbrief met inachtnaam van de gewone termijn van dagvaarding, hetzij acht dagen (art. 707 Ger.W.) door de griffier opgeroepen, op de zitting door de rechter bepaald.

Voor het overige, en meer bepaald de behandeling van de zaak, zijn de gemeenrechtelijke procedureregels van toepassing (art. 1322 Ger.W.). Zulks betekent dat de zaak in openbare zitting zal behandeld worden en een vonnis zal tussenkomen dat niet uitvoerbaar is bij voorraad, tenzij dit uitdrukkelijk zou weerhouden zijn op vordering van een gedingpartij. De partijen zijn ook niet verplicht in persoon te verschijnen tenzij de vrederechter dit uitdrukkelijk wenst.

**593** Vermits artikel 213 BW niet vermeld wordt in artikel 1253*quater* Ger.W., zijn de bijzondere procedureregels inzake vorderingen van echtgenoten betreffende hun wederzijdse rechten en verplichtingen (art. 1253*ter*-1253*octies* Ger.W.) hierop niet van toepassing. Hetzelfde geldt voor een vordering gesteld bij toepassing van artikel 301 BW (Cass. 18 januari 1985, *Arr.Cass* 1984-85, 650, *Pas.* 1985, I, 573, *RW* 1985-86, 1177 en *JT* 1985, 389).



b. Vorderingen gesteund op artikel 221 BW

**594** De vorderingen gesteund op artikel 221 BW en 223 BW worden daarentegen wél ingeleid en behandeld, overeenkomstig artikel 1253*ter* e.v. Ger.W., en dit door een verzoekschrift op tegenspraak.

Dit inleidende verzoekschrift bevat de identiteit van de echtgenoten, meer bepaald hun naam, voornaam, beroep en woonplaats, terwijl uitdrukkelijk wordt bepaald dat het verzoek schriftelijk dient te geschieden en aan alle vereisten moet voldoen zoals bepaald bij de artikelen 1034*bis* tot 1034*sexies* Ger.W. (art. 1253*ter* Ger.W.), onverminderd de gegevens bepaald bij artikel 1253*sexies* Ger.W., indien eveneens een vervreemdingsverbod gevorderd wordt als dringende voorlopige maatregel.

Voor het geval dat de cumulatieve toepassing van artikel 1034*bis* e.v. en artikel 1253*ter* e.v. Ger.W. tot tegenstrijdigheden aanleiding zou geven en derhalve onmogelijk zou zijn, dient de voorkeur gegeven te worden aan de specifieke bepalingen van de artikelen 1253*ter* e.v. Ger.W.

Hetzelfde geldt immers ook voor eventuele tegenstrijdigheid tussen de artikelen 1034*bis* e.v. met de artikelen 1320 e.v. Ger.W. (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 197). Tevens dient het verzoekschrift ondertekend te zijn door hetzij de verzoekende partij, hetzij haar advocaat (art. 1034*ter*, 6° Ger.W.).

Partijen worden, in tegenstelling tot de procedure conform artikel 1320 Ger.W., opgeroepen in raadkamer, waarbij op straffe van nietigheid de termijn van acht dagen, conform artikel 710, tweede lid Ger.W. dient in acht genomen te worden.

– Verschijning in persoon

**595** Betwisting bestaat of de gedingpartijen in persoon dienen aanwezig te zijn op de zitting, waarop de zaak is vastgesteld.

Volgens de ene strekking is dit inderdaad het geval, gezien artikel 1253*quater*, a) Ger.W. afwijkt van de gewone procedure op verzoekschrift (G. BAETEMAN en J.P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, Brussel, Bruylant, 1960, 305, nr. 255; J.M. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden – Het primair huwelijksstelsel (art. 212-224 BW)*, Leuven, Acco, 1980, 213, 250; P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, 76-77, nr. 103).

De persoonlijke verschijning en de verzoeningspoging zijn weliswaar verplicht, doch ze zijn niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

De andere strekking stelt dat dergelijke afwijking niet bestaat en zodoende in overeenstemming met de gemeenrechtelijke procedure een partij kan vertegenwoordigd worden door haar advocaat (C. PANIER, "L'article 223 du Code Civil: conditions d'application, mesures ordonnées, règles de procédure", *JT* 1983, 645, nr. 87).

Ter verdediging van de persoonlijke aanwezigheid van partijen, wordt terecht gewezen op de wettelijke taak van de vrederechter die verzoenend moet optreden opdat het echtelijke leven zou hernomen worden.

Hiertoe worden de partijen overeenkomstig artikel 1253*quater*, a) Ger.W. in raadkamer opgeroepen. Bovendien moet de vrederechter zich ervan kunnen vergewissen dat de verstandhouding ernstig verstoord is, in overeenstemming met artikel 223, tweede lid BW. De vrederechter moet adequate dringende voorlopige maatregelen kunnen opleggen, zodat het aangewezen is dat partijen in persoon voor hem verschijnen.

Er wordt daarbij geoordeeld dat de doeltreffendheid van de voorlopige maatregelen vereist dat onderzoek naar de oorzaken van de verstoring in de echtelijke verstandhouding dient gevoerd te worden (Vred. St.-Gillis 18 januari 1990, *T.Vred.* 1994, 166). Kortom, ook al bestaat er geen wettelijke verplichting omtrent de persoonlijke aanwezigheid van partijen, de aard en het voorwerp van het geding maakt het aangewezen dat de partijen in persoon voor de vrederechter verschijnen (S. MOSSELMANS, "De persoonlijke verschijning der echtgenoten in het kader van de procedure 'dringende voorlopige maatregelen'" (noot onder Vred. Asse 28 oktober 1996), *EJ* 1997, 98-108 e.v.).

De vrederechter beschikt over de mogelijkheid om, in overeenstemming met artikel 1253*quinquies* Ger.W. alle inlichtingen en bescheiden te doen verstrekken, zowel vanwege de partijen zelf, als derden, waaruit hun inkomsten en schuldvorderingen kunnen blijken, zowel in het kader van een sommendelegatie (art. 221 B.W) als een onderhoudsvordering gesteld in het kader van dringende voorlopige maatregelen (art. 223 BW).

De efficiëntie van deze onderzoeksmaatregel wordt gegarandeerd door de uitdrukkelijke toepassing van artikel 926 Ger.W. en het feit dat ambtenaren van het openbaar bestuur ontslagen zijn van hun plicht tot geheimhouding. Ondanks dit alles moet toch worden vastgesteld dat de vrederechters maar matig gebruikmaken van de hun geboden onderzoeksmogelijkheid.

– Kennisgeving

**596** Volgens het Hof van Cassatie dient de kennisgeving van de uitspraak niet te geschieden bij gerechtsbrief, gezien de procedure onderworpen is aan de bepalingen van de artikelen 1034*bis*-1034*sexies* Ger.W. Een gewone brief volstaat (Cass. 23 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 787, *EJ* 1997, 50, noot P.

SENAEVE, *RW* 1997-98, 364, noot S. MOSSELMANS en *P&B* 1997, 4; *anders* Vred. Westerlo, 24 mei 1996, *T.Vred.* 1997, 475).

Strikt genomen dient dit standpunt te worden bijgetreden daar, overeenkomstig artikel 46, § 2, eerste lid Ger.W. slechts in de gevallen die de wet bepaalt, de kennisgeving bij gerechtsbrief geschiedt, zodat in alle overige gevallen de kennisgeving geschiedt door toezending bij gewone post (P. SENAEVE, “De termijn van verzet, hoger beroep en voorziening in cassatie bij geschillen inzake echtelijke moeilijkheden” (noot onder Cass. 22 november 1996), *EJ* 1997, 55).

Alleszins staat vast dat ingeval slechts een niet-ondertekend afschrift aan de advocaten van de gedingvoerende partijen verzonden werd, en aldus niet aan de partijen persoonlijk, artikel 792, eerste lid Ger.W. geschonden wordt en er derhalve geen rechtsgeldige kennisgeving heeft plaatsgevonden (S. RAES, “De rechtspleging inzake vorderingen van echtgenoten betreffende hun wederzijdse rechten en verplichtingen en hun huwelijksvermogensstelsel, meer bepaald de kennisgeving van de beschikking in eerste aanleg en haar gevolgen” (noot onder Cass. 23 september 1996), *P&B* 1997, 43 e.v.).

**597** Het Arbitragehof oordeelde dat de artikelen 32, 2°, 46 en 1253*quater* Ger.W. geen schending uitmaken van de artikelen 10 en 11 Gw. doordat zij een onderscheid maken m.b.t. de aanvang van de beroepstermijn tussen de geschillen bedoeld in artikel 1253*quater* Ger.W. (kennisgeving door een gerechtsbrief) en deze waarop de gemeenrechtelijke regel van toepassing is (betekening met een gerechtsdeurwaarderexploot) (Arbitragehof 9 oktober 2002, nr. 142/2002 (prejudiciële vraag), *BS* 3 februari 2003, 4562; Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 118/2004 (prejudiciële vraag), *AA* 2004, afl. 3, 1363 en *BS* 5 oktober 2004 (uittreksel), 70261).

In het geval dat de kennisgeving echter geschiedt door de verzending van een gewone brief i.p.v., zoals hierboven, een gerechtsbrief, dan is er volgens het Grondwettelijk Hof wel een schending van de artikelen 10 en 11 Gw. (GwH. 8 mei 2008, nr. 76/2008 (prejudiciële vraag), *BS* 2008, 19 juni 2008, *RTDF* 2008, 993, *JLMB* 2008, 1666 en *JT* 2009, 10, noot G. CLOSSET-MARCHAL). Het ging telkens over prejudiciële vragen i.v.m. artikel 203*ter* BW. Voor een verdere bespreking ervan wordt verwezen naar *boven* nrs. 353-357.

**598** Verder werd door de rechtbank van eerste aanleg te Brugge aan het Arbitragehof de prejudiciële vraag gesteld of artikel 1253*quater*, b) Ger.W., dat de kennisgevingen regelt, afzonderlijk of in samenhang gelezen met de andere bepalingen waarin de aangehaalde instrumenten van rechtspleging in werking worden gesteld, inzonderheid de artikelen 751, 753 en 792 Ger.W., de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

Zulks moet begrepen worden in die zin dat de kennisgevingen in artikel 1253*quater*, b) Ger.W. niet en in de artikelen 751, 753 en 792 Ger.W. wel dienen te voorzien in, hetzij de tekst van de wet (art. 751, 753 Ger.W.), hetzij de expliciete vermelding dat op straffe van nietigheid de kennisgeving de rechtsmiddelen, de termijn binnen dewelke dit verhaal moet ingesteld worden evenals

de benaming, het adres van de rechtsmacht, die bevoegd is om er kennis van te nemen (art. 792 Ger.W.), moet vermelden (*BS* 24 februari 2003 en *RABG* 2003, 388).

Het Arbitragehof oordeelde dat artikel 1253*quater*, b) Ger.W. geenszins artikel 10 en 11 van de Grondwet schendt. Artikel 1253*quater*, b) Ger.W. is immers niet vergelijkbaar met artikel 751 en 753 Ger.W., gezien de eerstgenoemde wetsbepaling een kennisgeving van een gerechtelijke uitspraak tot voorwerp heeft, terwijl artikel 751 en 753 Ger.W. betrekking hebben op de kennisgeving van het procesverloop, waarbij de procespartij wordt ingelicht en de aandacht gevestigd wordt op de gevolgen van het “procedureel stilzitten”, met name dat het gevorderde vonnis geacht zal worden op tegenspraak te zijn geweest.

Dit onderscheid is aldus gesteund op een objectief criterium. De onderscheiden doelstelling betreffende de kennisgeving, verantwoordt dat in het kader van artikel 1253*quater*, b) Ger.W. geen melding gemaakt wordt van mogelijkheden en modaliteiten om een gewoon rechtsmiddel aan te wenden.

Het behoort trouwens tot de beleidskeuze van de wetgever om te bepalen op welke wijze het mededelen van akten van rechtspleging wordt geregeld en welke de modaliteiten zijn waaronder die mededeling wordt medegedeeld. Met betrekking tot artikel 792 Ger.W., stelt het Arbitragehof dat de vergelijking niet opgaat daar deze bepaling betrekking heeft op het sociaal recht en tot de exclusieve bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoort, in het kader waarvan specifieke procedurele regels bepaald zijn (Arbitragehof 1 oktober 2003, nr. 128/2003, *BS* 2 december 2003, 57549 en *Juristenkrant* 2003, (weergave D. SCHEERS) afl. 78, 7).

**599** De kennisgeving heeft zijn onmiddellijke impact op de rechtsmiddelen, meer bepaald het verzet en hoger beroep, waarbij, conform artikel 1253*quater*, c) en d) Ger.W. deze termijnen beginnen te lopen vanaf de kennisgeving en meer bepaald vanaf de verzending van de beschikking aan de gedingpartij.

Ook al is de verzending per gerechtsbrief niet vereist volgens het Hof van Cassatie (Cass. 23 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 787, *EJ* 1997, 50, noot P. SENAËVE, *RW* 1997-98, 364, noot S. MOSSELMANS en *P&B* 1997, 41), de rechtszekerheid verlangt wel dat er geen betwisting kan bestaan rond het ogenblik van verzending, met andere woorden de aanbieding bij de Post. Daar de berekening van de termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden, krachtens artikel 860, tweede lid Ger.W. op straffe van verval is voorgeschreven, is het noodzakelijk dat de desbetreffende kennisgeving vaststaand, met andere woorden niet voor betwisting vatbaar is.

Men kan dergelijke belangrijke handeling moeilijk laten afhangen van voormelde overheidsdienst, die vreemd is aan de vrederechter die uitspraak deed, en zulks ingevolge een eenvoudige verzending (S. MOSSELMANS, “De kennisgeving van de beschikking ‘dringende voorlopige maatregelen’” (art. 223 BW) en de termijnen van verzet en van hoger beroep” (noot onder Vred. Westerlo 23 juni 1996), *AJT* 1999-2000, 254; S. MOSSELMANS, “De kennisgeving van de beschikking ‘dringende voorlopige maatregelen’ (art. 223 BW) en de termijnen van verzet en van hoger beroep” (noot onder Cass. 23 september 1996), *RW* 1997-98, 366) Bijgevolg garandeert enkel de kennisgeving bij gerechtsbrief dat met zekerheid kan nagegaan worden of het aangewende rechtsmiddel tijdig ingesteld werd. Zie *boven* de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, nr. 597.

Het ministerieel besluit van 4 augustus 2008 betreffende de gesteldheid van de gerechtsbrief (*BS* 13 augustus 2008) wijzigt de voorschriften die het uitzicht en de behandeling van gerechtsbrieven beheersen.

Onverminderd het risico dat de kennisgeving de betrokken partij nooit bereikt indien het toegezonden wordt bij gewone post, doen de echtgenoten er alleszins goed aan om de omslag van de ter kennis gebrachte beschikking te bewaren, voor het geval naderhand een betwisting zou ontstaan omtrent de ontvankelijkheid van het verzet of hoger beroep ingevolge het verstrijken der termijnen (P. SENAËVE, “De termijn van verzet, hoger beroep en voorziening in cassatie bij geschillen inzake echtelijke moeilijkheden” (noot onder *Cass.* 22 november 1996), *EJ* 1997, 56).

**600** De kennisgevingen in het buitenland zijn alleszins zonder waarde, indien de woonplaats of verblijfplaats van de partij in België gekend is (*Vred. Fexhe-Slins* 26 september 1996, *T.Vred.* 1996, 389).

– Termijn van verzet of hoger beroep

**601** Overeenkomstig artikel 50, tweede lid *Ger.W.* wordt de termijn van verzet of hoger beroep, indien deze een aanvang neemt en tevens verstrijkt tijdens het gerechtelijk verlot, verlengd tot 15 september.

Deze verlenging is echter niet expliciet bepaald in artikel 1253*quater*, c) en d) *Ger.W.*, zodat de heersende rechtspraak en rechtsleer oordeelde dat deze verlenging geen toepassing vond in het kader van onder meer geschillen gegrond op artikel 223 en 221 *BW* (*Cass.* 6 juni 1991, *JT* 1992, 393 en *Pas.* 1991, I, 877).

De onderscheiden behandeling heeft aanleiding gegeven tot een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof. Dit resulteerde in het arrest van 14 februari 2001, waarbij de schending van artikel 10 en 11 *Gw.* weerhouden werd (Arbitragehof 14 februari 2001, nr. 13/2001, *BS* 28 maart 2001, 10.185 en *RW* 2001-02, 162). Het arrest heeft dan aanleiding gegeven tot een snelle aanpassing van artikel 50, tweede lid *Ger.W.* bij de wet van 26 juni 2001 (*BS* 25 september 2001).

Thans gelden dus ook de termijnen om een rechtsmiddel aan te wenden, zoals voorzien bij gemeenrechtelijke procedures (A.- C. VAN GYSEL, “Les vacances, la prorogation des délais d’appel et les mesures provisoires entre les époux”, *Div.Act.* 2002, 33), hetzij dus een maand te rekenen vanaf de betekening in geval van een procedure bij toepassing van artikel 213 *BW* (art. 1322 *Ger.W.*) en vanaf de kennisgeving in geval van artikel 221 *BW* en 223 *BW* (art. 1253*quater* *Ger.W.*). De *dies a quo* telt niet mee, de *dies ad quem* wel.

Overeenkomstig artikel 53*bis* *Ger.W.* echter begint ten aanzien van de geadresseerde in geval van kennisgeving met een gerechtsbrief of ter post aangetekend brief met een ontvangstbewijs, de termijn te lopen vanaf de eerste dag die volgt op deze waarop de brief is aangeboden op de

woonplaats, in voorkomend geval de verblijfplaats of gekozen woonplaats van de geadresseerde. In het geval van kennisgeving met een aangetekend brief of bij gewone brief vanaf de derde werkdag die volgt op die waarop de brief aan de postdiensten werd overhandigd, tenzij het bewijs van het tegendeel.

Wat de termijn voor voorziening in *cassatie* betreft, dient, bij gebreke aan enige bepaling in artikel 1253*quater* Ger.W. de gemeenrechtelijke bepaling te worden toegepast, hetzij overeenkomstig artikel 1073, eerste lid Ger.W. drie maanden vanaf de betekening van de uitspraak in graad van hoger beroep.

Zodoende ressorteert de kennisgeving geen effect om de cassatietermijn te doen lopen en dient het vonnis bij gerechtsdeurwaarderexploot hiertoe betekend te worden (Cass. 22 november 1996, *EJ* 1997, 52, noot P. SENAËVE en *Arr.Cass.* 1996, 1077, concl. DEBRULLE).

– Uitvoerbaarheid bij voorraad

**602** De vrederechter doet principieel, doch zonder dat hierop enige sanctionering bestaat, uitspraak binnen de vijftien dagen, volgend op de neerlegging van het verzoekschrift (art. 1253*quater*, b) Ger.W.).

Sinds de wet van 3 augustus 1992 (*BS* 31 augustus 1992) is, ingevolge de afschaffing van artikel 1253*bis* Ger.W. de uitspraak niet langer meer op wettelijke basis uitvoerbaar bij voorraad (F. GRANDHENRY, “Les effets pervers de l’abrogation de l’article 1253*bis* du Code Judiciaire par la loi du 3 août 1992”, *T.Vred.* 1997, 250-253). Dit betekent dat de gedingpartij uitdrukkelijk de uitvoerbaarheid van de beschikking dient te vorderen, hetzij in het inleidend verzoekschrift, hetzij bij conclusie, op voorwaarde dat artikel 807 Ger.W. geëerbiedigd is. Zulks kan ook nog in graad van hoger beroep gevorderd worden, op voorwaarde dat er nopens dit gedeelte van de vordering nog geen definitieve uitspraak is tussengekomen (Rb. Brussel 17 februari 1998, *Pas.* 1997, III, 21).

– Bemiddeling

**603** De vrederechter kan de echtgenoten aansporen om beroep te doen op bemiddeling (Vred. Antwerpen 30 oktober 2001, *AJT* 2001-02, 939, noot S. BROUWERS). Nochtans is het niet mogelijk dat de echtgenoten na een informele buitengerechtelijke bemiddeling hun akkoord willen laten bekrachtigen door de vrederechter via een verzoekschrift op grond van artikel 223 BW dat van beide echtgenoten samen uitgaat en dat geen verweerder vermeldt (Vred. Roeselare 27 juni 2000, *AJT* 2000-01, 343 noot S. BROUWERS en *T.Vred.* 2001, 33 noot).

Met de nieuwe bemiddelingswet die in werking trad op 30 september 2005 zou dit thans wel mogelijk zijn mits een geaccrediteerde bemiddelaar optreedt en mits de geëigende procedure te volgen.

Zie over de wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling (*BS* 22 maart 2005) B. ALLEMEERSCH, B. GAYSE, P. SCHOLLEN, P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN, *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2005, 94 p.; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “De nieuwe bemiddelingswet”, *RW* 2004-05, 1481-1494; S. BROUWERS, “De wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling”, *RABG* 2005, 776-784; B. GAYSE, “Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag”, *NJW* 2005, 434-449; P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, “La médiation dans le Code judiciaire”, *JT* 2005, 297-308; A. THILLY, “La nouvelle loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation”, *TBBR* 2006, 528).

## § 2. Dringende en voorlopige maatregelen (art. 223 BW)

### A. GRONDSLAGEN

#### 1. Aard

**604** In geval van grof plichtsverzuim (art. 223, eerste lid BW) of wanneer de echtelijke verstandhouding ernstig verstoord is (art. 223, tweede BW) kan ieder der echtgenoten voor de vrederechter op deze gronden, dringende voorlopige maatregelen vorderen.

Artikel 223 BW (vervangen door art. 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, *BS* 18 september 1976) luidt als volgt:

“Indien een der echtgenoten grovelijk zijn plicht verzuimt, beveelt de vrederechter, op verzoek van de andere echtgenoot, dringende voorlopige maatregelen betreffende de persoon en de goederen van de echtgenoten en de kinderen.

Hetzelfde geschiedt op verzoek van een der echtgenoten, indien de verstandhouding tussen hen ernstig verstoord is.

Indien een echtgenoot zich tegenover de andere schuldig gemaakt heeft aan een feit als bedoeld in de artikelen 375, 398 tot 400, 402, 403 of 405 van het Strafwetboek, of heeft gepoogd een feit te plegen als bedoeld in de artikelen 375, 393, 394 of 397 van hetzelfde Wetboek, of indien er ernstige aanwijzingen voor dergelijke gedragingen bestaan, zal de echtgenoot die het slachtoffer is, behalve bij uitzonderlijke omstandigheden, het genot toegewezen krijgen van de echtelijke verblijfplaats indien hij daarom verzoekt.

De vrederechter kan onder meer aan een der echtgenoten verbod opleggen om, voor de tijd die hij bepaalt, eigen of gemeenschappelijke roerende of onroerende goederen, zonder de instemming van de andere echtgenoot, te vervreemden, te hypothekeren of te verpanden; hij kan de verplaatsing van de meubelen verbieden of het persoonlijk gebruik ervan aan een van beide echtgenoten toewijzen.

Daden van vervreemding zijn alle daden bedoeld in artikel 1 van de wet van 16 december 1851 en in artikel 8 van de wet van 10 februari 1908.

De vrederechter kan de echtgenoot die de roerende goederen onder zich heeft, verplichten borg te stellen of van voldoende goedheid te doen blijken”.

De huidige tekst werd ingevoegd door artikel 1 wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (BS 18 september 1976). Het derde lid werd ingevoegd door artikel 3 van de wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning aan de echtgenoot of aan de wettelijk samenwonende, die het slachtoffer is van fysieke geweldsdaaden vanwege zijn partner en tot aanvulling van artikel 410 van het Strafwetboek (BS 12 februari 2003, eerste uitgave).

Voordien bestond een gelijkaardige regeling onder artikel 214j BW ingevoegd door de wet van 20 juli 1932 tot wijziging van hoofdstuk VI, titel V, van Boek I van het Burgerlijk Wetboek: de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenooten (BS 12 augustus 1932). Ingevolge de wet van 30 april 1958 betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten (BS 10 mei 1958) wordt de regeling vervolgens opgenomen onder de artikelen 221 tot en met 226 BW. Door de hierboven vermelde wet van 14 juli 1976 werd dan een aantal van die bepalingen opgenomen onder artikel 223 BW.

**605** Zonder in detail te treden zullen door de vrederechter maatregelen aan de echtgenoten worden opgelegd, indien de echtelijke crisistoestand vergt dat hun belangen en deze van de kinderen niet zouden verslechteren en verder gevrijwaard zouden blijven.

De hoogdringendheid moet getoetst worden aan de te treffen maatregelen en niet aan de feitelijke situatie waarin partijen zich bevinden (Vred. St.-Jans-Molenbeek 28 februari 1995, *T.Vred.* 1995, 246).

Een juridisch onzekere situatie, waarbij schade te vrezen is, zal aldus wel het treffen van dringende voorlopige maatregelen rechtvaardigen, ongeacht het feit of de feitelijke scheiding reeds langere tijd bestaat (D. NUYTS en K. VANWINCKELEN, “De urgentievereiste bij dringende voorlopige maatregelen” (noot onder Rb. Brussel 2 mei 2000 en Vred. Halle 16 september 1999), *EJ* 2000, 152; Vred. Westerlo 15 januari 1999, *AJT* 2000-01, 568).

M.b.t. de grondvoorwaarden voor de toepassing van artikel 223 BW was de vrederechter van Grimbergen van oordeel dat er moet worden afgestapt van de thesis dat het vereiste van een grof plichtsverzuim of van een ernstige verstoring van de verstandhouding tussen de echtgenoten een bevoegdheidsvereiste is. De vraag of een grof plichtsverzuim of een ernstige verstoring van de verstandhouding bewezen worden, betreft de ontvankelijkheid en niet de grond van de zaak. Hetzelfde geldt voor de urgentie, weze het dat deze laatste uiteraard niet moet worden onderzocht indien wordt geoordeeld dat geen grof plichtsverzuim of ernstige verstoring bewezen wordt (Vred. Grimbergen 29 december 2004, *RABG* 2005, 1751, noot B. HÄNSCH). Deze zienswijze werd gedeeld door de vrederechter van Charleroi (Vred. Charleroi 25 januari 2006, *JLMB* 2006, 1021).

**606** Anderzijds hebben deze maatregelen een voorlopig karakter, zodat ze steeds *rebus sic stantibus* getroffen worden en voor herziening of intrekking vatbaar zijn (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., I.12-6 en 7).



## a. Het schuldcriterium

**607** Voor de toepassing of keuze van artikel 223 BW om een onderhoudsvordering te stellen ten opzichte van de andere echtgenoot, is de schuldvraag doorslaggevend. Wanneer de eisende partij zich beroept op het grof plichtsverzuim, overeenkomstig artikel 223, eerste lid BW dient logischerwijs het bewijs van dit verzuim aangetoond te worden (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, “Droit des personnes. Chronique de jurisprudence 1994-1998” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2000, 92). Dit is evenwel niet het geval indien de vordering gesteund is op de ernstige verstoring in de echtelijke verstandhouding, conform artikel 223, tweede lid BW waarbij het schuldcriterium helemaal niet speelt (P. HÖFSTROSSLER, “Nogmaals over schuld en onschuld inzake feitelijke scheiding en artikel 223 BW” (noot onder Vred. Westerlo 23 januari 1996), *AJT* 1995-96, 461; zie voor een toepassingsgeval Vred. Westerlo 15 januari 1999, *AJT* 2000-01, 568; Vred Fontaine-l’Évêque 5 oktober 2006, *JLMB* 2007, 87; het al dan niet o n h e r s t e l b a a r karakter van de ernstige verstoring beïnvloedt niet het opleggen van voorlopige maatregelen).

Bijgevolg zal de echtgenoot, die op grond van een ernstige verstoring van de echtelijke verstandhouding, een onderhoudsgeld, al dan niet gekoppeld aan een sommendelegatie vordert, ontheven zijn van het bewijs dat deze verstoring aan de andere echtgenoot te wijten is. Met andere woorden, het schuldcriterium, zoals dit geldt voor een onderhoudsvordering op grond van artikel 213 BW en/of artikel 221 BW speelt hier niet (P. SENAËVE, “Alimentatie en ontvangstmachtiging bij feitelijke scheiding op basis van art. 223 BW” (noot onder Cass. 21 februari 1986), *RW* 1986-87, 306).

## b. Opschorting samenwoningsplicht

**608** Meestal zal in het kader van dringende voorlopige maatregelen het toekennen van een onderhoudsgeld aan een echtgenoot gepaard gaan met de tijdelijke schorsing van de samenwoningsplicht, t.t.z. de toekenning van een afzonderlijke woonst.

Deze machtiging om afzonderlijk te verblijven kan niet beschouwd worden als een feitelijke scheiding. Met andere woorden, de machtiging van de vrede-rechter om afzonderlijk te verblijven, heeft niet voor gevolg dat het materieel feit van de (tijdelijke) scheiding tussen echtgenoten, als een “feitelijke scheiding” kan weerhouden worden, op grond waarvan een onderhoudsuitkering, op grond van artikel 213 BW gevorderd kan worden (Cass. 10 oktober 1980, *RW* 1980-81, 2066 en *RTDF* 1981, 387, noot J.-L. RENCHON; Cass. 21 februari 1986, *RW* 1986-87, 303, noot P. SENAËVE).

Dit betekent dat wanneer de echtgenoot het onderhoudsgeld vordert als een afzonderlijke eis, dus op grond van artikel 213 BW en/of artikel 221 BW en niet in het kader van dringende en voorlopige maatregelen, de bewijslast van de schuld aan de feitelijke scheiding en het voortduren ervan blijft bestaan.

**609** Zoals reeds gesteld, wordt het schuld criterium buiten beschouwing gelaten bij het toekennen van een onderhoudsgeld in het kader van dringende voorlopige maatregelen in geval van een ernstige verstoring in de echtelijke verstandhouding.

Aldus poneerde het Hof van Cassatie in de arresten van 28 november 1986 (Cass. 28 november 1986, *JLMB* 1987, 211, noot C. PANIER, *RTDF* 1987, 318, noot J.-L. RENCHON en *T.Vred.* 1987, 133) en 2 juni 1988 (Cass. 2 juni 1988, *RW* 1989-90, 686 en *JLMB* 1991, 117) dat wanneer, op grond van artikel 223, tweede lid BW de samenwoningplicht tijdelijk door de bodemrechter wordt opgeschort, en voor de duur van deze feitelijke scheiding een onderhoudsgeld of een sommendelegatie toekent, hij zich niet hoeft uit te spreken omtrent de schuldvraag, t.t.z. wie van beide echtgenoten aan deze feitelijke scheiding schuld heeft (P. SENAËVE, “Knelpunten uit het primair stelsel: art. 221, 223 en 224 BW” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. De wet van 14 juli 1976. Een evaluatie*, Antwerpen, Maklu, 1997, 16-18; P. SENAËVE, “Het magische getal 223 – Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het organiseren van de feitelijke scheiding”, *EJ* 1996, 85).

De bodemrechter beschikt dus over de mogelijkheid om het schuld criterium buiten beschouwing te laten, wanneer hij in het kader van dringende voorlopige maatregelen, gevorderd op grond van artikel 223, tweede BW oordeelt over de onderhoudsverplichting.

Het onderhoudsgeld en/of ontvangstmachtiging zal als dringende voorlopige maatregel toegekend kunnen worden, zonder dat “de schuld” in vraag gesteld wordt, binnen het kader van “een ernstig verstoorde echtelijke verstandhouding”. Deze toekenning wordt enkel gelimiteerd door de voorwaarde dat het onderhoudsgeld niet mag leiden tot de bestendiging van de feitelijke scheiding (D. TILLEMANS, “De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld” in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, 131-136, nr. 118 tot 122).

**610** In het arrest van 30 november 1995 zal het Hof van Cassatie het standpunt omtrent de uitsluiting van het schuld criterium bij een onderhoudsvordering in het kader van dringende en voorlopige maatregelen handhaven, doch omtrent de opschorting van de samenlevingsplicht wordt de voormelde term tijdelijk vervangen door voorlopig in de Franse betekenis van “provisoire” (Cass. 30 november 1995, *EJ* 1996, 90).

Hierdoor neemt het hof een gewijzigde opvatting aan m.b.t. de tijdsbeperking van de onderhoudsvordering als dringende voorlopige maatregel, bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW.

De bodemrechter kan bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW de samenwoningsplicht opschorten en tevens een onderhoudsgeld (art. 213 BW) en/of sommandelegatie toekennen (art. 221 BW), als dringende voorlopige maatregel, enerzijds zonder het schuld criterium te hanteren en anderzijds zonder deze maatregelen in de tijd te limiteren. Als enige beperking wordt weerhouden dat hierdoor geen feitelijke scheiding op bestendige wijze mag georganiseerd worden (G. BAETEMAN, A. WYLLEMAN, J. GERLO, G. VERSCHELDEN, E. GULDIX en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000)", *TPR* 2001, 2047, nr. 599; S. MOSSELMANS, noot onder Vred. St.-Gillis 10 oktober 1997, *T.Vred.* 1999, 269).

**611** Deze opvatting kent in de rechtspraak navolging waarbij geponeerd wordt dat het voorlopige karakter van de maatregelen niet noodzakelijk synoniem is van tijdelijkheid en de opschorting van de samenlevingsplicht, gepaardgaande met een onderhoudsgeld geen feitelijke doch wel een gerechtelijke scheiding creëert, waarvan de aard niet beïnvloed wordt door de bepaalde dan wel onbepaalde duur ervan (Cass. 7 juni 2001, *RTDF* 2002, 242; Vred. Andenne 11 februari 1999, *T.Vred.* 2000, 240; Vred. St.-Gillis 10 oktober 1997, *T.Vred.* 1999, 262).

Wanneer de dringende voorlopige maatregelen niet beperkt zijn in de tijd, belet zulks niet dat ze op elk moment aanleiding tot herziening kunnen geven, waarbij aldus benadrukt wordt dat het opleggen van deze maatregelen voor onbepaalde duur, de bestendiging van de feitelijke scheiding niet organiseert en deze aldus slechts gelden *rebus sic stantibus* (Vred. Soignies 17 juni 2002, *Div.Act.* 2002, 138, noot G. HIERNAUX; G. BAETEMAN, J. GERLO en W. PINTENS, "Overzicht van Rechtspraak – Huwelijksvermogensrecht (1996-2002)", *TPR* 2003, 1157).

Dit voorlopige karakter betekent echter niet dat de vrederechter geen beslissing ten gronde velt, zijnde een oplossing voor de voorlopige toestand. Zijn beslissing is geenszins een maatregel die de voorzitter treft bij toepassing van artikel 584 Ger.W. (K. BOONE, "Voorlopige maatregelen. Bevoegdheidsperikelen", *NJW* 2003, 42).

Een toepassing hiervan is terug te vinden in het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel: de dringende voorlopige maatregelen die door de vrederechter worden bevolen overeenkomstig artikel 223 BW kunnen er niet toe leiden dat een feitelijke scheiding van de echtgenoten blijvend wordt georganiseerd. Deze vordering die een uitvloeisel is van de samenwoningsplicht is van openbare orde. Wanneer uit diverse omstandigheden van de zaak (verkoop van een gebouw, akkoord met het oog op de vereffening van het gemeenschappelijke vermogen ...) blijkt dat de scheiding die tussen de echtge-

noten tot stand is gekomen door beiden als definitief wordt ervaren, moet de vrederechter de vordering onontvankelijk verklaren aangezien de gevraagde maatregelen slechts een voorlopig karakter hebben (Rb. Nijvel (1ste kamer) 17 december 2004, *RTDF* 2005, 428; zie ook Vred. Oudergem 22 februari 2002, *Div.Act.* 2002, 136, noot G. HIERNAUX).

Hetzelfde uitgangspunt is terug te vinden in het vonnis van de vrederechter van Waver die stelt dat in het kader van voorlopige maatregelen op grond van artikel 223 BW een echtgenoot niet kan verplicht worden een gedeelte van de echtelijke woonst die hij blijft betrekken, zodanig in te richten dat dit kan worden verhuurd. Volgens de vrederechter zou de inrichting en de verhuring een hinderpaal kunnen vormen om het echtelijk leven te hernemen of om op het vermogensrechtelijk vlak overeenkomsten te treffen (Vred. Waver 13 oktober 2006, *RTDF* 2008, 420).

**612** Anderzijds oordeelde het Hof van Cassatie dat het wel beperken in de tijd van de maatregelen niet uitsluit dat zij van aard kunnen zijn de feitelijke scheiding te organiseren ingeval deze maatregelen telkens worden verlengd of hernieuwd. Het niet-beperken in de tijd van voormelde maatregelen houdt echter niet noodzakelijk een organisatie van de feitelijke scheiding in (Cass. 29 mei 2006, *EJ* 2006, 111, noot P. SENAËVE; Rb. Hasselt 11 april 2005, *Limb.Rechts.* 2007, 31, noot en *RW* 2007-08, 874, noot: dringende voorlopige maatregelen zijn er om een tijdelijke noodsituatie te regelen; het opeenvolgend verlengen van de maatregelen is het *de facto* verlenen van medewerking aan een verboden organisatie van de feitelijke scheiding).

### c. De vaststaande fout

**613** Onverminderd het feit dat in overeenstemming met artikel 223, tweede lid BW een onderhoudsgeld kan worden toegekend, zonder rekening te houden met het *schuld criterium*, belet dit de feitenrechter niet om er wel mee rekening te houden. De verwerende echtgenoot kan dus wel als verweer de schuld van de eiser aanvoeren en de rechter mag er bij de toekenning dan wel de begroting van het onderhoudsgeld, mee rekening houden. Bijgevolg is het schuld criterium hier niet volledig uitgesloten (Cass. 21 januari 1999, *RTDF* 2000, 625, *RW* 2000-01, 1180 en *Arr.Cass.* 1999, 75; J. GERLO, "Voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure en schuld criterium" (noot onder Brussel 25 april 2000 en 9 juni 2000), *EJ* 2000, 135; K. VANLEDE, "De beoordeling van een 'vaststaande schuld' in het kader van art. 223 BW" (noot onder Rb. Dendermonde 23 maart 2001), *EJ* 2001, 146 e.v.).

Het standpunt van het Hof van Cassatie is klaarblijkelijk liberaler dan dit in de arresten van het hof van beroep te Brussel van 25 april en 9 juni 2000 en laat toe dat de echtgenoot-verweerder alle feitelijke elementen mag aanvoeren (waaronder een vaststaande schuld), aan de hand waarvan hij de schuld aan-toont in hoofde van echtgenoot-eiser, zonder dat de schuld reeds een *vaststaand* gegeven uitmaakt op het ogenblik dat de onderhoudsvordering

behandeld wordt in eerste aanleg. Er wordt m.a.w. wel vereist dat de schuld vaststaat doch dit karakter kan ook voor het eerst worden vastgesteld door de appelrechter omdat de feiten zich hebben voorgedaan nadat het beroepen vonnis al was geweest. *In casu* ging het om een bevestigend arrest van het hof van beroep dat de echtscheiding lastens eiseres toestond en dat nog niet bestond op het ogenblik van de uitspraak van de eerste rechter. (J. GERLO, “Voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure en schuld criterium” (noot onder Brussel 25 april 2000 en 9 juni 2000), *EJ* 2000, 135).

Het Hof van Cassatie bevestigde zijn standpunt in een arrest van 22 december 2006 weliswaar in een geval van voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure maar de principes kunnen ook toegepast worden in geval van een procedure op grond van artikel 223 BW (Cass. 22 december 2006, *EJ* 2007, 2 noot C. AERTS, *RTDF* 2007, 452, noot N. DANDOY en *RW* 2006-07, 1153, noot S. MOSSELMANS). Voor een meer uitgewerkte bespreking wordt verwezen naar *verder* nr. 640.

Niets belet dus dat de bodemrechter rekening houdt, bij de beoordeling van de familiale situatie en de onderhoudsvordering, met de feitelijke elementen die de echtgenoot-verweerder aanvoert, meer bepaald met de *v a s t s t a a n d e f o u t* in hoofde van de andere echtgenoot.

Bij toepassing van het voorgaande kan rekening gehouden worden met het feitelijke gegeven dat de onderhoudsgerechtigde met een derde samenwoont, zodat het kostendelend samenwonen een impact heeft op de omvang der onderhoudsverplichting in hoofde van de onderhoudsplichtige (A.-M. BOUTART, noot onder Brussel 25 april 2000, *Div.Act.* 2001, 21-22).

De vraag kan worden gesteld of de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) geen impact heeft op deze toepassing van de schuldvraag nu de schuld geen determinerende rol meer speelt tot het bekomen van de echtscheiding. Hieruit zou kunnen afgeleid worden dat de wetgever een andere benadering van sanctionering is gaan huldigen wanneer er sprake is van tekortkoming aan de huwelijksplichten en de plicht tot samenwoning in het bijzonder (zie hierover N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1103-1107).

**614** Wanneer de vrederechter de schuldvraag niet uit de weg moet gaan, rijst echter de vraag wanneer de schuld *v a s t s t a a n d* is (Vred. Grâce-Hollogne 12 december 2000, *JLMB* 2002, 1502, noot S. THIELEN). Kan er al rekening gehouden worden met louter een proces-verbaal van vaststelling overspel, overeenkomstig artikel 1016*bis* Ger.W. in het kader van een procedure dringende voorlopige maatregelen; kan de schuld als “vaststaand” beschouwd worden, zolang er geen uitspraak ten gronde is betreffende de inbreuk op de huwelijksverplichtingen, die in kracht van gewijsde is getreden?

Alleszins verhindert het recht op privacy, overeenkomstig artikel 8 EVRM dat het proces-verbaal van vaststelling wordt aangewend in een andere procedure dan het echtscheidingsgeding op grond van bepaalde feiten (K. TOBACK en A. DE WOLF, “De vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder: de juiste man op de verkeerde plaats?”, *EJ* 1996, 75, nr. 39).

Aldus mag aangenomen worden dat zolang de schuldvraag niet beoordeeld en weerhouden werd in een uitspraak van de bodemrechter, die in kracht van gewijsde is getreden, de door de echtgenoot-verweerder aangevoerde feiten niet kunnen weerhouden worden. Wel lijkt het cassatiearrest van 21 januari 1999 toe te laten dat de vaststaande fout afgeleid kan worden aan de hand van een in kracht van gewijsde uitspraak, zoals bij voorbeeld de betwisting van het vaderschap (Cass. 21 januari 1999, *RTDF* 2000, 625, *RW* 2000-01, 1180 en *Arr.Cass.* 1999, 75; K. VANLEDE, “De beoordeling van een ‘vaststaande schuld’ in het kader van art. 223 BW” (noot onder Rb. Dendermonde 23 maart 2001), *EJ* 2001, 146 e.v.).

## 2. Geldingsduur

### a. Beperking in de tijd

**615** Volgens de huidige stand van rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie *boven*) kan de bodemrechter, bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW de samenwoningsplicht opschorten en tevens een onderhoudsgeld en/of sommendelegatie toekennen, als dringende voorlopige maatregel, enerzijds zonder het schuld criterium te hanteren en anderzijds zonder deze maatregelen in de tijd te limiteren.

Als enige beperking wordt weerhouden dat hierdoor een feitelijke scheiding niet op bestendige wijze mag georganiseerd worden (G. BAETEMAN, A. WYLLEMAN, J. GERLO, G. VERSCHULDEN, E. GULDIX en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000)”, *TPR* 2001, 2047, nr. 599; S. MOSSELMANS, noot onder Vred. St.-Gillis 10 oktober 1997, *T.Vred.* 1999, 269).

Het aldus opleggen van dringende voorlopige maatregelen, een onderhoudsgeld of sommendelegatie in het bijzonder, voor onbepaalde duur is echter voornamelijk in de rechtsleer op felle kritiek onthaald, terwijl door lagere rechtbanken nog steeds niet automatisch in het kader van een vordering gesteund op artikel 223, tweede lid BW een onderhoudsgeld voor onbepaalde duur wordt opgelegd (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 22, voetnoot nr. 9).

**616** Het is, volgens deze strekking in de rechtsleer, een volledige negatie van de fundamentele huwelijksverplichtingen (art. 213 BW) dat, zonder enige vorm van bewijs van tekortkoming aan deze verplichtingen, de (vrede)rechter

voor onbepaalde duur de samenwoningsplicht opschort en de verwerende echtgenoot elders moet gaan verblijven en hem veroordeelt tot een onderhoudsgeld al dan niet gekoppeld aan een sommendelegatie, zulks louter en alleen op grond van het feit dat zijn financiële, economische situatie sterker of beter is dan deze van de eisende echtgenoot.

Deze verwerende echtgenoot is in een dergelijke situatie, waarbij mogelijk de eisende partij eenvoudigweg het echtelijk samenleven beu is, volledig van enig verweer beroofd. Vandaar dat werd aangedrongen op een wijziging van artikel 223 BW door het inlassen van een bepaling die het opleggen van dergelijke maatregelen beperkt in de tijd (P. SENAËVE, “Knelpunten uit het primair stelsel: art. 221, 223 en 224 BW” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. De wet van 14 juli 1976. Een evaluatie*, Antwerpen, Maklu, 1997, 23-24; P. SENAËVE, “Het magische getal 223 – Over dringende voorlopige maatregelen, onderhoudsgeld en het organiseren van de feitelijke scheiding”, *EJ* 1996, 88 e.v.).

De financieel zwakkere (maar soms overspelige) echtgenoot wordt aldus een “procedurele truckendoos” in de hand gespeeld, waarbij deze laatste zich in de eerste plaats zal bedienen van een onderhoudsvordering bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW, waarbij hij of zij bevrijd is van de dubbele bewijslast, met name dat de andere echtgenoot exclusief schuld heeft aan zowel het ontstaan als de instandhouding van de feitelijke scheiding.

Dergelijke vordering kon dan ook onder het oude echtscheidingsrecht aangevend worden als een vertragsmanoeuvre om de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding zolang mogelijk uit te stellen en intussen te genieten van onderhoudsgelden (K. VANLEDE, “Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 29 e.v.).

De beperkende vereiste, met name dat de opgelegde maatregelen niet tot een georganiseerde bestending van de feitelijke scheiding mogen leiden, wordt door het rechtsgeldig opleggen van voorlopige maatregelen zonder beperking in de tijd van iedere relevantie ontbloot (S. MOSSELMANS, “De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijks-gemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 266).

**617** Deze kritiek vond weerklank in de rechtspraak. Vandaar dat het beperken in de tijd van de maatregelen noodzakelijk geacht wordt om te voorkomen dat enerzijds in werkelijkheid de dringende voorlopige maatregelen toch een feitelijke scheiding op bestendige wijze zouden organiseren, hoewel een vaste cassatierechtspraak hieromtrent formeel is, terwijl anderzijds het schuld criterium niet speelt (Vred. Westerlo 25 januari 2002, *RW* 2002-03, 671).

Blijkbaar gaf deze kritiek ook aanleiding tot het wetsvoorstel van 15 april 1997 (*Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 1496/1), dat voorziet in enerzijds een motiveringsplicht voor de vrederechter omtrent de geldingsduur van de opgelegde dringende voorlopige maatregelen en anderzijds in een maximumduur van één jaar, behoudens met betrekking tot de kinderen (E. COENE, "Wetsvoorstel betreffende de beperkingen in de tijd van de dringende voorlopige maatregelen", *EJ* 1998, 83).

Rekening houdend met het voorgaande zag het Hof van Cassatie zich verplicht om zijn standpunt nog te preciseren. In een arrest van 29 mei 2006 wordt gepreciseerd dat het niet-beperken in de tijd van dringende voorlopige maatregelen niet noodzakelijk een organisatie van de feitelijke scheiding inhoudt. Uit het loutere feit dat de rechter de op grond van artikel 223, tweede lid BW bevolen maatregelen niet in de tijd beperkt, volgt niet noodzakelijk dat hij de feitelijke scheiding van de echtgenoten definitief regelt. Anderzijds volgt uit de omstandigheid dat de maatregelen wel in de tijd worden beperkt, niet noodzakelijk dat zij niet van aard kunnen zijn de feitelijke scheiding op een bestendige wijze te organiseren, ingeval zij telkens op verzoek van één van de echtgenoten worden verlengd of hernieuwd (Cass. 29 mei 2006, *EJ* 2006, 111, noot P. SENAËVE; Rb. Hasselt 11 april 2005, *Limb.Rechts.* 2007, 31, noot en *RW* 2007-08, 874, noot: dringende voorlopige maatregelen zijn er om een tijdelijke noodsituatie te regelen; het opeenvolgend verlengen van voorlopige maatregelen is het *de facto* verlenen van medewerking aan een verboden organisatie van de feitelijke scheiding).

**618** Artikel 1253*quater*, e Ger.W. bepaalt dat ieder van de echtgenoten te allen tijde in rechte kan vorderen dat de opgelegde dringende voorlopige maatregelen worden gewijzigd of ingetrokken. Hierbij wordt niet geëist dat er zich gewijzigde omstandigheden hebben voorgedaan. Het tijdsverloop op zich kan vereisen dat de dringende voorlopige maatregelen herzien worden opdat de belangen van het gezin gevrijwaard blijven.

De (vrede)rechter zal oordelen of de echtgenoot die een wijziging nastreeft, overeenkomstig de artikelen 17-18 Ger.W. over een rechtmatig belang beschikt bij de nagestreefde wijziging of intrekking. Vervolgens zal hij nagaan of deze vordering gegrond voorkomt (S. MOSSELMANS, noot onder Vred. St.-Gillis 10 oktober 1997, *T.Vred.* 1999, 272 e.v.).

Teneinde misbruik van de toepassing van artikel 223, tweede lid BW te voorkomen, meer bepaald het nastreven en het behoud voor onbepaalde duur van een onderhoudsgeld, is het inderdaad noodzakelijk dat de onderhoudsplichtige echtgenoot zich telkens opnieuw tot de vrederechter kan wenden, wanneer hij bij zijn vordering een dadelijk wettig belang heeft (Vred St.-Gillis 10 oktober 1997, *T.Vred.* 1999, 263, noot S. MOSSELMANS).

Eveneens beschikt de vrederechter over de mogelijkheid om zelf op te leggen dat na verloop van zekere tijd, de dringende voorlopige maatregelen herbekeken worden, waarbij de echtgenoten verslag dienen uit te brengen over de resultaten van die opgelegde maatregelen (Vred. St.-Hubert 18 september 1986, *JLMB* 1987, 706, noot J. DERMAGNE).



**619** Andere argumenten, die gebruikt worden in de rechtspraak om het onderhoudsgeld in de tijd te beperken, zijn onder meer dat in dergelijk geval de uitkering definitief verworven is en onmogelijk tot eventuele terugvordering kan worden overgegaan, alsook het precair karakter van de toestand waarin de partijen zich bevinden (Vred. Westerlo 23 januari 1996, *AJT* 1995-96, 459).

Indien de dringende voorlopige maatregelen en het onderhoudsgeld, opgelegd bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW worden beperkt in de tijd staat het de onschuldige echtgenoot vrij om na verloop ervan, wanneer de uitwerking van de maatregel is uitgedoofd, een nieuwe vordering in te stellen op grond van artikel 213 en/of 221 BW.

Hierbij moet deze echtgenoot dan aantonen dat het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding uitsluitend het gevolg is van de schuld van de andere echtgenoot (Vred. Fosses-la-Ville 9 oktober 1991, *JLMB* 1992, 966).

#### b. Gewijzigde omstandigheden

**620** Hierboven werd reeds gesteld dat de uitspraak op grond van artikel 223, tweede lid BW slechts geldt *rebus sic stantibus* waarbij louter dient rekening gehouden te worden of de echtgenoot die de wijziging of intrekking nastreeft, in overeenstemming met de artikelen 17-18 Ger.W. over het nodige belang beschikt.

Artikel 1253<sup>quater</sup>, e Ger.W. bepaalt de verhouding tussen het gezag van gewijsde, waarmede de beschikking, getroffen overeenkomstig artikel 223 BW is bekleed, met het gemeenrechtelijk gezag van gewijsde volgens de artikelen 23 tot en met 28 Ger.W.

Welnu, bij toepassing van artikel 1253<sup>quater</sup>, e Ger.W. kan "te allen tijde" de wijziging of intrekking van de maatregelen worden gevorderd en zij behoeven geen "nieuwe elementen" op straffe van onontvankelijkheid aan te tonen (S. MOSSELMANS, noot onder Vred. St.-Gillis 10 oktober 1997, *T.Vred.* 1999, 271-272, 275 e.v.). Naar de letter van de wet zijn dus geen gewijzigde omstandigheden vereist (Vred. Zinnik 17 juni 2002, *Div.Act.* 2002, 138 noot H. HIERNAUX). Nochtans mogen de echtgenoten niet zonder meer de procedure "overdoen" en moet worden vastgesteld dat een belangrijk deel van de rechtspraak maar ook rechtsleer nieuwe, gewijzigde omstandigheden vereist die zich hebben voorgedaan sinds de vorige uitspraak, alvorens een herziening van de getroffen maatregel toelaatbaar zou zijn (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, I.12-7; J. GERLO, "Artikel 223 BW en het Hof van Cassatie", *T.Vred.* 1989, 293; Vred. St.-Jans-Molenbeek 27 februari 1996, *T.Vred.* 1997, 95; Vred. Wezet 14 november 1991, *JT* 1992, 253).

Wanneer men de nodige soepelheid hanteert bij de beoordeling van een “gewijzigde omstandigheid” en het loutere tijdsverloop sinds de getroffen dringende voorlopige maatregel reeds als voldoende gegeven tot wijziging of intrekking weerhoudt, kan bezwaarlijk geweigerd worden om met feitelijke omstandigheden rekening te houden die ten tijde van de vorige uitspraak reeds aanwezig waren of bestonden, doch die aan het oordeel van de vrederechter onttrokken waren en waarvan hij aldus geen kennis had (Vred. Soignies 17 juni 2002, *Div.Act.* 2002, 138, noot H. HIERNAUX; Rb. Brussel 18 februari 2002, *Div.Act.* 2002, 86, noot M. GROGNARD).

Als “nieuwe elementen” worden onder meer weerhouden: de verhuizing, het te koop stellen van de echtelijke woonst, de onderhandelingen met het oog op een echtscheiding door onderlinge toestemming.

### c. Verzoening

**621** Er moet opgemerkt worden dat, wanneer de echtelieden zich verzoenen en het echtelijk leven hervatten, hierdoor niet automatisch, ingevolge dit feitelijk gegeven, de dringende voorlopige maatregelen uitdoven.

Deze maatregelen zijn onmiddellijk uitvoerbaar voor de periode dat ze opgelegd zijn, ongeacht de verzoening die tussengekomen is.

Gebeurlijk zal de beslagrechter de uitvoering van de uitspraak slechts opschorten, niet op grond van de rechtsgeldigheid van de titel, doch wel op grond van de actualiteit ervan, meer bepaald omwille van omstandigheden extrinsiek aan de uitvoerbare titel en omwille van het feit dat de uitvoering van de titel alleszins zonder voorwerp geworden is (Cass. 4 november 1983, *JT* 1985, 76).

### d. Berusting

**622** Niets belet dat partijen in de beschikking van de vrederechter berusten, ook al is de procedure op grond van artikel 223, tweede lid BW van openbare orde. Immers de dringende voorlopige maatregelen die aan de echtgenoten worden opgelegd brengen geen wijziging van staat teweeg, zodat er geen beletstel is dat partijen erin zouden berusten (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, “Droit des personnes. Chronique de jurisprudence 1994-1998” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 2000, 95).

### 3. Begroting van de onderhoudsverplichting en methodiek

**623** Zoals hierboven reeds werd aangehaald, stelt een eensgezinde rechtsleer en rechtspraak dat als dringende voorlopige maatregel zowel een onderhoudsgeld (art. 213 BW) als een sommendelegatie (art. 221 BW) kan worden opgelegd (H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., I.12-10).

In dit kader wordt volgens de vrederechter van Westerlo niet de gelijkwaardige levensstandaard als referentiestandaard weerhouden, doch louter het gemeenrechtelijke criterium, in overeenstemming met artikel 205 BW, dus de onmiddellijke nood en de behoeftigheidsnorm.

Bijgevolg kan volgens deze rechtspraak de echtgenoot, die een onderhoudsgeld vordert als dringende voorlopige maatregel, en zelf niet op een gelijkwaardige wijze in zijn/haar persoonlijk onderhoud kan voorzien, doch anderzijds geen onmiddellijke nood aantoon, niet gerechtigd zijn op een persoonlijk onderhoudsgeld (Vred. Westerlo 25 januari 2002, *RW* 2002-03, 671).

De vrederechter van Ninove deelt dezelfde mening: omdat het persoonlijke onderhoudsgeld dat op grond van artikel 223, tweede lid BW wordt toegekend voorlopig is en losstaat van elke andere procedure, kan het volgens de noodwendigheden worden begroot (Vred. Ninove 9 mei 2005, *RW* 2005-06, 1388).

Dit standpunt wordt niet algemeen gedeeld in rechtspraak en rechtsleer. De begrotingsmaatstaf is de huwelijkse levensstandaard alsof er geen feitelijke scheiding zou zijn geweest, dus rekening houdend met de actuele al dan niet gewijzigde toestand van na de feitelijke scheiding (Cass. (1ste kamer) 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDROY).

**624** Vermits de maatregel (veelal) gepaard gaat met onder meer de schorsing van de samenlevingsplicht zal bij de begroting naast het netto-inkomen ook rekening dienen gehouden te worden met de “infrastructuur” van de echtelijke woonst, die als een voordeel *in natura* ten titel van alimentatie kan worden weerhouden. Hierbij wordt in acht genomen wie van beide echtgenoten en in welke verhouding de verdere lasten zal dragen, verbonden aan deze woonst (Vred Turnhout 15 oktober 1993, *Turn.Rechtsl.* 1993, 121; Vred. Westerlo 23 januari 1996, *AJT* 1995-96, 459; Vred. Ukkel 21 februari 1997, *RTDF* 1997, 612).

Het onderhoudsgeld kan dus door de vrederechter (resp. de kort gedingrechter) bepaald worden, rekening houdend met het voordeel van de echtgenoot-onderhoudsgerechtigde om verder gratis en exclusief het genot over de echtelijke woonst te behouden.

Er kan bijgevolg een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het genot over het onroerend goed als een vorm van de nakoming der hulpverplichting en bijdrage in de lasten van het huwelijk en anderzijds de loutere uitvoeringswijze van de opschorting van de samenlevingsplicht, zonder dat hieraan enige vorm van alimentatie gekoppeld kan worden (J.-E. BEERNAERT, “Onderhoudsuitkering *in natura*, een stand van zaken”, *AFT* 1998, 165).

De vrederechter, zoals ook de voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding, die voorlopige maatregelen oplegt in het kader van het echtscheidingsgeding (art. 1280 Ger.W.) kan het toekennen van het exclusief genot aan een der echtgenoten van het onroerend goed toebehorend tot de huwgemeenschap dan wel exclusief eigendom van één van hen, dus enkel hetzij als loutere bestuursregeling toekennen, hetzij ten titel van uitvoering *in natura* van de hulpverplichting, overeenkomstig artikel 213 BW.

Nopens de vraag of de vrederechter of de kort gedingrechter (art. 1280 Ger.W.) in dat verband een bindende uitspraak kan doen tot het al dan niet toekennen van een woonstvergoeding na de ontbinding van het huwelijk, heeft het Hof van Cassatie iedere verdere betwisting in de rechtsleer ongedaan gemaakt.

Het staat vast dat de boedelnotaris en de bodemrechter betreffende de vereffening en verdeling na echtscheiding niet gebonden zijn door een dergelijke uitspraak van de vrederechter en de voorzitter. Dit betekent dat de vergoeding, verschuldigd voor het genot van dit onroerend goed uitsluitend en autonoom door de boedelnotaris of de rechter belast met de zwaarigheden in het kader van de staat van vereffening en verdeling, zal beoordeeld worden (Cass. 27 april 2001, *EJ* 2002, 2, noot S. MOSSELMANS; KG Luik 24 april 2001, *TBBR* 2002, 135; Vred. Westerlo 10 januari 1997, *T.Vred.* 2001, 243).

Het is dan ook aan te bevelen dat, alleszins wanneer de vrederechter geen onderhoudsgeld toekent, doch het exclusief genot over het gemeenschappelijk onroerend goed, dan wel de woning, exclusief eigendom van de andere echtgenoot, deze uitspraak duidelijk gemotiveerd wordt in die zin dat zij genomen wordt, hetzij als de uitvoering *in natura* van de hulpverleningsplicht dan wel als een wijze van beheersregeling (S. MOSSELMANS, “De bewoning door een echtgenoot van een onverdeeld goed, dan wel een eigen goed van de andere echtgenoot – Kan de vrederechter een woonstvergoeding toekennen?” (noot onder Vred. Westerlo 10 januari 1997), *T.Vred.* 2001, 253; voor de toepassing hiervan: Luik 28 maart 2001, *RTDF* 2002, 670; zie ook KG Luik 21 maart 2006, *Div.Act.* 2007, 190 en *RTDF* 2008, 470, waarbij de kosteloze bewoning van de echtelijke woonst uitdrukkelijk wordt betiteld als de enige zekere vorm van betaling van het onderhoudsgeld voor de echtgenote en onderhoudsbijdrage voor het kind, waar *in casu* de debiteur geen enkele waarborg van betaling van de alimentatie kon geven).

Het feit dat de motivering van de alimentatierechter niet bindend is voor de vereffeninginstantie belet niet dat deze er echter wel kan mee rekening houden.

Het probleem van de aanrekening van een woonstvergoeding na de ontbinding van het huwelijk zal dan ook niet of alleszins in mindere mate rijzen.

Deze problematiek wordt meer uitvoerig besproken *verder* onder de nrs. 698-710.

**625** In de regel is er geen terugvordering mogelijk van de door de vrederechter toegekende onderhoudsbijdrage. Dit kan anders zijn indien de vrederechter een provisionele onderhoudsbijdrage toekent, zo hij van de schuld van de onderhoudsplichtige echtgenoot, respectievelijk de onschuld van de onderhoudsgerechtigde echtgenoot, nog niet is overtuigd, doch hij laatstgenoemde wil in staat stellen tijdens een overbruggingsperiode in zijn onmiddellijke noden te voorzien. Zo nadien bewezen wordt dat de onderhoudsgerechtigde

echtgenoot toch schuld heeft aan het ontstaan of het voortduren van de feitelijke scheiding, kan deze ten provisionele titel toegekende onderhoudsbijdrage eventueel worden teruggevorderd (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 22).

**626** Hoe dan ook, kan in de huidige rechtspraak geen eenduidig begrotingsmodel worden onderkend wat het onderhoudsgeld betreft in het kader van een procedure conform artikel 223 BW (zie met betrekking tot de begrotingsmethodiek betreffende onderhoudsgelden tussen echtgenoten tijdens en na de echtscheidingsprocedure: K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 8).

Nochtans moet ook hier worden rekening gehouden met de criteria die o.a. in de arresten van 26 april 2004, 9 september 2004, 16 april 2004, 2 mei 2005, 25 november 2005 en 25 januari 2007 door het Hof van Cassatie werden weerhouden (Cass. (3de kamer) 26 april 2004, *EJ* 2005, 30, noot E. VAN DER VELPEN, *Pas.* 2004, afl. 4, 711 en *RTDF* 2004, 1025, noot N. DANDOY; Cass. (1ste kamer) 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDOY; Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97 noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221, noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY; Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J.-E. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543, noot; Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079; Cass. (1ste kamer) 25 januari 2007, *Div.Act.* 2007, 74 noot N. GALLUS, *RTDF* 2007, 454, noot N.D., *JLMB* 2007, 1591 en *Larcier Cass.* 2007, 106).

Zie voor de bespreking ervan *boven* onder de nrs. 549-556.

**627** Met betrekking tot de bewijsvoering geldt, onverminderd de bijzondere bewijsmogelijkheden, krachtens artikel 1253*quinquies* Ger.W., het gemeen recht.

Ook het bestaan van de toepassingsvoorwaarden voor de vordering ingesteld op grond van artikel 223 BW, zoals de ontvankelijkheid en gegrondheid van de nagestreefde dringende voorlopige maatregelen, kan bewezen worden door alle middelen van recht.

Vermits echter in het kader van deze procedure het spoedeisend karakter determinerend is, lijkt het bewijsaanbod door middel van getuigen daar niet compatibel mee te zijn; een spoedige uitspraak dringt zich immers op.

## B. MODALITEITEN

### 1. *Retroactieve toekenning*

**628** Veelal zal het onderhoudsgeld slechts toegekend worden met ingang van de datum van neerlegging van het inleidend verzoekschrift, met andere woorden vanaf het instellen van de vordering. Slechts exceptioneel zal met terugwerkende kracht een onderhoudsgeld worden toegekend, wanneer wordt vastgesteld dat de andere echtgenoot aan zijn hulp- en bijdrageplicht tekortgeschoten is.

Daartegenover mag ervan uitgegaan worden dat de echtgenoot die slechts na verloop van tijd dergelijke onderhoudsvordering instelt, bij de andere echtgenoot het vertrouwen heeft opgewekt dat hij aan zijn hulp- en bijstandsverplichting heeft voldaan, wat voor gevolg heeft dat het onderhoudsgeld slechts vanaf het inleiden van de eis zal weerhouden worden (Vred. Fosses-la-Ville 9 oktober 1991, *JLMB* 1992, 966).

Het onderhoudsgeld is in essentie een periodieke betaling van een geldsom, die als gevolg van de nalatigheid van de onderhoudsgerechtigde niet mag uitmonden in een kapitaalschuld, waarmee de onderhoudsplichtige geconfronteerd wordt. Retroactief toekennen van een onderhoudsgeld moet dan ook met de nodige omzichtigheid worden beoordeeld.

De onderhoudsgerechtigde dient er zich als zorgvuldig en voorzichtige persoon voor te behoeden dat in hoofde van de onderhoudsplichtige een rechtmatige schijn wordt gecreëerd, waardoor deze laatste in de vaste overtuiging gebracht wordt, aan zijn onderhoudsverplichting voor het verleden voldaan te hebben.

Hierbij aansluitend moet de onderhoudsgerechtigde, wanneer hij of zij zich gedurende een zekere periode niet op de onderhoudsplicht in hoofde van de andere echtgenoot beroepen heeft, al was deze afdwingbaar, zich onthouden van het instellen van een onderhoudsvordering met terugwerkende kracht, welke in strijd is met het verbod van *r e c h t s m i s b r u i k*.

Zie meer uitgebreid *boven* onder de nrs. 78-85.

### 2. *De terugvordering van provisioneel toegekend onderhoudsgeld*

**629** Indien de vrederechter als gevolg van hoogdringendheid een aantal dringende voorlopige maatregelen oplegt, terwijl de schuld van een van de echtgenoten aan het ontstaan of het voortduren van de feitelijke scheiding nog niet vaststaat, kan aan de behoeftige echtgenoot een onderhoudsgeld worden toegekend dat het karakter van een *v o o r s c h o t* heeft (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanreke-*

*ning en woonstvergoeding in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11, Larcier, 2007, 22).*

**630** Het provisioneel toegekende onderhoudsgeld verschilt van de klassieke onderhoudsuitkering doordat het principieel terugvorderbaar is, zulks in het kader van een latere procedure gesteund op artikel 213 BW of artikel 221 BW waarbij dan aangetoond wordt dat de echtgenoot die voordien de provisionele uitkering bekwam schuld heeft aan het ontstaan of voortduren van de feitelijke scheiding.

Een ander onderscheid met de klassieke onderhoudsuitkering is dat de provisionele uitkering slechts omwille van een dringende behoefte, in hoofde van de onderhoudsschuldeiser wordt toegekend en aldus niet louter op grond van de loutere verschillen *qua* inkomsten, die ieder van de echtgenoten genieten. Ten slotte wordt de provisionele uitkering ook voor een erg beperkte (overbruggings)periode toegekend, zulks teneinde de onderhoudsschuldeiser toe te laten, op grond van artikel 213 BW of artikel 221 BW een onderhoudsuitkering te bekomen, waarbij het bewijs dan geleverd wordt van de schuld in hoofde van de andere echtgenoot.

**631** Het schuld criterium zal geen rol spelen indien het onderhoudsgeld slechts voor een beperkte periode wordt toegekend en om aan een dringende behoefte te voldoen, wat betekent dat in dergelijk geval een latere eis in aanrekening moeilijk kan gesteld worden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 210, nr. 329).

Het schuld criterium zal echter wel een rol spelen indien het provisionele onderhoudsgeld voor onbepaalde duur wordt toegekend bij dringende voorlopige maatregelen.

Een voor onbepaalde duur toegekend onderhoudsgeld kan vergeleken worden met een provisionele onderhoudsuitkering na echtscheiding (P. SENAËVE, "Alimentatie en ontvangstmachtiging bij feitelijke scheiding op basis van art. 223 BW", *RW* 1986-87, 310).

Wanneer naderhand de onderhoudsplichtige echtgenoot, op grond van artikel 213 BW de afschaffing van het onderhoudsgeld vordert, kan aldus met terugwerkende kracht, en meer bepaald vanaf de datum waarop hij aantoonde dat de feitelijke scheiding en het voortduren ervan minstens mede te wijten is aan de andere echtgenoot, ook de terugbetaling gevorderd worden.

Op grond van deze vordering (art. 213 BW) verliest het als voorschot betaalde onderhoudsgeld zijn bestaansreden, wat voor gevolg kan hebben dat de echtgenoot die het onderhoudsgeld ontving, veroordeeld wordt in terugbetaling (Vred. Sint-Niklaas 4 november 1986, *RW* 1986-87, 1766, noot P. SENAËVE).

**632** De afwezigheid van enig onderzoek naar de schuldvraag doet zich voor ingeval de onderhoudsvordering gebaseerd is op grond van artikel 223, tweede lid BW. In het geval de schuldvraag wel rijst indien de vordering gesteund is op artikel 221 en/of 223, eerste lid BW, is het niet uitgesloten dat een echtgenoot, met het oog op de organisatie van de feitelijke scheiding, zich zal beroepen op artikel 223, tweede lid BW en aldus uitsluitend zijn behoefte dient aan te tonen.

Teneinde dergelijk misbruik te vermijden, zal de vrederechter de samenwooningsplicht slechts voor een beperkte tijd schorsen en het onderhoudsgeld of de ontvangstmachtiging ook maar toekennen voor de duur van deze feitelijke scheiding. Voor deze beperkte periode zal de onderhoudsuitkering niet kunnen teruggevorderd worden. Bijgevolg zal de rechter erover waken dat de opgelegde maatregelen niet leiden tot de bestendiging van de feitelijke scheiding of de organisatie ervan (Vred. Westerlo 23 januari 1996, *AJT* 1995-96, 459, noot P. HOFSTRÖSSLER).

**633** Er bestaat echter geen wettelijke verplichting om de dringende voorlopige maatregel in de tijd te beperken. Indien de onderhoudsplichtige echtgenoot meent dat als gevolg van het loutere tijdsverloop een feitelijke scheiding wordt nagestreefd, kan hij zich steeds opnieuw tot de vrederechter wenden, meer bepaald op grond van deze omstandigheden, teneinde de onderhoudsuitkering retroactief afgeschaft of verminderd te zien worden (P. HOFSTRÖSSLER, "Nogmaals over schuld en onschuld inzake feitelijke scheiding en artikel 223 BW" (noot onder Vred. Westerlo 23 januari 1996), *AJT* 1995-96, 462).

### 3. *Alimentatie-overeenkomsten*

**634** Er wordt verwezen naar hetgeen hierover werd uiteengezet *boven*, onder de nrs. 573-576.

### C. PROCEDURE

**635** Er wordt verwezen naar de uiteenzetting *boven*, onder de nrs. 577-603.

Voor een verdere bespreking van de verhouding van de bevoegdheid van de kort gedingvoorzitter ten opzichte van deze van de vrederechter wordt verwezen naar wat wordt uiteengezet *verder* onder de nrs. 722-736.



### § 3. De onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.)

#### A. GRONDSLAGEN

##### 1. Aard

**636** Deze onderhoudsverplichting is een uitvoeringsmodaliteit van de hulp- en bijdrageverplichting zoals bepaald in de artikelen 213 en 221 BW. Het artikel 1280 Ger.W. is slechts een bevoegdheidsbepaling (Cass. 7 april 1995, *Larcier Cass.* 1995, 106; Bergen 16 september 1997, *RTDF* 1998, 632).

Het voormelde principe wordt goed geïllustreerd door het volgende arrest van het hof van beroep te Brussel (Brussel 20 juni 2002, *Div.Act.* 2005, 37, noot A.-M. BOUDART en *RTDF* 2003, 116).

Het verdwijnen van de hulpplicht na een echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid (oud) BW ingevolge het feit dat de echtscheiding is tussengekomen, kan niet beschouwd worden als een verslechtering van de materiële situatie van de kinderen. Niet alleen hebben de kinderen hun eigen alimentatierechten (art. 203 en 203bis BW) maar bovendien kan het wegvallen van de hulpplicht gecompenseerd worden door een uitkering na de echtscheiding ten voordele van een van de echtgenoten.

Artikel 1280 Ger.W. bepaalt: “De voorzitter van de rechtbank of de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt, rechtsprekend in kort geding, neemt, in iedere stand van het geding, tot de ontbinding van het huwelijk op verzoek van de partijen of van een van de partijen of van de procureur des Konings kennis van de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen, zowel van de partijen als van de kinderen.

De rechter houdt, in voorkomend geval, rekening met de meningen van de kinderen die werden geuit op de wijze bepaald bij artikel 931, derde tot zevende lid.

De procureur des Konings kan, door bemiddeling van de bevoegde sociale dienst, alle dienstige inlichtingen betreffende de zedelijke en stoffelijke toestand van de kinderen inwinnen.

De voorzitter van de rechtbank of de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt kan de procureur des Konings verzoeken de in vorig lid bedoelde informatie te verrichten.

Van de informatie wordt in alle gevallen aan partijen kennis gegeven.

De voorzitter van de rechtbank of de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt kan gebruikmaken van dezelfde bevoegdheden als bij artikel 221 van het Burgerlijk Wetboek aan de vrederechter zijn toegekend. In dit geval kan zijn beschikking ingeroepen worden tegen alle tegenwoordige of toekomstige derden-schuldenaars, nadat zij hun, op verzoek van een van de partijen, door een gerechtsdeurwaarder zal zijn betekend. Wanneer zij ophoudt haar gevolgen te hebben, krijgen de derden-schuldenaars op dezelfde wijze daarvan bericht ten verzoeken van de meest gereede partij.

Indien een echtgenoot zich tegenover de andere schuldig gemaakt heeft aan een feit als bedoeld in de artikelen 375, 398 tot 400, 402, 403 of 405 van het Strafwetboek, of heeft gepoogd een feit te plegen als bedoeld in de artikelen 375, 393, 394 of 397 van hetzelfde Wetboek, of indien er ernstige aanwijzingen voor dergelijke gedragingen bestaan, zal de echtgenoot die het slachtoffer is, behalve bij uitzonderlijke omstandigheden, het genot toegewezen krijgen van de echtelijke verblijfplaats indien hij daarom verzoekt.

De artikelen 1253*sexies*, § 1, 1253*septies*, eerste lid en 1253*octies* zijn van toepassing wanneer verbod is gevorderd of uitgevaardigd om voor hypotheek vatbare goederen te vervreemden of met hypotheek te bezwaren; artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek is mede van toepassing.

De zaak blijft, tot de ontbinding van het huwelijk tijdens de hele echtscheidingsprocedure, aanhangig bij de voorzitter van de rechtbank of de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt.

Onverminderd een nieuwe dagvaarding of een vrijwillige verschijning der partijen, kan de zaak binnen 15 dagen voor de rechter worden gebracht door dat één van de partijen haar conclusies op de griffie neerlegt”.

Artikel 1280 Ger.W. was oorspronkelijk het artikel 268 BW dat door de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek (BS 31 oktober 1967) werd opgeheven en in het Gerechtelijk Wetboek werd opgenomen als artikel 1280. Er werden belangrijke wijzigingen aangebracht door de:

- wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (BS 18 september 1976);
- wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (BS 21 juli 1994);
- wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (BS 27 juni 1997);
- wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning aan de echtgenoot of aan de wettelijk samenwonende, die het slachtoffer is van fysieke misdaden vanwege zijn partner en tot aanvulling van artikel 410 van het Strafwetboek (BS 12 februari 2003, eerste uitgave).

Door de wet van 27 april 2008 betreffende de hervorming van de echtscheiding (BS 7 juni 2007) werden geen wijzigingen aangebracht aan artikel 1280 Ger.W.

Het oorspronkelijke artikel 268 BW onder gelding van de *Code civil des Français* van 1804 luidde als volgt: “De huysvrouw aenleggeresse of verweêrderse in materie van egtscheydinge, zal ten tyde dat de actie vervolgd word, het huys van den man mogen verlaeten, en een alimentair pensioen vraegen naer proportie van de middelen van den man. De regtbanke zal het huys stellen waer in de huysvrouw zal moeten woonen, mitsgaeders, indien het behoort, de alimentaire provisie bepaelen die den man haer zal moeten betalen” (Vlaamse versie volgens de *Bulletin flamand* 1804).

Deze tekst werd gewijzigd door artikel 7 van het KB nr. 239 van 7 februari 1936 tot wijziging van de rechtspleging inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed (BS 9 februari 1936) en werd: “De voorzitter, uitspraak doende in kortgeding, is in elke stand van het geding bevoegd tot het nemen van de voorloopige maatregelen betreffende den persoon en de goederen zoowel van de partijen als van de gemeenschappelijke kinderen”.

Er volgde een uitbreiding van de tekst met de leden 2 en 3 ingevolge artikel 3 van de wet van 30 april 1958 betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten (BS 10 mei 1958). Door artikel 14, 5° van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming (BS 15 april 1965) werd de tekst in zijn geheel gewijzigd. Vervolgens werd het artikel door de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek (BS 31 oktober 1967) opgeheven en in het Gerechtelijk Wetboek opgenomen als artikel 1280.

**637** De onderhoudsverplichting blijft bestaan tussen de echtgenoten, zelfs indien ze reeds feitelijk gescheiden leven wanneer een echtscheidingsvordering werd ingesteld. Een echtscheidingsvordering is ingesteld vanaf het ogenblik dat het dagvaardingsexploot werd betekend en mits de zaak op de rol werd geplaatst.

Voormelde echtelijke verplichting blijft zolang bestaan als de echtscheidingsprocedure duurt, ongeacht het feit of enerzijds de eisende partij de afhandeling van het geding al dan niet op diligente wijze nastreeft en anderzijds zonder dat rekening moet gehouden worden met het aandeel van deze partij in de post-communautaire onverdeeldheid die na de ontbinding van het huwelijk ontstaat (Cass. 30 januari 1998, *Pas.* 1998, I, 147, *TBBR* 1999, 405 en *RW* 1998-99, 1188; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 212).

Zulks betekent dan ook dat de loutere nalatigheid van een der partijen om de echtscheidingseis door de rechtbank behandeld te zien worden, geen aanleiding geeft tot de afschaffing van het onderhoudsgeld dat door de voorzitter, zetelend in kort geding werd opgelegd.

Vermits de hulpplicht van openbare orde is, kan hiervan niet rechtsgeldig afstand worden gedaan, wat trouwens voor gevolg zou hebben dat de gemeenschap verder zou dienen in te staan in het levensonderhoud van de behoeftige echtgenoot (Luik 4 november 1996, *JLMB* 1997, 1024).

In een arrest van 18 januari 2005 van het hof van beroep van Luik wordt dit principe toegepast. Het hof spreekt echter niet van openbare orde maar stelt dat de alimentatieverplichting ex artikel 213 BW van *d w i n g e n d r e c h t* is. Overeenkomsten tussen echtgenoten die daar van afwijken zijn aangetast door een relatieve nietigheid. Bovendien acht het hof het niet mogelijk om voorafgaand al afstand te doen van zijn recht op onderhoudsgeld. *In casu* hadden partijen vermogensrechtelijke overeenkomsten gesloten waarbij zij bedongen hadden dat elk in het bezit zou blijven van de banktegoeden waarvan hij of zij titularis was evenals van de liggende gelden. Het hof kon hieruit zelfs geen afstand van het recht op alimentatie afleiden (Luik 18 januari 2005, *Div.Act.* 2007, 77).

**638** De onderhoudsverplichting blijft principieel gedurende de ganse echtscheidingsprocedure bestaan, zonder dat rekening gehouden wordt met tekortkomingen aan de echtelijke verplichtingen, die aan de orde zijn in het bodemgeschil, op grond van de artikelen 229 e.v. (oud) BW (zie echter *verder*). De voorzitter heeft zich dus niet uit te spreken over de ontvankelijkheid of de gegrondheid van de echtscheidingseis.

Nochtans mag de financieel zwakkere, doch schuldige echtgenoot geen misbruik maken van het echtscheidingsgeding en meer bepaald van het gegeven dat geen rekening gehouden kan worden met de schuldvraag bij de beoordeling van de onderhoudsverplichting in de loop van het geding.

Indien blijkt dat de echtscheidingseis ingesteld is om een onderhoudsgeld te bekomen, dan wanneer in geval van feitelijke scheiding, rekening houdend met de bewijslast over de schuldvraag, deze financieel zwakkere echtgenoot

daarop geen kans zou gemaakt hebben, dient de eis afgewezen te worden. Dit betekent dan ook dat de beoordeling door de voorzitter, meer bepaald het sanctioneren van het misbruik maken van een echtscheidingsprocedure, niet gelijkgesteld kan worden met het vormen van een oordeel over het bodemgeschil (Luik 13 maart 2006, *JLMB* 2007, 56: in deze casus had de eerste rechter het alimentatiegeld beperkt in de tijd en het verschuldigde bedrag vanaf een bepaald ogenblik omgezet in een voorschot op de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel van de partijen; S. MOSSELMANS, “De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.) *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 271-272).

Volgens een gedeelte van de rechtspraak maakt de vaststaande echtelijke tekortkoming aldus het criterium uit om de onderhoudsverplichting tijdens het echtscheidingsgeding te beperken (Cass. 22 december 2006, *EJ* 2007, 2, noot C. AERTS, *RW* 2006-07, 1153, noot S. MOSSELMANS en *RTDF* 2007, 452, noot N. DANDOY; Gent 16 oktober 2003, *RABG* 2004, 483, noot F. DE BOCK; Gent 2 januari 2003, *RABG* 2004, 1258; Gent 19 juni 2003, *RABG* 2004, 1260; Gent 8 januari 2004, *RABG* 2004, 1266; Gent 18 maart 2004 *RABG* 2004, 1270, noot M. GOVAERTS).

Het staat immers vast dat het ontstaan van de feitelijke scheiding of het voortduren ervan uitsluitend te wijten is aan de echtgenoot die aanspraak maakt op een onderhoudsgeld en die hierop dan ook geen recht heeft (Brussel 9 juni 2000, *EJ* 2000, noot J. GERLO; Brussel 28 november 2002, *NJW* 2003, 241 noot R. DE CORTE; Brussel 31 maart 2006, *NJW* 2006, 412, noot GV; *contra* Luik 18 februari 2003, *JLMB* 2004, 642, *RTDF* 2004, 343, noot, *JT* 2003, 584 en *Div.Act.* 2006, 4; Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN).

Deze rechtspraak is gesteund op het cassatiearrest van 21 januari 1999 dat bij toepassing van artikel 223, tweede lid BW aan de bodemrechter de bevoegdheid geeft om ter gelegenheid van het toekennen van alimentatie rekening te houden met feitelijke gegevens, aangebracht door de onderhoudsplichtige, en zo onder meer de vaststaande schuld in hoofde van de onderhoudsgerechtigde (Cass. 21 januari 1999, *RTDF* 2000, 625 en *RW* 2000-01, 1180).

De vraag kan worden gesteld of de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) geen impact heeft op deze toepassing van de schuldvraag nu de schuld geen determinerende rol meer speelt tot het bekomen van de echtscheiding. Hieruit zou kunnen afgeleid worden dat de wetgever een andere benadering van sanctionering is gaan huldigen wanneer er sprake is van tekortkoming aan de huwelijksplichten en de plicht tot samenwoning in het bijzonder (zie hierover N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1103-1107).

**639** Terecht kan de bedenking geformuleerd worden of de vereiste van een voorafgaandelijk in kracht van gewijsde getreden uitspraak ten gronde, waardoor het huwelijk ontbonden werd, alvorens uitspraak wordt gedaan omtrent

de voorlopige maatregelen, en meer bepaald omtrent de vordering tot levensonderhoud tijdens het echtscheidingsgeding, geen onbillijke situatie doet ontstaan in hoofde van de onderhoudsplichtige, zulks naargelang de bodemprocedure al dan niet afgehandeld is vóór dan wel na de beoordeling van de gevorderde voorlopige maatregelen.

Met andere woorden, heeft de onderhoudsplichtige, die nadien aantoonbaar dat het huwelijk werd ontbonden als gevolg van de schuld van de onderhoudsgerechtigde niet evenveel recht om de voordien toegekende onderhoudsuitkering, op grond van een uitspraak conform artikel 1280 Ger.W. te kunnen recupereren, terwijl de onderhoudsplichtige de onderhoudsvordering kan zien afgewezen worden indien hij, in het kader van de kort gedingprocedure een definitieve uitspraak ten gronde kan voorbrengen, waaruit de schuld van de andere echtgenoot blijkt? (A.-M. BOUDART, noot onder Brussel 25 april 2000, *Div.Act.* 2001, 23).

Deze kritische benadering betreffende het weerhouden van het schuld criterium bij de beoordeling van de onderhoudsverplichting tijdens het echtscheidingsgeding, vond weerklank in de rechtspraak.

Teneinde de schuldvraag volledig te weren uit het debat over de onderhoudsverplichting in het kader van de voorlopige maatregelen op grond artikel 1280 Ger.W. worden de volgende argumenten in deze strekking in de rechtspraak weerhouden.

T e n e e r s t e is de onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure tot wanneer de uitspraak, waardoor het huwelijk ontbonden wordt in kracht van gewijsde is getreden, gesteund op de hulpplicht van iedere echtgenoot (art. 213 BW.), zonder dat met het schuld criterium rekening gehouden kan worden (Bergen 8 oktober 2002, *Rev.not.b.* 2004, 114; Luik 18 februari 2003, *RTDF* 2004, 343, noot).

T e n t w e e d e wordt de omvang van de onderhoudsverplichting uitsluitend bepaald op grond van de inkomsten en lasten van de echtgenoten, onverminderd de behoefte van de onderhoudsschuldeiser, waarbij rekening gehouden kan worden met het feitelijke gegeven dat deze voordeel haalt uit de samenwoning met een derde, waardoor zijn lasten verminderd worden. Met andere woorden, bij de begroting van de onderhoudsuitkering komt de schuldvraag niet aan bod.

T e n d e r d e creëert het introduceren van het schuld criterium bij het bepalen van de onderhoudsuitkering in een procedure op grond van artikel 1280 Ger.W., een ongelijke behandeling tussen onderhoudsplichtigen, bij wie het bodemgeschil al dan niet geresulteerd heeft in de ontbinding van het huwelijk, alvorens uitspraak is gedaan over de voorlopige maatregelen.

T e n v i e r d e zal een dergelijke ongelijke behandeling eveneens tactische procedurele spelletjes in de hand werken om de behandeling van de bodem-

procedure snel dan wel vertraagd te doen verlopen, zulks in functie van de behandeling van de betwisting omtrent de onderhoudsuitkering tijdens het echtscheidingsgeding (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 128, nr. 29).

Tenslotte is de juridische basis van de onderhoudsverplichting uitsluitend artikel 213 BW, met andere woorden de hulpplicht die tussen echtgenoten bestaat, terwijl artikel 223 BW en artikel 1280 Ger.W. louter bevoegdheidsregels zijn. Vandaar dat de schuldvraag uit het debat over de onderhoudsverplichting dient geweerd te worden (Luik 18 februari 2003, *JT* 2003, 584, *RRD* 2004, 140, *JLMB* 2004, 642, *RTDF* 2004, 343, noot en *Div.Act.* 2006, 4).

**640** Het Hof van Cassatie heeft deze rechtspraak echter niet gevolgd. In een arrest van 22 december 2006 werd geoordeeld dat de echtgenoot die als gevolg van een rechterlijke beslissing of als gevolg van een echtscheidingsprocedure feitelijk gescheiden leeft en een persoonlijk onderhoudsgeld vordert, niet moet bewijzen dat de feitelijke scheiding niet aan hem te wijten is, maar ten einde de vordering te doen afwijzen kan de verweerder wel bewijzen dat de feitelijke scheiding geheel of ten dele aan de eiser te wijten is (Cass. 22 december 2006, *EJ* 2007, 2, noot C. AERTS, *RW* 2006-07, 1153, noot S. MOSSELMANS en *RTDF* 2007, 452, noot N. DANDOY). Dit standpunt wordt hernomen in een arrest van 13 april 2007 (Cass. 13 april 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 57, noot A.-C. VAN GYSEL; de annotator maakt ook toepassing van de principes op de nieuwe echtscheidingswet, *RTDF* 2007, 696 en *RTDF* 2008, 847; Bergen 15 december 2008, *Act.dr.fam.* 2009, 31, noot A.-C. VAN GYSEL).

Bij de beoordeling van dit bewijs mag de voorzitter rechtsprekend op grond van artikel 1280 Ger.W. niet vooruitlopen op de door de echtscheidingsrechter te beoordelen fouten maar is er intussen een definitief echtscheidingsvonnis, dan volstaat de aldus vastgestelde fout om het bewijs aan de schuld aan de feitelijke scheiding te bewijzen.

M.a.w. de rechter die met toepassing van artikel 1280 Ger.W. oordeelt over een vordering tot het verkrijgen van een onderhoudsbijdrage in uitvoering van de hulp- en bijdrageverplichting tussen echtgenoten, moet rekening houden met de aangevoerde overspelige relatie van de echtgenoot die de onderhoudsbijdrage vordert en die vaststaat als gevolg van een inmiddels definitieve echtscheidingsuitspraak. In het cassatiearrest wordt niet duidelijk gesteld vanaf welk ogenblik precies er moet rekening gehouden worden met de fout doch blijkbaar wordt toch bedoeld de vaststelling van het overspel en niet het latere vonnis van echtscheiding waarin weliswaar de eerdere fout wordt vastgesteld.

Het hof van beroep te Brussel maakte toepassing van de voormelde principes en oordeelde dat indien een vonnis dat in kracht van gewijsde is getreden de fout van de echtgenoot weerhoudt, er geen enkel gevaar meer is dat de rechter in hoger beroep een beslissing neemt die op een andere beslissing, t.w. deze van de echtscheidingsrechter, vooruitloopt. Het hof laat het niet meer gerechtigd zijn op een onderhoudsgeld ingaan vanaf de vaststelling van het overspel en zelfs iets vroeger omdat bleek uit de gegevens van het proces-verbaal van vaststelling van overspel dat de

overspelige relatie al eerder bestond. De betrapting dateerde van 12 juli 2003 en het hof gaat terug tot 15 juni 2003 (Brussel 3 maart 2005, *TBBR* 2007, 252).

## 2. Geldingsduur

### a. Duur van de echtscheidingsprocedure

**641** De onderhoudsverplichting blijft bestaan gedurende de ganse echtscheidingsprocedure en tot wanneer de uitspraak, waarbij het huwelijk wordt ongebonden, in kracht van gewijsde is getreden. Deze verplichting vervalt dan van rechtswege (Bergen 11 februari 2003, *RTDF* 2004, 141; S. MOSSELMANS, “De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 274).

De voorzitter kan de onderhoudsvordering wel verwerpen indien een partij manifest ongeoorloofde middelen gebruikt en de procedure verlengt met als enig doel het fictief verlengen van het recht op onderhoudsuitkering, waardoor er sprake is van rechtsmisbruik (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 126, nr. 23).

Indien de echtscheidingseis afgewezen werd en geen andere vordering hangende is, blijft de door de voorzitter opgelegde onderhoudsgeld verschuldigd tot wanneer deze uitspraak in kracht van gewijsde is getreden of partijen erin hebben berust.

Daarna kunnen de echtgenoten opnieuw een onderhoudsgeld vorderen op grond van artikelen 213 en/of 221, tweede lid BW, dan wel opnieuw dringende en voorlopige maatregelen vorderen op grond van artikel 223 BW (S. MOSSELMANS, “De aanrekening van het in de loop van de echtscheidingsprocedure door de ene echtgenoot aan de andere betaalde onderhoudsgeld”, *AJT* 1998-99, 109, voetnoot 69).

Zekere rechtsleer gaat verder. Zich beroepend op het feit dat de voorlopige maatregelen niet afhankelijk zijn van het bestaan van een echtscheidingsgeding, wat wél het geval is wat de materiële bevoegdheid van de voorzitter betreft, blijven deze hun uitvoerbare kracht behouden ook na het echtscheidingsgeding, ongeacht of hierdoor het huwelijk al dan niet ontbonden werd (vgl. de maatregelen m.b.t. de kinderen).

Slechts als gevolg van een latere uitspraak van de vrederechter die het onderhoudsgeld wijzigt of intrekt, verliest de beschikking van de voorzitter zijn uitvoerbare kracht (T. ROBERT, “De geldingsduur van dringende voorlopige maatregelen betreffende de kinderen op grond van art. 223 BW” (noot onder Cass. 12 november 2002), *EJ* 2003, 24).

**642** Indien de voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding voorlopige maatregelen beveelt die ingaan vanaf de dagvaarding tot echtscheiding, dan komen de reeds uitgevoerde maatregelen die door de vrederechter werden bevolen overeenkomstig artikel 223 BW, te vervallen (Cass. (3de kamer) 20 februari 2006, *EJ* 2006, 35, noot P. SENAËVE, *RABG* 2006, 1228, noot M. GOVAERTS, *RW* 2006-07, 1358, *RTDF* 2007, 1108 en *TBBR* 2007, 40 noot G. CLOSSET-MARCHAL).

De maatregelen van de voorzitter kunnen bovendien verschillend zijn van deze van de vrederechter zonder dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden. De beide vorderingen tot voorlopige maatregelen hebben immers een ander voorwerp.

**643** De voorzitter kan de onderhoudsuitkering afhankelijk maken van een redelijke overgangperiode om werk te vinden en deze kan bijgevolg wegvallen indien een voltijdse job wordt gevonden (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 136 nr. 65; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 67, noot 224).

Een beperking in de tijd van de onderhoudsverplichting wordt eveneens weerhouden wanneer de onderhoudsgerechtigde echtgenoot tot korte tijd voor het inleiden van de echtscheidingseis professioneel actief is geweest of wanneer het echtelijk samenleven slechts van korte duur is geweest (Brussel 10 januari 2006, *RTDF* 2006, 1191; Vred. Charleroi 25 januari 2006, *RTDF* 2006, 1062; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2006, 997).

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de geldingsduur van de maatregelen en anderzijds de temporele bevoegdheid van de voorzitter. Beide begrippen dekken niet dezelfde lading. Zie voor een bespreking van de temporele bevoegdheid, *verder* nrs. 730-743.

b. *Rebus sic stantibus*

**644** De voorzitter oordeelt op grond van de feitelijke elementen die hem aangaande de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoten voorliggen op het ogenblik dat hij uitspraak doet.

Zijn beslissing ten gronde is steeds vatbaar voor herziening, indien er zich op een bepaald ogenblik, in de loop van het echtscheidingsgeding wijzigende omstandigheden voordoen, die nog niet bestonden ten tijde van de vorige uitspraak en die toen niet aan de voorzitter werden voorgelegd of die wel reeds bestonden maar op dat ogenblik niet gekend waren aan de belangheb-



bende partij en die bijgevolg ook geen rechtsmiddel kon aanwenden (Antwerpen 8 december 2004, *NJW* 2005, 668, noot G. VERSCHELDEN).

Kortom de beschikking van de voorzitter geldt *rebus sic stantibus* (S. MOSSELMANS, “De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffeningverdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 273; K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 14). De voorzitter oordeelt hierbij soeverein of de feitelijke elementen die worden aangebracht, een afdoende gewijzigde omstandigheid uitmaken (Luik 1 december 1999, *RTDF* 2000, 654; Antwerpen 9 februari 2000, *AJT* 2000-01, 717; Antwerpen 11 april 2000, *AJT* 2000-01, 694).

Daarbij volstaat het niet om de huidige werkelijke toestand van de echtgenoten te vergelijken met de toestand die de rechter bij het toekennen van de uitkering in aanmerking heeft genomen en die op dat ogenblik niet met hun werkelijke toestand overeenstemde, als aan de rechter de relevante feitelijke gegevens of bewijsstukken aangaande de werkelijke toestand konden worden voorgelegd maar de echtgenoten nagelaten hebben dit te doen (Cass. 18 april 2002, *RW* 2002-03, 1298, *RTDF* 2004, 997 (verkort) en *Pas.* 2002, 925, concl. DUBRULLE).

**645** Geen enkele wettelijke bepaling of algemeen rechtbeginsel staat eraan in de weg dat, in geval van gewijzigde omstandigheden, het onderhoudsgeld zou verminderd of afgeschaft worden vanaf een bepaald ogenblik voorafgaand aan de datum van het instellen van deze vordering (Cass. 17 juni 1999, *RTDF* 2000, 628).

In geval van wijziging van een vorige uitspraak die met betrekking tot de referentiestandaard gezag van gewijsde heeft, betekent het feit dat de voorzitter diezelfde referentiestandaard dan anders zou gaan beoordelen dat het gezag van gewijsde van de eerste uitspraak zou worden geschonden (Vred. Westerlo 31 januari 1997, *AJT* 1998-99, 137, noot B. POELEMANS).

**646** Indien naderhand zou blijken dat een echtgenoot bepaalde gegevens zou verzwegen hebben, zodat de voorzitter ermee geen rekening kon houden in het kader van de begroting van de referentiestandaard, lijkt de herroeping van gewijsde de enige oplossing te bieden.

c. Verblijf in het aangewezen huis

**647** De exceptie van artikel 1281 Ger.W., dat stelt dat de onderhoudsrechtigde die de verplichting van het verblijf in het aangewezen huis niet nakomt kan worden vervallen verklaard van het recht op alimentatie, kan

echter niet louter aangewend worden als een middel om de afschaffing van het onderhoudsgeld na te streven.

De sanctie dat het onderhoudsgeld wordt herzien of opgeheven, zal enkel worden opgelegd wanneer in hoofde van de onderhoudsgerechtigde een schuldig verzuim wordt weerhouden.

Het bewijs van dit schuldig verzuim dient door de partij te worden aange- toond die zich op de exceptie beroept. Zo uit de feitelijke omstandigheden blijkt (onder meer wanneer de adreswijziging al lang en zonder formeel verzet gekend was) dat de exceptie enkel wordt ingeroepen om aan de onderhouds- plicht te ontsnappen, zal deze ongegrond verklaard worden (Brussel 5 mei 1995, *Echtsch.* 1995, 112).

Het hof van beroep te Antwerpen paste artikel 1281 Ger.W. toe waar het besliste tot een in de tijd beperkte afschaffing van de onderhoudsuitkering van de echtgenote die niet verbleef gedurende de ganse echtscheidingsprocedure in de aangewezen woning, zonder daarvoor een afdoende rechtvaardiging te kunnen geven. De periode van opheffing liep vanaf de laatste dag van in- schrijving op het aangewezen adres tot op de datum waarop de echtgenote gemachtigd werd om op haar nieuw adres te verblijven (Antwerpen 8 decem- ber 2004, *NJW* 2005, 668, noot G. VERSCHELDEN).

### 3. Begroting van de onderhoudsverplichting en methodiek

#### a. Criteria

**648** In het kader van de bespreking van de hulp- en bijdrageplicht tussen echtgenoten (art. 213 BW en 221 BW) werd hierboven reeds gesteld dat moet worden rekening gehouden met de criteria die o.a. in de arresten van 26 april 2004, 9 september 2004, 16 april 2004, 2 mei 2005, 25 november 2005 en 25 januari 2007 door het Hof van Cassatie werden weerhouden (Cass. (3de kamer) 26 april 2004, *EJ* 2005 (verkort), 30, noot E. VAN DER VELPEN, *Pas.* 2004, afl. 4, 711 en *RTDF* 2004, 1025, noot N. DANDROY; Cass. (1ste kamer) 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283, *RW* 2006-07, 55 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDROY; Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97 noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221 noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDROY; Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J.-E. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543, noot; Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079 en *RW* 2006-07, 1521; Cass. (1ste ka- mer) 25 januari 2007, *Div.Act.* 2007, 74, noot N. GALLUS, *RTDF* 2007, 454, noot N.D., *JLMB* 2007, 1591 en *Larcier Cass.* 2007, 106). Zie hierover meer uitgebreid *boven*, onder de nrs. 549-556.

**649** Samengevat komen die criteria hierop neer dat:

- een onderhoudsgeld niet enkel bedoeld is om een billijke (en gelijke) verde- ling van de netto-inkomsten van de echtgenoten te verzekeren;

- een onderhoudsgeld moet worden geraamd zodanig dat de uitkeringsgerechtigde echtgenoot in staat is de levensstijl aan te houden die hij zou hebben gehad indien er geen scheiding was geweest;
- teneinde de draagkracht van de onderhoudsplichtige te ramen, moet worden rekening gehouden met niet te herleiden lasten die een onevenwicht veroorzaken in de draagkracht van elk van de echtgenoten.

Vermits het onderhoudsgeld dat tussen echtgenoten in het kader van een echtscheidingsprocedure wordt toegekend een toepassing is van artikel 213 BW en artikel 221 BW moeten dus dezelfde principes worden toegepast, zij het dat reeds moet worden rekening gehouden met bepaalde incidenties op de latere vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel (S. BROUWERS, “De begroting van een onderhoudsgeld tussen echtgenoten en de impact daarop van het ‘woonstvoordeel’” (noot onder Antwerpen 1 december 2004), *Not.Fisc.M.* 2006, 23).

#### b. Referentiestandaard

**650** Bij het begroten van het onderhoudsgeld (in kort geding bij toepassing van art. 1280 Ger.W. of door de vrederechter bij toepassing van art. 213 BW, art. 221 BW of art. 223 BW) zal de rechter zich in eerste instantie een beeld vormen van de (gemiddelde) levensstandaard, bestaande tijdens het samenleven van de echtgenoten om in tweede instantie dan het inkomen, de draagkracht en de noden van ieder van hen te beoordelen.

Hij zal daarbij oordelen of zij elk over de mogelijkheid beschikken om op een gelijkwaardige wijze in hun persoonlijk onderhoud te kunnen voorzien (Bergen 11 januari 2005, *Div.Act.* 2007, 169).

Is dit niet het geval voor de onderhoudsgerechtigde dan moet het onderhoudsgeld deze toelaten over een gelijkwaardig financieel budget te beschikken teneinde in dit persoonlijk onderhoud te kunnen voorzien. Dit persoonlijke budget bestaat in principe uit de helft van het globale budget dat het echtpaar ter beschikking staat om in hun persoonlijk onderhoud te voorzien.

Bedoeling is dat de onderhoudsgerechtigde in de gelegenheid wordt gesteld een levensstandaard te behouden zoals dit het geval zou geweest zijn indien de scheiding zich niet had voorgedaan (Cass. 30 januari 1998, *Pas.* I, 1998, 54; Cass. 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283, *RW* 2006-07, 55 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDROY; zie ook Luik 14 maart 2006, twee uitspraken, *Div. Act* 2007, 181, waarin wordt gepreciseerd dat de levensstandaard niet noodzakelijk gelijk moet zijn aan de gecumuleerde inkomsten van de echtgenoten, doch ook hoger kan zijn indien de echtgenoten voordelen *in natura* genoten die hun “train de vie” beïnvloedden).

Hierbij moet er rekening mee gehouden worden dat bepaalde lasten zoals de aflossing van een (hypothecaire) lening maar ook voordelen *in natura* zoals de kosteloze bewoning deze levensstandaard zullen beïnvloeden zodat deze niet altijd gelijk is aan het gecumuleerde inkomen van de echtgenoten (KG Bergen

23 april 2004, *Div.Act.* 2004, 105 en *Div.Act.* 2005, 133; N. DANDOY, noot onder Cass. 9 september 2004, *RTDF* 2004, 1045). Bovendien moet er rekening gehouden worden met de fiscale implicaties verbonden aan de betaling van de onderhoudsuitkering (N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 615).

Als gevolg daarvan beperkt de steunplicht zich niet tot een gelijke verdeling van de globale inkomsten, waarover de echtelieden beschikken, temeer daar artikel 217 BW bepaalt dat de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk prioriteit heeft op gebied van de aanwending van de inkomsten (Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079; Brussel 10 januari 2006, *RTDF* 2006, 1191; Brussel 19 januari 2006, *RTDF* 2006, 1198; Brussel 9 februari 2006, *RTDF* 2006, 1210; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2006, 988).

De levensstandaard is afhankelijk van de financiële mogelijkheden, zelfs al is het verband tussen beide begrippen niet noodzakelijk lineair in functie van de evolutie der inkomsten en zelfs ook niet wanneer de verhouding tussen deze twee elementen niet dezelfde is voor ieder echtpaar (Bergen 9 mei 2006, *RTDF* 2006, 1215).

De onderhoudsuitkering tijdens de echtscheidingsprocedure is een uitvoeringsmodaliteit van de verplichting tot het verstrekken van hulp (art. 213 BW). Ieder der echtgenoten ontvangt zijn inkomsten en wendt deze in eerste instantie aan om bij te dragen in de lasten van het huishouden (art. 221 BW) en vervolgens voor zover het gerechtvaardigd is deze aan te wenden voor de noden voor het uitoefenen van zijn beroep (art. 217 BW). Zulks betekent dat niet noodzakelijk ieder der echtgenoten een gelijk aandeel van de eigen inkomsten aanwendt om bij te dragen in de lasten van het huishouden (Cass 25 januari 2007, *JLMB* 2007, 1591, *Div.Act.* 2007, 74, noot N. GALLUS en *RTDF* 2007 454, noot N.D.).

**651** Terwijl de behoeften van de echtgenoot dus in verhouding staan tot de levensstandaard, stemmen de lasten overeen met de werkelijk gedane uitgaven, die niet noodzakelijk in verhouding staan tot de gezamenlijk, door beide echtelieden genoten inkomsten.

Trouwens in het geding over de onderhoudsuitkering, zal veelal de onderhoudsplichtige trachten zijn ingeroepen uitgaven zoveel als mogelijk op te trekken, zodat deze uitgaven meestal zijn werkelijke behoeften zullen overtreffen. Bijgevolg is het van belang dat een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen enerzijds de behoeften in functie van de inkomens en anderzijds de ingeroepen lasten (N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 596).

De financieel sterkere echtgenoot zal bijdragen om de minder sterkere zoveel als mogelijk in staat te stellen de levensstandaard te behouden (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 9).

Volgens bepaalde rechtspraak kan daarbij geen rekening gehouden worden met de begroting van het onderhoudsgeld die de vrederechter maakte in het kader van een voorgaande procedure dringende voorlopige maatregelen, bij toepassing van artikel 223 BW, gezien de omstandigheden totaal anders waren (KG Gent 28 mei 2001, *TGR* 2001, 328). Deze maatregelen vormen geen vergelijkingsbasis, waar ze een ander karakter hebben en volgens het hof van beroep te Antwerpen ook een andere rechtsgrond hebben (Antwerpen 9 oktober 1995, *Echtsch.* 1995, 137).

**652** Indien zou blijken dat de onderhoudsgerechtigde een alimentatie zou genoten hebben, die in functie van de levensstandaard tijdens het echtelijk leven, te hoog is, dan geeft zulks aanleiding tot vergoeding in het kader van de bewerkingen van de vereffening en verdeling (Luik 15 april 1997, *JLMB* 1998, 1203). Het teveelbetaalde onderhoudsgeld heeft het karakter van een onverschuldigde betaling, en de onderhoudsplichtige kan dan ook tot de recuperatie hiervan overgaan (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 18).

**653** De rechtspraak en rechtsleer is erover verdeeld of het criterium van de “levensstandaard van tijdens het echtelijk leven”, op grond waarvan het onderhoudsgeld wordt bepaald, strikt moet worden geïnterpreteerd.

Voorstanders van een strikte interpretatie stellen dat een verhoging van het onderhoudsgeld slechts mogelijk is in functie van het behoud van de levensstandaard (Luik 1 december 1999, *RTDF* 2000, 654). Hiertoe wordt onder meer verwezen naar de cassatiearresten van 18 oktober 1963 en 5 december 1969 (Cass. 18 oktober 1963, *RW* 1963-64, 1862; Cass. 5 december 1969, *Pas.* 1970, I, 314).

De andere strekking meent dat zolang het huwelijk niet ontbonden is, iedere echtgenoot recht heeft om te participeren in de nieuwe, verhoogde levensstandaard van de andere echtgenoot, in acht genomen de inkomsten en lasten die zij respectievelijk hebben. De feitelijke scheiding mag immers geen invloed hebben op de impact van de echtelijke verplichtingen (KG Brussel 28 februari 2000, *RTDF* 2001, 692).

Indien men echter de levensstandaard weerhoudt die echtgenoten zouden genoten hebben, indien er geen feitelijke scheiding zou tussengekomen zijn, wat het standpunt is van het Hof van Cassatie, dan moet men wel vaststellen dat de levensstandaard als referentiecriterium een evolutief karakter heeft.

(Cass. 30 januari 1998, *RW* 1998-99, 1188; Cass. (1ste kamer) 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283, *RW* 2006-07, 55 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDOY; Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079 en *RW* 2006-07, 1521).

Men zou dus kunnen stellen dat de levensstandaard van tijdens het echtelijke leven een minimumbasis uitmaakt, doch dat dit niet belet dat de onderhoudsgerechtigde een onderhoudsgeld kan bekomen in functie van de gestegen inkomsten en mogelijkheden van de onderhoudsplichtige, dat de levensstandaard overstijgt van vóór de feitelijke scheiding en zulks voor zolang het huwelijk nog bestaat (Brussel 13 december 2001, *JLMB* 2004, 200; N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 599-600; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 25).

Waar het Hof van Cassatie in duidelijke bewoordingen poneert (Cass. 9 september 2004, *JT* 2005, 290, noot, *Pas.* 2004, afl. 7-8, 1283, *RW* 2006-07, 55 en *RTDF* 2004, 1030, noot N. DANDOY) dat de onderhoudsverplichting ertoe strekt de onderhoudsgerechtigde echtgenoot in de gelegenheid te stellen een levensstandaard te behouden zoals dit het geval zou geweest zijn indien de scheiding zich niet had voorgedaan, kan hieruit anderzijds dan weer worden afgeleid dat de echtgenoten na de scheiding hun inkomsten onder elkaar verdelen, maar eveneens het onvermijdelijk verlaagd levensniveau, ingevolge de stijging van de uitgaven, veroorzaakt door de uitsplitsing van hun huishouding (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 887).

**654** Zoals hierboven reeds gesteld, legt de hulpverplichting ieder van de echtgenoten op om te participeren in eenzelfde levensstandaard, hetgeen niet noodzakelijk impliceert dat beiden over eenzelfde inkomensniveau moeten beschikken (Cass. 26 juni 1995, *EJ* 1996, 5, noot J. ROODHOOFT en *Div.Act.* 1997, 25; Cass. 26 april 2004 *EJ* 2005 (verkort), 30, noot E. VAN DER VELPEN, *Pas.* 2004, afl. 4, 711 en *RTDF* 2004, 1025, noot N. DANDOY; Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079 en *RW* 2006-07, 1521; Cass. (1ste kamer) 25 januari 2007, *JLMB* 2007, 1591, *Div.Act.* 2007, 74, noot N. GALLUS en *RTDF* 2007, 454, noot N.D). Aan de hulpplicht is voldaan van zodra ieder van de echtgenoten beschikt over een geldsom, noodzakelijk om de regelmatige uitgaven, die gemaakt worden alsof er zich geen feitelijke scheiding had voorgedaan, te bestrijden.

**655** N. DANDOY stelt vast dat deze zienswijze, zij het impliciet, door een belangrijk deel van de rechtspraak gevolgd wordt (Luik 18 februari 2003, *RRD* 2003, 140; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 30-31, met verwijzing naar niet gepubliceerde rechtspraak). Bijgevolg kan, indien een van de echtgenoten weigert zijn reële inkomsten mede te delen,

de levensstandaard geëvalueerd worden aan de hand van de samenstelling van de gemaakte uitgaven.

### c. Draagkracht van de onderhoudsgerechtigde

**656** Zoals reeds werd uiteengezet, beoogt de onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure, de onderhoudsgerechtigde in de gelegenheid te stellen, in zijn persoonlijk onderhoud verder te blijven voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het echtelijk leven. Rekening zal aldus gehouden worden met de concrete noden van de onderhoudsgerechtigde (Gent 3 april 1995, *Echtsch.* 1995, 147). Deze noden zullen weerhouden worden voor zover ze in overeenstemming zijn met de levensstandaard van de echtgenoten tijdens hun echtelijk samenleven (N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 617; Bergen 16 september 1997, *RTDF* 1998, 632).

Met betrekking tot de l a s t e n, dient verwezen te worden naar het cassatie-arrest van 26 april 2004 waarin gesteld wordt dat het bedrag van de onderhoudsuitkering moet worden begroot, rekening houdend met de behoeften van de onderhoudsgerechtigde. De behoefte van de onderhoudsgerechtigde beperkt zich niet tot het vereffenen van de vaste kosten, maar moet de onderhoudsgerechtigde toelaten dezelfde levensstandaard te behalen als de andere echtgenoot. Een onderzoek naar de lasten is dan ook niet nodig, tenzij dan het weerhouden van de uitzonderlijke uitgaven, zijnde de uitgaven die voor de echtgenoot onvermijdelijk zijn en die zijn budget in belangrijke mate aantasten, met als gevolg dat de gelijkwaardige levensstandaard niet meer gehaald wordt als deze van andere echtgenoot. Als uitzonderlijke uitgaven kan bijvoorbeeld verwezen worden naar zware gezondheidsuitgaven (Cass. 26 april 2004, *RTDF* 2004, 1025; zie ook Brussel 6 juni 2006, *Act.dr.fam.* 2009, 25, dat rekening houdt met de huurkosten en met het onderhoud van het gemeenschappelijk kind; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 893-894).

**657** De financiële situatie van de echtgenoten, verwickeld in een echtscheidingsgeding mag volgens een bepaalde rechtspraak niet aldus beoordeeld worden dat er verwezen wordt naar de berekeningswijze van het onderhoudsgeld gehanteerd in een procedure overeenkomstig artikel 223 BW (Gent 8 januari 2004, *RABG* 2004, 1266; KG Rb. Gent 28 mei 2001, *TGR* 2001, 328).

Evenmin is de voorzitter gebonden aan de uitspraak over de onderhoudsverplichting, tussengekomen in het kader van een reeds in het verleden gevoerde echtscheidingsprocedure (KG Nijvel 17 mei 1991, *RTDF* 1992, 311).

**658** Indien een bepaalde levensstandaard kon worden gevolgd door de onderhoudsgerechtigde omdat zij regelmatig opnamen deed van haar kapitaal om zich extra's te kunnen veroorloven, dan kan hiermede geen rekening gehouden worden bij het begroten van het onderhoudsgeld. In geval van feitelijke scheiding mag niet verlangd worden dat zij nog afnamen zou doen, er kan enkel

rekening worden gehouden met de renten van dit kapitaal. Anderzijds mag van de onderhoudsplichtige niet worden verwacht dat hij zou moeten opdraaien voor het behoud van een “train de vie” waarvoor zijn echtgenote had gekozen middels het aanspreken van haar kapitaal (KG Brussel 26 april 2007, *RTDF* 2008, 121).

#### – Concubinaat

**659** Er zal rekening gehouden worden met de actuele en bijzondere levensomstandigheden van de onderhoudsgerechtigde, zoals onder meer het feit dat hij of zij in een overspelig concubinaat leeft dat een rechtstreekse invloed heeft op de materiële situatie.

Indien zou blijken dat het concubinaat een materiële situatie oplevert die de overspelige echtgenoot in de gelegenheid stelt om op een gelijkwaardige wijze in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien, ingevolge het kostendelend samenwonen, dan kan de onderhoudsvordering afgewezen worden.

Het feit dat de onderhoudsgerechtigde in de loop van het echtscheidingsgeding kostendelend gaat samenwonen, maakt een nieuw feit uit, t.t.z. een wijzigende omstandigheid, die aanleiding kan geven tot herziening van de onderhoudsverplichting (Gent 22 juni 2007, *NJW* 2008, 741, noot G. VERSCHULDEN en *Act.dr.fam.* 2008, 197, het ging om een lat-relatie; KG Brussel 8 september 1995, *RTDF* 1996, 217: *in casu* betrof het een provisionele uitkering na echtscheiding).

Bij de begroting van de onderhoudsuitkering kan rekening gehouden worden met de feitelijke samenwoning met een partner, zonder dat de voorzitter zich mag inlaten met de schuldvraag (Luik 25 oktober 2005, *JLMB* 2006, 1009).

Nochtans behoort het aan de onderhoudsplichtige om het bewijs te leveren dat de onderhoudsgerechtigde geheel dan wel gedeeltelijk door een derde in zijn levensonderhoud wordt voorzien (Bergen 8 oktober 2002, *Rev.not.b.* 2004, 114).

In een arrest van 21 januari 2004 oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat het alimentaire karakter van de onderhoudsverplichting voor gevolg heeft dat, wanneer de onderhoudsgerechtigde gaat samenwonen met een ander, de onderhoudsplichtige zijn onderhoudsverplichting conform artikel 213 BW schendt door op te houden de uitkering niet meer te voldoen (aangehaald in E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 126, nr. 22). Zie echter het cassatiearrest van 22 december 2006 waarin dit standpunt niet wordt gevolgd (Cass. 22 december 2006, *EJ* 2007, 2, noot C. AERTS, *RW* 2006-07, 1153, noot S. MOSSELMANS en *RTDF* 2007 noot N. DANDROY).

– De bijdrage in het onderhoud van het niet-zelfstandig kind, geboren uit een andere relatie

**660** Ook al kan de andere echtgenoot noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks gehouden zijn in het onderhoud van het kind, geboren uit een andere



relatie, terwijl al evenmin kan worden rekening gehouden met de kinderbijslag die de andere echtgenoot-ouder ontvangt, is het een realiteit dat het onderhoud van het kind een inkomstenverlaging voor gevolg heeft in hoofde van de onderhoudsplichtige ouder. Bijgevolg moet met deze onderhoudsverplichting, die van openbare orde is, wel rekening gehouden worden in zoverre dat deze een niet uit te sluiten last uitmaakt, die van de eigen inkomsten van de echtgenoot-onderhoudsplichtige ouder in mindering dienen gebracht te worden (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2006, 994-995).

– Inspanningen en mogelijkheden

**661** Alleszins zal, rekening houdend met de concrete omstandigheden, aangetoond dienen te worden dat de bijdrageplicht in hoofde van de onderhoudsplichtige actueel is (Luik 19 juni 2001, *JLMB* 2002, 150, noot S. THIELEN; Antwerpen 11 april 2000, *AJT* 2000-01, 694). Er wordt geen rekening gehouden met toekomstige gebeurtenissen, doch enkel met de actuele inkomsten en lasten (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 130, nr. 39, zie ook 134).

Worden als relevante elementen weerhouden om na te gaan of geheel dan wel gedeeltelijk de onderhoudsgerechtigde in zijn eigen onderhoud zou kunnen voorzien, de concrete gegevens zoals opleiding, leeftijd, gezondheidstoestand en de kinderlast (Antwerpen 11 april 2000, *AJT* 2000-01, 604; KG Brussel 28 februari 2000, *RTDF* 2001, 692; KG Gent 28 mei 2001, *TGR* 2001, 328; K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 11, nr. 46).

In functie van deze concrete gegevens zal de onderhoudsschuldeiser dienen aan te tonen dat de nodige stappen ondernomen werden om in een persoonlijk inkomen te voorzien.

Het bewijs dat de nodige inspanningen geleverd werden om in zijn persoonlijk onderhoud, in functie van de geldende referentiestandaard te voorzien, rust op de echtgenoot die een onderhoudsvordering instelt (Bergen 8 november 2000, *RTDF* 2002, 663).

**662** Wanneer de onderhoudsschuldeiser een opleiding genoten heeft, op grond waarvan hij of zij in een eigen onderhoud kan voorzien door middel van inkomsten uit arbeid, zal deze mogelijkheid aangewend moeten worden. Deze echtgenoot kan onmogelijk van de andere eisen dat verder in het persoonlijk onderhoud wordt voorzien, teneinde de mogelijkheid te bieden zich ondertussen te specialiseren (KG Verviers 11 januari 2001, *JLMB* 2001, 573). De onderhoudsgerechtigde die in staat is om een voltijdse betrekking te zoeken en alzo over een hoger, eigen inkomen zal kunnen beschikken teneinde de

gelijkwaardige levensstandaard te bereiken, zal slechts een onderhoudsgeld toegekend krijgen gedurende een overgangperiode, die hem in staat moet stellen deze voltijdse betrekking te bekomen (Brussel 12 september 2000, *AJT* 2001-02, 551). De voorzitter is dus in de gelegenheid om het onderhoudsgeld te beperken in de tijd.

**663** In het kader van de hulpplicht tussen echtgenoten (art. 213 BW) is geen wettelijke verplichting bepaald dat met de mogelijkheden van de onderhoudsgerechtigde dient rekening gehouden te worden, zoals dit wel het geval is in het kader van de onderhoudsuitkering na echtscheiding, conform artikel 301 BW.

Daarnaast kan van de onderhoudsgerechtigde moeilijk verwacht worden dat onmiddellijk, t.t.z. nadat de feitelijke scheiding is tussengekomen, naar werk gezocht wordt, wanneer deze echtgenoot met andere zorgen en noden geconfronteerd wordt, die rechtstreeks voortspruiten uit de feitelijke scheiding.

Een zekere termijn moet echter volstaan opdat de onderhoudsgerechtigde, conform de mogelijkheden over een eigen beroepsinkomen kan beschikken (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 34). Anderzijds kan niet worden verwacht dat, rekening houdend met de leeftijd en het feit dat geen opleiding genoten werd, noch een professionele ervaring werd opgedaan tijdens het echtelijke leven, de onderhoudsgerechtigde een arbeidsintensieve lucratieve taak kan vinden, die geen beroepskwalificaties vereist (KG Oudenaarde 31 mei 2002, ARK 98/4/C, onuitg.).

Bij het bepalen van de financiële mogelijkheden van de partijen moet er rekening gehouden worden met hun inkomsten ten tijde van de periode waarbinnen de onderhoudsplicht moet worden uitgevoerd (beroepsinkomen; roerend en onroerend inkomen en met de gebruikelijke en gewone lasten of de afwezigheid ervan), waarbij het iedere partij toekomt zijn budget te beheren, zoals hij het verkiest, maar nadat de onderhoudsplicht voor de kinderen werd nagekomen en nadat de voor de echtgenoot of echtgenote vereiste onderhoudsbijdrage werd bepaald. De rechter kan rekening houden met de virtuele inkomsten, dit wil zeggen met de inkomsten die zij zich normaal zouden moeten kunnen verschaffen rekening houdende met hun leeftijd, hun vorming, hun gezondheid en hun beschikbaarheid. Daarbij kan ook de duur van het samenleven een rol spelen (Brussel 13 januari 2005, *NJW* 2005, 707).

De voorzitter in kort geding kan de mogelijkheden, waarover de onderhoudsgerechtigde beschikt, in feite beoordelen en, rekening houdend met de concrete omstandigheden, oordelen dat de onderhoudsgerechtigde niet verplicht wordt om een bestaande taak- en rolverdeling te verlaten om zijn vroegere levensstandaard te behouden (Cass. 27 november 2007, *T.Fam.* 2008, 62 noot P. SENAËVE, en *RTDF* 2008, 424 en 857, hier heeft het arrest echter als datum 29 november 2007). De voorzitter beschikt dus over een ruime appreciatie-

marge, zodanig dat de onderhoudsgerechtigde echtgenote kan vorderen, zich steunend op specifieke omstandigheden, hetzij een redelijke overgangperiode te bekomen om de eigen inkomsten te verhogen door verhoogde arbeidsprestaties te gaan leveren, hetzij door, ten voorlopige titel, geen rekening te houden met haar grotere arbeidsmogelijkheden, teneinde over een onderhoudsuitkering te beschikken, die niet beperkt is in de tijd of met een zeer ruime overgangperiode. Wel te verstaan rust op de onderhoudsgerechtigde de plicht om het bewijs te leveren van de concrete omstandigheden die deze “vrijstelling” verantwoorden (P. SENAËVE, “Het in rekening brengen van de mogelijkheid om beroepsinkomsten te verwerven in het kader van de voorlopige maatregelen” (noot onder Cass. 27 november 2007), *T.Fam.* 2008, 64).

Er dient dus een evenwicht nagestreefd te worden in het kader van de echte-lijke hulpverplichting tussen enerzijds de onderhoudsplicht in hoofde van de schuldenaar en anderzijds de verantwoordelijkheid die de onderhoudsschuldeiser heeft om het beroep op de wettelijke onderhoudsverplichting te beperken tot het noodzakelijke en ieder misbruik ervan te vermijden.

Het komt aldus de rechter toe om dit evenwicht te determineren. Daartoe beschikt, zoals al gesteld, deze over de mogelijkheid om de onderhoudsuitkering in de tijd te beperken, hierbij rekening houdend met de mogelijkheden en kansen van de onderhoudsgerechtigde op de arbeidsmarkt (Luik 24 juni 2003, *RTDF* 2004, 157; KG Brussel 15 juli 2004, *RTDF* 2004, 1116).

**664** De onderhoudsgerechtigde zal eveneens de nodige inspanningen dienen te leveren om inkomsten te verwerven uit het eigen patrimonium, zoals het verhuren van de eigen onroerende goederen (Antwerpen 29 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 114).

Als gemeenschappelijk een appartement wordt verhuurd, kan de rechter aan één partij toelaten om de huurgelden te innen ten titel van onderhoudsgeld mits deze ook de hypothecaire lasten en de verzekering van het appartement draagt (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 132, 45).

– OCMW

**665** De steun die de onderhoudsschuldeiser ontvangt van het OCMW kan niet beschouwd worden als een bepaald en definitief inkomen, dat weerhouden moet worden bij de beoordeling en begroting van de onderhoudsplicht in hoofde van de onderhoudsschuldenaar.

De echtgenoot beschikt niet over een subjectief recht op deze hulpverlening, zoals dit wel het geval is bij andere sociale uitkeringen, zoals werklozensteun en ziektevergoeding (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 594-595).

Daartegenover staat dat de tussenkomst van het OCMW gekoppeld kan worden aan de verplichting de onderhoudsplichtige in rechte aan te spreken zijn onderhoudsplicht na te komen. De hulpverlening van het OCMW blijft dan ook ondergeschikt aan de familiale onderhoudsverplichtingen (Brussel 5 december 2000, *T.Vred.* 2001, 151; Brussel 22 juni 2006, *Act.dr.fam.* 2009, 28).

Aldus behoort het niet tot de wettelijke taak van het OCMW om zich in de plaats te stellen van de onderhoudsverplichting die tussen echtgenoten bestaat. Slechts nadat de respectievelijke inkomsten, mogelijkheden en uitgaven van beide echtgenoten beoordeeld zijn geworden, kan nagegaan worden of de hulpverlening van het OCMW blijft bestaan (Bergen 6 december 2000, *RTDF* 2002, 665).

Volgens een andere strekking, weliswaar in het kader van de uitkeringsplicht na echtscheiding, moet er met de uitkeringen van het OCMW in het kader van het bestaansminimum wel rekening gehouden worden (P. SENAEVE en D. SIMOENS, *OCMW-dienstverlening en bestaansminimum; praktische handleiding*, Brugge, die Keure, 1995, 66, nr. 148 en 344, nr. 791).

Dit laatste kan verwondering wekken want op die manier kan de uitkeringsplichtige een stuk van zijn uitkering afschuiven op de gemeenschap. Bovendien wordt de hulp van het OCMW bepaald in functie van de inkomsten van de uitkeringsgerechtigde waaronder de onderhoudsuitkering en niet omgekeerd (zie in die zin: Bergen 16 november 1999, *JT* 2000, 201; anders: Bergen 6 december 2000, *RTDF* 2002, 665; zie ook N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF*, 2002, 594).

#### – Sociale uitkeringen

**666** De uitkeringen die de onderhoudsgerechtigde als inkomsten ontvangt, zoals een gehandicaptenuitkering, kunnen eveneens aanleiding geven tot problemen indien de omvang ervan bepaald wordt op basis van de onderhoudsuitkering die zal worden toegekend. Bij de begroting van de alimentatie kan de sociale uitkering buiten beschouwing gelaten worden, doch onder het voorbehoud dat naderhand tot herziening van de onderhoudsuitkering wordt overgegaan, doordat ondertussen het bedrag van de sociale uitkering gekend is (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 892).

In een casus waar beide echtgenoten slechts konden beschikken over een gering gezinsinkomen, de vrouw had geen inkomsten, de man beschikte over € 1.300,00 per maand en er was nog een kind ten laste, besliste het hof van beroep te Bergen dat de hulpplicht tussen echtgenoten voortgaat op de openbare hulpverlening zodat er nog steeds een grondslag was om een onderhoudsgeld toe te kennen hoe klein ook het bedrag was (Bergen 8 november 2006, *RTDF* 2008, 425; in dezelfde zin: Brussel 22 juni 2006, *Act.dr.fam.* 2009, 28).

## – Evaluatie van de inkomsten

**667** Teneinde het bedrag van de onderhoudsuitkering te bepalen, is het essentieel dat het inkomen van ieder der echtgenoten begroot wordt, ongeacht het inkomstenniveau waarover zij beschikken.

De evaluatie van de inkomsten en bij gebreke daaraan de uitgaven (zie *verder*), strekt ertoe de rechter in de gelegenheid te stellen om de concrete financiële situatie van ieder der echtgenoten af te wegen om uiteindelijk tot een correcte inschatting van de hulpplicht te kunnen komen.

In het kader van deze begroting zal de rechter beroep doen op de beschikbare documenten, waarvan eventueel de overlegging bevolen kan worden. Eventueel kan dit, voornamelijk ingeval de echtgenoten over hoge inkomsten beschikken, door een deskundigenonderzoek te bevelen.

**668** Aan de hand van zekere vaststaande gegevens kan de begroting van de inkomsten gebeuren op grond van *vermoedens* (art. 1353 BW). Vermoedens kunnen onder meer weerhouden worden, indien een echtgenoot, zelfs na het opleggen van een onderzoeksmaatregel, weigert zijn medewerking te verlenen bij de evaluatie van zijn inkomsten.

De rechter kan bijgevolg ook verwijzen naar de vastgestelde beroepsuitgaven, die manifest in wanverhouding staan tot de verworven inkomsten, alsook met de wezenlijke, niet-verklaarbare verschillen tussen de inkomsten ten tijde van het echtelijke geschil met deze van de voorbije jaren (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 32).

Vermoedens kunnen enkel in aanmerking komen wanneer ze:

- gewichtig zijn;
- duidelijk; en
- overeenstemmend zijn.

De rechter mag uit de door hem vastgestelde feiten geen gevolgtrekkingen maken, die op grond van die feiten niet kunnen worden verantwoord (Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 40; Cass. 22 oktober 2004, [www.cass.be](http://www.cass.be)). Evenmin mag hij uit die feiten gevolgen trekken, die daarmee geen enkel verband houden (Cass. 11 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 183; Cass. 19 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 325).

**669** Ook met de *virtuele* inkomsten waarover de onderhoudsgerechtigde kan beschikken, dient rekening gehouden te worden. Regelmatig wordt verwezen naar de mogelijkheden op de arbeidsmarkt, waarover de onderhoudsgerechtigde beschikt teneinde over een eigen beroepsinkomen te beschikken. De rechter begroot het virtueel maandinkomen van deze echtgenoot aan de hand van de genoten opleiding of het gemis eraan, de leeftijd en de periode dat geen beroepsactiviteiten werden uitgeoefend, hierbij rekening houdend met de geleverde inspanningen om een tewerkstelling te bekomen sedert de aanvang van de procedure (Luik 24 juni 2003, *RTDF* 2004, 157; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée

– Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 33-34). Dit leidt dan veelal tot een verminderde onderhoudsuitkering dan wel een beperking in de tijd van de uitkering, of de combinatie van beide (N. DANDOUY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 891).

**670** Met de persoonlijke lasten en uitgaven, zowel in hoofde van de onderhoudsgerechtigde als in hoofde van de onderhoudsplichtige, kan geen rekening gehouden worden. Uitsluitend de kosten verbonden aan het onderhoud en de opvoeding van de niet-zelfstandige kinderen en deze betreffende de huisvesting worden weerhouden (Bergen 11 februari 2003, *RTDF* 2004, 141; Brussel 22 mei 2003, *RTDF* 2004, 1060; Brussel 3 juni 2003, *RTDF* 2004, 1074; zie ook Brussel 6 juni 2006, *Act.dr.fam.* 2009, 25; N. DANDOUY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 893).

Deze rechtspraak strookt niet geheel met het arrest van het Hof van Cassatie van 16 april 2004 (Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97 noot A.-M. BOUTDART, *RABG* 2004, 1221 noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOUY) en dit van 2 mei 2005 (Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543 noot) waaruit blijkt dat de rechter een onwettige beslissing zou wijzen, indien hij, teneinde de draagkracht van de vader en de moeder te ramen, geen rekening zou houden met de lasten van medische en farmaceutische aard alsmede met de onreducerbare, met name hypothecaire lasten die op één van hen wegen. Weliswaar betrof het *in casu* een toepassing van artikel 203 BW doch het standpunt dat het Hof innam heeft wat het begrip “lasten” betreft, een ruimere betekenis (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 200; zie m.b.t. het begrip “kosten met een uitzonderlijk karakter”: N. DANDOUY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1113).

**671** De voorzitter is niet gebonden door de evaluatie van de financiële situatie van de echtelieden gemaakt door de vrederechter in het kader van een voorafgaandelijke procedure op grond van artikel 223, tweede lid BW. Dit betekent dan ook dat de onderhoudsgerechtigde echtgenoot niet verplicht is om nieuwe gegevens die een ingrijpende wijziging betekenen, aan te brengen en te bewijzen, teneinde een onderhoudsuitkering te vorderen die hoger is dan de uitkering die door de vrederechter voordien werd toegekend (Brussel 22 mei 2003, *RTDF* 2004, 1060).

#### d. Draagkracht van de onderhoudsplichtige

##### – Algemeen

**672** Ook voor de onderhoudsplichtige geldt dat zijn reële inkomsten uit eigen goederen en beroepsinkomsten in aanmerking komen ter begroting van het onderhoudsgeld. In vele gevallen zal eenvoudigweg kunnen verwezen worden naar de fiscale gegevens en naar de sociale documenten betreffende de inkomsten uit arbeid die de onderhoudsplichtige geniet op het ogenblik dat de onderhoudsvordering in het kader van het echtscheidingsgeding wordt gesteld.

De draagkracht van de onderhoudsplichtige omvat eveneens de inkomsten uit de eigen goederen, zoals huuropbrengsten en beleggingen in waardepapieren, evenals voordelen *in natura* die genoten worden, zoals de beschikking over een bedrijfsvoertuig, een gratis woonst, doch eveneens de steun van ouders of van de levenspartner (Antwerpen 29 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 114). Wat de regelmatige steun van ouders betreft, oordeelde het Hof van Cassatie, weliswaar in het kader van het bepalen van een uitkering na echtscheiding (art. 301, § 1 BW) dat daarmee geen rekening mag worden gehouden (Cass. 30 oktober 2008, *RAGB* 2009, 253, noot S. BROUWERS).

De samenstelling der inkomsten zal problemen kunnen opleveren, wanneer de onderhoudsplichtige een zelfstandig beroep uitoefent of zijn professionele activiteiten kaders in het bekleden van bestuursmandaten bij rechtspersonen.

Naast de vergoedingen in geld, dient eveneens rekening gehouden te worden met de voordelen *in natura*, die ten laste genomen wordt door de vennootschap zoals bijvoorbeeld de huur van de woning (P.-A. FORIERS en J.-L. RENCHON, “La détermination des revenus de l’associé actif ou du gérant d’une société dans le contexte des litiges relatifs aux obligations alimentaires” in J.-L. RENCHON (ed.), *Les sociétés et le patrimoine familial: convergences et confrontations*, Brussel, Bruylant, 1996, 165).

**673** Op grond van de gegevens dat de onderhoudsplichtige beschikt over een bepaald persoonlijk fortuin, fiscaal aangegeven, mag worden aangenomen dat het kapitaal een jaarlijkse opbrengst van 3 % oplevert, waarmee dient rekening gehouden te worden bij de beoordeling van zijn mogelijkheden. Hij is vrij zijn patrimonium te beheren, doch de wijze van dit beheer mag niet ten nadele zijn van zijn onderhoudsverplichting (Brussel 23 maart 2004, *RTDF* 2005, 775).

Er kan van de onderhoudsplichtige niet worden verlangd dat hij zijn kapitaal aanspreekt om van te leven, wél wordt rekening gehouden met de rente en andere opbrengsten (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 131, nr. 41).

Er dient rekening gehouden te worden met de opleiding van de onderhoudsplichtige en de conjunctuur (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 131, nr. 42). Er wordt zelfs rekening gehouden met de herstelvergoeding die de onderhoudsplichtige ontvangt niettegenstaande die moreel en persoonsgebonden is (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 133, nr. 48).

**674** Evenzeer zal bij de beoordeling van de draagkracht, rekening gehouden worden met de lasten, t.t.z. uitgaven die onvermijdelijk, onveranderlijk zijn en waarop de echtgenoten geen impact hebben om ze verminderd of vermeden te zien worden. Dergelijke lasten verdienen dan ook prioriteit (Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97 noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221 noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY; Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543 noot; *anders* Bergen 26 april 1999, *RTDF* 2000, 634: het hof is van oordeel dat een billijke verdeling van de netto-inkomsten het objectief moet zijn; de respectievelijke lasten en uitgaven zijn niet determinerend, temeer daar iedere echtgenoot zelfstandig zijn inkomen beheert en oordeelt waartoe hij dit inkomen aanwendt; zie m.b.t. het begrip “kosten met een uitzonderlijk karakter”: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1113).

Maken hiervan deel uit, de kosten verbonden aan de onderhoudsplicht ten overstaan van zowel de kinderen uit het huwelijk (Antwerpen 7 maart 2000, *AJT* 2000-01, 812; Bergen 16 november 1999, *RTDF* 2001, 470), als uit een andere relatie geboren (Cass. 5 september 1997, *JLMB* 1998, 356, noot Y.-H. LELEU en *RW* 1997-98, 1438).

**675** Het onderhoudsgeld voor de echtgenoot moet worden bepaald na de vaststelling van het bedrag van het aandeel van de echtgenoot in het onderhoud van hun kinderen (Bergen 16 november 1999, *RTDF* 2001, 470). Dit is het logisch gevolg van het feit dat de kosten verbonden aan deze onderhoudsplicht een last uitmaken waarmede moet worden rekening gehouden.

Ook dienen de noden van de onderhoudsplichtige in acht genomen te worden bij het bepalen van de omvang der onderhoudsverplichting.

– Echtscheiding door onderlinge toestemming

**676** Ook al zijn de onderhandelingen die kaderen in een echtscheiding door onderlinge toestemming, en het ontwerp van voorafgaande overeenkomsten dat echter niet geleid heeft tot de ontbinding van het huwelijk, niet bindend, toch kan de voorzitter hierin een indicatie vinden met betrekking tot de draag-



kracht van de onderhoudsplichtige. Dit maakt dus een feitelijke en soevereine beoordeling uit voor de voorzitter (Bergen 13 december 2000, *RTDF* 2002, 667).

Hij kan echter niet zonder meer beslissen dat de financiële regeling die partijen in de voorafgaande overeenkomsten waren overeengekomen, verder geldt en dat er geen reden is om daar iets aan te wijzigen omdat hij zich steunt op de verbindende kracht van die overeenkomsten. Het Hof van Cassatie oordeelde dat dit in strijd was met artikel 1287, vierde lid Ger.W. (Cass. 18 oktober 2002, *EJ* 2004, 5, noot F. BUYSSENS, *RW* 2003-04, 539, *RTDF* 2004, 1007 en *Pas.* 2002, 1991).

– Voordelen *in natura*, mogelijkheden en virtuele inkomsten

**677** Het voordeel *in natura*, meestal onder de vorm van kosteloze bewoning, levert geen wezenlijk inkomen op, doch heeft wel, al naargelang het geval, een rechtstreekse impact op de noden van de onderhoudsgerechtigde met betrekking tot zijn levensstandaard of op de mogelijkheden van de onderhoudsplichtige (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 891).

Bij de begroting van de onderhoudsuitkering kan rekening gehouden worden met de feitelijke samenwoning met een partner (Luik 25 oktober 2005, *JLMB* 2006, 1009).

Voordelen *in natura* zoals het gratis gebruik van een firmawagen worden ook in aanmerking genomen daar het wegvallen ervan een vermindering van inkomsten voor gevolg zou hebben. Dit geldt ook voor het nettogedeelte van maaltijdcheques (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 132).

Het bezit van belangrijke kapitalen door de onderhoudsplichtige, kan aanleiding geven tot problemen bij het schatten van de reële inkomsten waarover hij beschikt. Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat de onderhoudsplichtige in de gelegenheid is om een gedeelte van zijn onroerend bezit te gelde te maken, teneinde uit de vrijgekomen kapitalen een inkomen te verwerven, begroot op 4 % aan rente, hetzij € 6.000,00 per jaar of € 500,00 per maand (Brussel 8 april 2004, onuitg. vermeld in N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 890). Een dergelijke rente wordt ook weerhouden op het bezit van kapitalen, ongeacht of de termijnrente al dan niet vervallen is en waarbij wordt uitgegaan van het beginsel dat deze kapitalen als een goede huisvader dienen beheerd te worden (Rb. Bergen 23 april 2004, *Div.Act.* 2004, 105).

De onderhoudsplichtige beschikte over een bepaald persoonlijk fortuin, fiscaal aangegeven. Op grond van deze gegevens mag aangenomen worden dat het kapitaal een jaarlijkse opbrengst van 3 % oplevert, waarmede dient rekening gehouden te worden bij de beoordeling van zijn m o g e -

lijkheden. Hij is vrij zijn patrimonium te beheren, doch de wijze van dit beheer mag niet ten nadele zijn van zijn onderhoudsverplichting (Brussel 23 maart 2004, *RTDF* 2005, 775).

Naast de officiële vergoeding die de zaakvoerder van de vennootschap ontvangt voor de geleverde prestaties, wordt eveneens rekening gehouden met andere rechtstreekse en onrechtstreekse voordelen die hij bekomt. Hiertoe wordt verwezen naar de belangrijke uitgaven die de vennootschap maakt voor bijvoorbeeld het voordeel van een personenwagen, de representatiekosten en reizen die gemaakt worden door de onderhoudsplichtige (Brussel 24 oktober 2001, *JLMB* 2004, 193).

Er wordt geen rekening gehouden met zware investeringen in een onroerend goed; een opschorting van de betaling is wel mogelijk voor zover geen inkomsten beschikbaar zijn wegens omstandigheden buiten de wil van de onderhoudsplichtige (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 133-134, nrs. 50-51).

**678** Daarnaast zijn er de virtuele inkomsten, zijnde deze waarvan de onderhoudsplichtige normalerwijze zou kunnen genieten of die hij zou kunnen aanwenden, in functie van zijn mogelijkheden, doch dit niet doet.

Zo zal rekening gehouden worden met de winsten die door toedoen van de onderhoudsplichtige, die meerderheidsaandeelhouder is, niet uitgekeerd worden als vergoeding of als dividenden, doch op een reserverekening van de vennootschap geplaatst worden (Cass. 25 april 1985, *RTDF* 1986, 188; P.-A. FORIERS en J.-L. RENCHON, “La détermination des revenus de l’associé actif ou du gérant d’une société dans le contexte des litiges relatifs aux obligations alimentaires” in J.-L. RENCHON (ed.), *Les sociétés et le patrimoine familial: convergences et confrontations*, Brussel, Bruylant, 1996, 174-176).

Tevens kan in de toekenning van een bedrijfsverzekering worden voorzien of het gratis toebedelen van aandelen in het kader van een kapitaalsverhoging (J. DU MONGH, “Oprichting van een vennootschap tijdens het huwelijk. Beperkingen vanuit het primair huwelijksregime. Oprichtersaansprakelijkheid”, *TPR* 1997, 79 e.v.).

Teneinde de draagkracht van de onderhoudsplichtige-bestuurder van vennootschappen te beoordelen, zullen de fiscale documenten meestal niet volstaan. De voorzitter kan de persoonlijke verschijning van partijen bevelen (art. 992 Ger.W.), alsook de overlegging van welbepaalde stukken, eventueel op verbeurte van een dwangsom, overeenkomstig artikel 877 Ger.W.

Eventueel kan een deskundige onderzoek bevolen worden, en een boekhoudkundige expert aangesteld worden, bijvoorbeeld indien de onderhoudsplichtige meerderheidsaandeelhouder of bestuurder van de vennoot-

schap is (KG Nijvel 7 februari 1997, *RTDF* 1997, 640; Luik 12 februari 1996, *JT* 1996, 559).

In principe dient de voorzitter zich te onthouden van enige inmenging in de werking van een rechtspersoon doch dit wordt niet altijd strikt toegepast: zo werd toch een sekwester aangesteld over het aandelenregister en de handels-exploitatie van een vennootschap (Vred. Zelzate 23 september 2003, *NJW* 2004, 348; het betrof een maatregel in het kader van art. 223 BW doch dit sluit niet uit dat de voorzitter in kort geding in dezelfde zin kan oordelen).

**679** Verder kan de voorzitter overeenkomstig artikel 1280, zesde lid Ger.W., zoals de vrederechter, krachtens artikel 1253*quinquies* Ger.W. aan partijen en derden bevelen alle inlichtingen en bescheiden te verstrekken, waaruit het bedrag van de inkomsten en schuldvorderingen van de echtgenoten kan blijken, bij gebreke waaraan de persoonlijke verschijning van de derde bevolen kan worden (P.-A. FORIERS en J.-L. RENCHON, "La détermination des revenus de l'associé actif ou du gérant d'une société dans le contacte des litiges relatifs aux obligations alimentaires" in J.-L. RENCHON (ed.), *Les sociétés et le patrimoine familial: convergences et confrontations*, Brussel, Bruylant, 1996, 188 e.v.).

Zelfs indien de nodige informatie niet verschaft wordt, is de voorzitter, die soeverein oordeelt, in de gelegenheid om rekening te houden met tekenen en indicieën, zoals het participeren in diverse vennootschappen en het leiden van een luxeleven dat in schril contrast staat met de officiële inkomsten die de onderhoudsplichtige beweert te verwerven, zodanig dat aan dergelijke beweringen geen geloof kan gehecht worden (Gent 28 november 1994, *Echtsch.* 195, 30; Gent 8 mei 1995, *Echtsch.* 1995, 60; Antwerpen 11 april 2000, *AJT* 2000-01, 694).

De huur van riante woningen, de rijke meubilering ervan en het uitgebreide gebruik van creditcards kunnen voldoende tekenen en indicieën zijn dat het inkomen veel hoger ligt dan door de onderhoudsplichtige wordt aangegeven (Gent 6 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 153).

Wanneer de onderhoudsplichtige nalaat de nodige informatie te verschaffen over zijn inkomsten uit de opgezette zelfstandige activiteit, kan de voorzitter, op grond van vermoedens, weerhouden dat de onderhoudsplichtige over officieuze inkomsten beschikt, in acht genomen de economische sector waarin hij actief is (Antwerpen 9 februari 2000, *AJT* 2000-01, 717).

**680** Met kunstgrepen van de onderhoudsplichtige om aan deze verplichting te ontsnappen, dan wel de opheffing of verlaging van het onderhoudsgeld te bekomen, zal de voorzitter geen rekening houden.

Bijgevolg zal geen rekening gehouden worden met het vrijwillig beperken van de arbeidsprestaties en derhalve ook van het inkomen, terwijl de onderhoudsschuldenaar in de gelegenheid is om over een hoger loon te beschikken dan hij klaarblijkelijk verwerft (Brussel 11 mei 1995, *Echtsch.* 1995, 111; Brussel 3 februari 1994, *RTDF* 1996, 170).

**681** Er kan geen rekening gehouden worden met het plots terugvallen op een minimumloon, terwijl tekenen en indiciën voorhanden zijn die wijzen op het blijven voeren van luxe en comfort, zoals in het verleden (Antwerpen 29 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 114).

Het haast opzettelijk gedrag, teneinde de werkgever aan te sporen om tot ontslag over te gaan, laat de onderhoudsplichtige niet toe het bewijs te leveren dat hij zonder inkomsten is en de andere echtgenoot financieel zou kunnen aanspreken (Brussel 24 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 83). Evenmin zal rekening gehouden worden met het faillissement op bekentenis, wanneer blijkt, onder meer aan de hand van briefwisseling met schuldeisers dat deze handelwijze vooropgezet spel is (Brussel 30 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 73).

– Lasten

**682** Bij de beoordeling van de draagkracht zal rekening gehouden worden met de lasten, t.t.z. uitgaven die onvermijdelijk, onveranderlijk zijn en waarop de echtgenoten geen impact hebben om ze verminderd of vermeden te zien worden. Dergelijke lasten verdienen dan ook prioriteit (Bergen 26 april 1999, *RTDF* 2000, 634: het hof is van oordeel dat een billijke verdeling van de netto-inkomsten het objectief moet zijn; de respectievelijke lasten en uitgaven zijn niet determinerend, temeer daar iedere echtgenoot zelfstandig zijn inkomen beheert en oordeelt waartoe hij dit inkomen aanwendt (dit standpunt wordt niet gedeeld door het Hof van Cassatie: Cass. 26 april 2004, *EJ* 2005, 30, noot E. VAN DER VELPEN, *Pas.* 2004, afl. 4, 711 en *RTDF* 2004, 1025, noot N. DANDROY).

Maken hiervan bijvoorbeeld deel uit, de kosten verbonden aan de onderhoudsplicht ten overstaan van zowel de kinderen uit het huwelijk (Antwerpen 7 maart 2000, *AJT* 2000-01, 812; Bergen 16 november 1999, *RTDF* 2001, 470) als uit een andere relatie geboren (Cass. 5 september 1997, *JLMB* 1998, 356, noot Y.-H. LELEU en *RW* 1997-98, 1438).

Met betrekking tot de *l a s t e n*, dient verwezen te worden naar het cassatie-arrest van 26 april 2004 (Cass. 26 april 2004, *EJ* 2005, 30, noot E. VAN DER VELPEN, *Pas.* 2004, afl. 4, 711 en *RTDF* 2004, 1025, noot N. DANDROY) dat weliswaar betrekking heeft op de onderhoudsgerechtigde doch principes toe-past die ook kunnen gebruikt worden voor de onderhoudsplichtige. Hierin wordt gesteld dat het bedrag van de onderhoudsuitkering moet worden begroot, rekening houdend met de behoeften van de onderhoudsgerechtigde. De behoefte van de onderhoudsgerechtigde beperkt zich niet tot het vereffenen van de vaste kosten, maar moet de onderhoudsgerechtigde toelaten dezelfde levensstandaard te behalen als de andere echtgenoot. Een onderzoek naar de

lasten is dan ook niet nodig, tenzij dan het weerhouden van de uitzonderlijke uitgaven, zijnde de uitgaven die voor de echtgenoot onvermijdelijk zijn en die zijn budget in belangrijke mate aantasten, met als gevolg dat de gelijkwaardige levensstandaard niet meer gehaald wordt als deze van de andere echtgenoot. Als uitzonderlijke uitgaven kan bijvoorbeeld verwezen worden naar zware gezondheidsuitgaven (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 893-894; zie m.b.t. het begrip “kosten met een uitzonderlijk karakter”: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1113).

Zie in de context van de lasten ook de arresten van het Hof van Cassatie van 16 april 2004 (Cass. 16 april 2004, *Div.Act.* 2004, 97 noot A.-M. BOUDART, *RABG* 2004, 1221 noot S. BROUWERS, *JT* 2004, 780, *Pas.* 2004, 628 en *RTDF* 2004, 1014, noot N. DANDOY) en van 2 mei 2005 waaruit blijkt dat de rechter een onwettige beslissing zou wijzen, indien hij, teneinde de draagkracht van de vader en de moeder te ramen, geen rekening zou houden met de lasten van medische en farmaceutische aard alsmede met de onreducerbare, met name hypothecaire lasten die op een van hen wegen (Cass. 2 mei 2005, *Div.Act.* 2006, 70, noot J.-E. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 543, noot).

**683** Bij de beoordeling van de lasten die de onderhoudsplichtige te dragen heeft, kan geen rekening gehouden worden met exorbitante uitgaven, zoals bijvoorbeeld een overdreven hoge huurprijs voor de afzonderlijke verblijfplaats (Brussel 13 maart 2002, *RTDF* 2004, 125; Luik 18 februari 2003, *RRD* 2003, 140; Luik 17 juni 2003, *RTDF* 2004, 152).

Nochtans kan moeilijk abstractie gemaakt worden van de financiële lasten en verbintenissen die tijdens het echtelijk samenleven werden aangegaan en die verder, sinds de feitelijke scheiding, dienen afgelost te worden.

**684** De vraag rijst of de nakoming van deze verbintenissen al dan niet voorrang verdient op de uitvoering van de wettelijke onderhoudsplicht tussen echtgenoten.

Zekere rechtspraak stelt dat de onderhoudsplicht prioritair is (Vred. Westerlo 25 januari 2002, *RW* 2002-03, 671; zie ook in vergelijking met de hulpplicht van de overheid: Bergen 8 november 2006, *RTDF* 2008, 425). Nochtans bestaat hieromtrent geen eensgezindheid.

Een andere strekking in de rechtspraak stelt dat de onderhoudsplicht niet mag leiden tot een toestand van armoede in hoofde van de onderhoudsplichtige en dat een minimum aan middelen aan de onderhoudsplichtige dient gelaten te worden, wat voor gevolg heeft dat de onderhoudsuitkering wordt beperkt.

Dit is evenzeer het geval wanneer het verlies aan inkomsten het onrechtstreekse gevolg is van vrijwillige en laakbare feiten in hoofde van de onderhoudsplichtige (Bergen 10 februari 2003, *RTDF* 2004, 429: *in casu* betrof het

wel de mogelijkheid tot bijdrage in de onderhoudsverplichting conform art. 203 BW).

De onderhoudsplichtige moet nog over een eigen minimuminkomen beschikken om in zijn persoonlijk onderhoud te kunnen voorzien. De feitenrechter kan aldus vaststellen dat de inkomsten van de onderhoudsplichtige onvoldoende zijn en hem meer bepaald niet toelaten aan zijn onderhoudsplicht te voldoen zodat de tussenkomst van het OCMW niet langer vereist is (Bergen 6 december 2000, *RTDF* 2002, 665).

Hiertoe wordt het recht op maatschappelijke integratie, verstrekt door het OCMW, als richtsnoer weerhouden (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 40), alsook de inkomstengrenzen, vastgelegd door het KB van 11 juli 2002 onder welke de terugvordering van geleverde prestaties in het kader van de maatschappelijke dienstverlening niet kan geschieden (art. 50 e.v. van het KB 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 juli 2002; Vred. Grâce-Hollogne 16 april 2002, *JLMB* 2002, 1514, noot S.T.).

**685** Er wordt geen rekening gehouden met zware investeringen in een onroerend goed. Een opschorting van de betaling van het onderhoudsgeld is wel mogelijk voor zover geen inkomsten beschikbaar zijn wegens omstandigheden buiten de wil van de onderhoudsplichtige (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 133-134, nr. 50-51).

M.b.t. gemene en onverdeelde lasten die verder, sinds de feitelijk scheiding dienen afgelost te worden dient wel een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de gemene lasten, die als “verloren” dienen beschouwd te worden, zoals bijvoorbeeld een elektriciteitsfactuur en anderzijds de aflossing van een hypothecaire lening waarmee een gemeenschappelijk goed is bezwaard, die een verrijking uitmaakt voor beide, feitelijk gescheiden echtgenoten (Brussel 19 mei 2004, *RTDF* 2006, 1139; Bergen 13 december 2005, *RTDF* 2006, 1196; Bergen 9 mei 2006, *RTDF* 2006, 1215; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2006, 994).

– Netto- of bruto-inkomsten

**686** Twistpunt blijft of bij de beoordeling van het inkomen de netto- dan wel de bruto-inkomsten dienen weerhouden te worden.

In bepaalde rechtspraak wordt de afweging der inkomsten gemaakt aan de hand van de fiscale gegevens, meer bepaald het aanslagbiljet, waarbij als basis het nettobelastbaar inkomen geldt, t.t.z. het inkomen na aftrek van de sociale lasten maar niet de belasting.

Deze beoordeling wordt verklaard doordat de betaalde alimentatie aanleiding geeft tot fiscaal voordeel ingevolge de aftrekbaarheid ervan ten belope van 80 %, terwijl in hoofde van de onderhoudsgerechtigde rekening gehouden moet worden met een mogelijke belastbaarheid van de ontvangen alimentatie ten belope van 80 % (Antwerpen 11 april 2000, *AJT* 2000-01, 695; Antwerpen 30 mei 2001, *AJT* 2001-02, 945; KG Gent 28 mei 2001, *TGR* 2001, 328; zie voor een voorbeeld van het tegenovergestelde standpunt d.w.z. toepassing van het netto-inkomen: Bergen 11 januari 2005, *Div.Act.* 2007, 169).

Rekening houden met nettobedragen, wat betekent dat de bedrijfsvoorheffing wordt afgetrokken, zou volgens deze rechtspraak ten onrechte zijn om reden dat zulks enkel voorafbetalingen betreft, die het daaropvolgende jaar verrekend zullen worden, waarbij ook andere elementen van fiscale aard in aanmerking genomen worden (Antwerpen 7 maart 2000, *AJT* 2000-01, 812). Het weerhouden van het nettobelastbaar inkomen als basis van afweging der respectievelijke inkomsten zou aldus een fiscaal evenwicht garanderen tussen de onderhoudsschuldenaar en de -gerechtigde. Het zou eveneens de gelijkheid verzekeren tussen enerzijds de loontrekkende en anderzijds de zelfstandige, gezien de bedrijfsvoorheffing wordt gevoegd bij de weerhouden inkomsten (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 593).

**687** Nochtans, en onverminderd de betrachtingen van deze rechtspraak, is de nagestreefde optiek met name de gelijke behandeling van onderhoudsgerechtigde en -plichtige niet verzekerd.

De diverse geldende fiscale regimes verzekeren deze egalisatie, door de fiscale aftrekbaarheid van de alimentatie te neutraliseren, helemaal niet. Bovendien mag ook niet uit het oog verloren worden dat de fiscale wetgeving voorwaarden stelt opdat de aftrekbaarheid ten beloop van 80 % weerhouden zal worden, zoals de daadwerkelijke en regelmatige betaling van het onderhoudsgeld (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 124 e.v.).

Niet alleen leidt de nettobelastbare basis tot een systematische overschatting van het inkomen van de onderhoudsplichtige, bovendien moet men er zich van bewust zijn dat het inkomen ook uit fiscaal niet of minder relevante bestanddelen kan bestaan zoals inkomsten uit effecten, buitenlandse inkomsten, niet-officiële inkomsten enz. Zie meer uitgebreid *verder* nr. 811.

– Bewijs

**688** De beoordeling van de onderhoudsverplichting is veelal een kwestie van bewijsvoering, waarbij alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, kunnen aangewend worden.

De voorzitter oordeelt soeverein of hij het aangeboden bewijsmiddel nuttig acht. Een verdeling van de bewijslast dringt zich op. Het kan niet zijn dat alleen de onderhoudsgerechtigde, naast zijn behoefte ook nog de draagkracht van de onderhoudsplichtige moet aantonen, terwijl deze laatste het bewijs niet zou dienen te leveren dat enerzijds, de onderhoudsschuldeiser over veel meer middelen en mogelijkheden beschikt dan wordt medegedeeld en anderzijds hijzelf de middelen niet heeft (een negatief bewijs), zoals door de onderhoudsschuldeiser aangevoerd. Bijgevolg dienen beide partijen de nodige gegevens en inlichtingen te verschaffen, met andere woorden loyaal mee te werken aan de bewijsvoering (Cass. 13 maart 1997, *EJ* 1998, 106, noot F. APS).

Dit betekent dat de verzwijging of het achterhouden van gegevens uitgesloten is, wat trouwens een impact zal hebben op het gezag van gewijsde, waarmee de uitspraak zal bekleed zijn en aanleiding kan geven tot de herroeping ervan.

Daarnaast kan de voorzitter nog steeds de overlegging van stukken bevelen, conform de artikelen 877 e.v. Ger.W. (Brussel 13 december 2001, *JLMB* 2004, 200).

Deze overlegging kan echter niet bevolen worden ten overstaan van een buitenlandse instantie, dan mits de eerbiediging van het Internationaal Verdrag betreffende de Burgerlijke Rechtsvordering, opgemaakt te Den Haag op 1 maart 1954 en goedgekeurd bij wet van 28 maart 1958 (*BS* 11 mei 1958; zie voor een toepassing: Luik 6 maart 2000, *JLMB* 2000, 1728, het ging om rekeningen op een Luxemburgse bank).

Wel kan aan de vermeende titularis van bijvoorbeeld een buitenlandse bankrekening opgelegd worden een schrijven te richten aan deze buitenlandse instelling, teneinde de bevestiging te bekomen dat hij dergelijke rekening niet heeft, en in het tegenovergesteld geval, alle gegevens wat dat betreft te verstrekken sinds een welbepaalde datum (KG Luik 30 juni 2000, *JLMB* 2000, 1216, ook hier ging het om een Luxemburgse bankrekening, de juiste bewoordingen van de brief werden in het dispositief van de beschikking opgelegd). Thans zou een toepassing van Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken (*Pb.L.* 27 juli 2001, nr. 174/1) in beeld kunnen komen.

**689** Indien het bewijs van de inkomsten aan de hand van vermoedens (art. 1353 BW) wordt weerhouden dient de rechter zich te behoeden voor gevolgtrekkingen op basis van een loutere persoonlijke kennis.

Wanneer de bodemrechter zich beroept op een feit dat hem op grond van eigen kennis bekend is en niet aan de tegenspraak van de gedingpartijen is onderworpen, schendt hij niet enkel de artikelen 1349 BW en 1353 BW maar bovendien ook het algemeen beginsel van het recht op verdediging.

De raming van het netto-inkomen uit een aandelenportefeuille, waarvan de onderhoudsplichtige echtgenoot titularis is, is geen algemeen bekend feit noch een op de algemene ervaring berustend feit. De feitenrechter dient aldus zijn oordeel te gronden op een algemeen bekend feit of op grond van een regel van algemeen bekende omstandigheden (artt. 1349-1353 BW; Cass. 19 juni 2003, *RTDF* 2004, 123). Hetzelfde geldt wanneer de rechter zich steunt op een feit dat alleen bevestigd wordt door de loutere bewering van één der partijen. *In*



*casu* had een partij zeer aannemelijk gemaakt dat de onderhoudsplichtige die een drankgelegenheid uitbaatte, zoals algemeen bekend was, over meer inkomsten beschikte dan dat uit zijn belastingaangiften bleek. Het hof oordeelde dat de appelrechter door zich alleen hierop te steunen de artikelen 1315, 1349 en 1353 BW had geschonden (Cass. 9 november 2007, *RTDF* 2008, 223; zie hierover: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1112).

Het Hof van Cassatie gaat immers na of de feitenrechter het begrip “feitelijk vermoeden” niet miskend heeft en meer bepaald of hij uit de door hem vastgestelde feiten geen gevolgtrekkingen maakt die, op grond van de kwestieuze feiten niet kunnen verantwoord worden, of nog er helemaal geen verband mee houden (Cass. 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 221; Cass. 17 april 1998, *JLMB* 1999, 1636; Cass. 19 juni 1998, *RW* 1999-2000, 147; Cass. 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 105; Cass. 23 mei 2008, *AR. C.06.0607.F*, onuitg.). Dit betekent dat, bij gebreke aan voldoende vaststaande feitelijke gegevens, de rechter genoodzaakt wordt een provisionele uitkering toe te kennen en de debatten te heropenen (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 33).

#### – Sanctionering

**690** Indien de onderhoudsplichtige echtgenoot nalaat om zijn inkomsten en mogelijkheden mede te delen, zodat de voorzitter in de onmogelijkheid is om zijn inkomsten te evalueren, kan aan de onderhoudsgerechtigde, die aantoonbaar in een toestand van behoeftigheid verkeert in verhouding tot de levensstandaard tijdens het echtelijk samenleven, de onderhoudsuitkering toegekend worden die gevorderd werd.

Indien de onderhoudsgerechtigde nalaat de omvang van zijn inkomsten aan de voorzitter mede te delen, gezien ontegensprekelijk een gedeelte van de inkomsten wordt verborgen gehouden en al evenmin de juiste omvang van de lasten wordt medegedeeld, toont deze echtgenoot niet aan gerechtigd te zijn op een onderhoudsuitkering en wordt de onderhoudsvordering afgewezen (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 888).

Ten slotte kan de voorzitter eveneens het bedrag van de onderhoudsuitkering *ex aequo et bono* begroten op basis van de fragmentarische gegevens die ter beschikking zijn (Bergen 18 februari 2003, *RTDF* 2004, 1050).

**691** Bij duidelijke vermoedens van zwart geld wordt aanvaard de opgegeven inkomsten te verhogen met 50 % om de werkelijke inkomsten te benaderen. Zo ook vindt een ruime schatting plaats bij een vermenging van de eigen

inkomsten en deze van de firma waarin wordt gewerkt (E. VAN DER VELPEN, “Overzicht van rechtspraak (2000-2005) – De onderhoudsuitkering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2005, 131, nr. 43).

**692** De stelling van de onderhoudsplichtige echtgenoot dat zijn echtgenote over verzwegen inkomsten beschikt en zodoende in de gelegenheid is om in haar persoonlijk onderhoud te voorzien, wordt weerhouden, wanneer blijkt dat het echtpaar al lange tijd feitelijk gescheiden leeft en de onderhoudsvordering slechts geactiveerd wordt kort voor de behandeling van de echtscheidingszaak. De vrees in hoofde van de echtgenoot om, in het kader van de vereffening-verdeling der huwgemeenschap geconfronteerd te worden met een kapitaalschuld, was dan ook terecht (N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (2006)”, *RTDF* 2006, 992).

#### e. Methodiek

**693** N. DANDROY komt tot volgende twee berekeningswijzen van het onderhoudsgeld (N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 37):

##### – eerste berekening

Het aandeel van ieder der echtgenoten in het globale inkomen:

- de som van de persoonlijke inkomsten van beide echtgenoten;
- te verminderen met de eventuele besparingen en de onderhoudskost van de niet-zelfstandige kinderen.

Het bekomen saldo dient vervolgens bij helften verdeeld te worden.

In functie van de hoegrootheid van het globale inkomen wordt rekening gehouden met de spaarmogelijkheid. Het bedrag dat het spaarvermogen vertegenwoordigt, maakt geen deel uit van het budget, bestemd voor de huishouding van het gezin, en waaruit de onderhoudsgerechtigde ook geen rechtstreeks voordeel genoot tijdens het huwelijkleven.

Dit zal overeenstemmen met de reële besparingen gemaakt tijdens het echtelijk samenleven, en er zal geen rekening mee gehouden worden bij de begroting van het onderhoudsgeld waarop de echtgenoot-schuldeiser aanspraak kan maken.

Zodoende worden de besparingen, ter berekening van het bedrag der alimentatie, in mindering gebracht van het gezamenlijke inkomen van de echtgenoten (Bergen 19 oktober 1999, *RTDF* 2001, 664, het arrest weerhoudt als spaarvermogen een bedrag gelijk aan 25 % van het globaal eigen inkomen van de onderhoudsplichtige). Het spaarvermogen kan vanzelfsprekend wel in aanmerking komen bij de vereffening en verdeling van het huwelijkvermogen.

In dat verband zijn er de arresten van 25 november 2005 (Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079) en 25 januari 2007 (Cass. (1ste kamer) 25 januari 2007, *Div.Act.* 2007, 74 noot N. GALLUS, *JLMB* 2007, 1591, *RTDF* 2007, 454 noot N.D. en *Larcier Cass.* 2007, 106) van het Hof van Cassatie waarin onder meer wordt vooropgesteld dat de inkomsten van de echtgenoten in de eerste plaats moeten worden besteed aan de lasten van het huwelijk maar dat wat overblijft, kan worden aangewend volgens de bepalingen van hun huwelijksvermogensstelsel. Er mag m.a.w. bij het begroten van een onderhoudsgeld niet worden rekening gehouden met het “spaarpotentieel” of met professionele investeringen die in overeenstemming met artikel 217 BW beheerst worden door het secundaire stelsel en waardoor een “koude” mathematische halvering van de gezinsinkomsten niet mogelijk is (het Hof van Cassatie had de “halveringsregeling” al eerder verworpen in een arrest van Cass. 26 juni 1995, *Div.Act.* 1997, 25 en *EJ* 1996,5 noot J. ROODHOOF; Brussel 10 januari 2006, *RTDF* 2006, 1191; Brussel 19 januari 2006, *RTDF* 2006, 1198; Brussel 9 februari 2006, *RTDF* 2006, 1210; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle (2006) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2006, 988; zie ook N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1105-1134).

– tweede berekening

Het bedrag van de onderhoudsuitkering:

- het aandeel van ieder der echtgenoten in het globale inkomen zoals hiervoor bepaald;
- te verminderen met de eigen inkomsten van de onderhoudsgerechtigde, waarin eventueel begrepen de virtuele inkomsten en het eventuele voordeel bekomen uit het kostendelend samenwonen met een derde;
- van het voormeld eigen inkomen van de onderhoudsgerechtigde dient het bedrag afgetrokken te worden dat besteed wordt aan het onderhoud van de niet-zelfstandige kinderen, hetzij ingevolge de betaling van een onderhoudsbijdrage, hetzij ingevolge het voorzien in hun huisvesting (Bergen 11 februari 2003, *RTDF* 2004, 141).

Hierbij dient de opmerking geformuleerd te worden dat bij erg hoge inkomens, het globale inkomen niet noodzakelijk enkel voor regelmatig terugkomende uitgaven zal aangewend worden en er een belangrijk spaarpotentieel kan zijn (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 38).

Dit leidt in bepaalde rechtspraak tot opvallende verschillen tussen enerzijds het (hoge) inkomen dat de onderhoudsplichtige echtgenoot geniet en anderzijds het relatief lage onderhoudsgeld dat wordt toegekend aan de onderhoudsgerechtigde echtgenoot die zelf over geen eigen inkomen beschikt (N.

DANDROY, *ibid.*, voetnoot 32 en de aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak).

Anderzijds zal ook rekening moeten gehouden worden met uitgaven die een exceptioneel karakter hebben zoals zware gezondheidsuitgaven die niet kunnen worden vermeden en die het budget van de ene of andere echtgenoot in belangrijke mate aantasten (Cass. 26 april 2004, *RTDF* 2004, 1025; N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 893-894).

Verder dient in het kader van de eerste berekening t.w. het samenstellen van het globale gezinsinkomen ook rekening te worden gehouden met gezamenlijke inkomsten zoals de genotswaarde van (voornamelijk) onroerende goederen zoals de kosteloze bewoning van de echtelijke woonst.

In de tweede berekening moet dan een correctie worden uitgevoerd in de mate dat de onderhoudsgerechtigde hetzij de gezamenlijke inkomsten hetzij de genotswaarde genoot, maar ook in de mate dat de onderhoudsschuldenaar de daar tegenoverstaande lasten exclusief droeg, bijvoorbeeld de hypothecaire afkortingen op de gezinswoning waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen het intrestgedeelte van de afkorting en het kapitaalsgedeelte vermits dit laatste in aanmerking kan komen als een vorm van spaarpotentieel (zie ook S. MOSSELMANS, “De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 297-299).

#### f. Begroting van het onderhoudsgeld en vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel in het algemeen

**694** Niemand kan voorzien hoelang het echtscheidingsgeding zal duren en/of het huwelijk wel door echtscheiding zal ontbonden worden, terwijl gewoonlijk bij de aanvang van de procedure het opleggen van de voorlopige maatregelen, overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. wordt nagestreefd.

Bovendien staat vast dat, indien het huwelijk dan toch als gevolg van de echtscheiding zal ontbonden zijn, zulks geschiedt met terugwerkende kracht bij toepassing van artikel 1278, tweede lid Ger.W. Dit betekent dat de betaling van het onderhoudsgeld plaatsgrijpt in de periode van de post-communautaire onverdeeldheid.

Hetzelfde geldt ook voor het innen van inkomsten uit goederen die deel uitmaken van voormelde onverdeeldheid, terwijl de voorzitter niet gerechtigd is zich hieromtrent uit te spreken en bijgevolg geen als definitief verworven voordelen kan toekennen aan de onderhoudsgerechtigde echtgenoot. Zo ook zijn de beroepsinkomsten die de echtgenoten sinds het instellen van de echtscheidingseis verwerven, eigen (zie m.b.t. deze problematiek G. BAETE-

MAN, J. GERLO, W. PINTENS, C. DECLERCK, G. DEKNUDT, J. DU MONGH, A. MAELFAIT en J.-L. SNYERS, "Overzicht van Rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht 1996-2002", *TPR* 2003, nrs. 243-260).

**695** Bij de beoordeling van de onderhoudsuitkering dient dan ook rekening gehouden te worden met het genot over de goederen en meer bepaald met de gezinswoning. Immers, ingeval de echtgenoten gehuwd zijn volgens een gemeenschapsstelsel, valt de genotwaarde van eigen, onverdeelde en gemeenschappelijke goederen in de gemeenschap. Dit betekent dat vanaf de datum van ontbinding van het huwelijksvermogensstelsel de onderhoudsuitkering als de genotwaarde aangerekend wordt op het aandeel van de onderhoudsgerechtigde in de post-communautaire onverdeeldheid (N. GALLUS, "Mesures provisoires pendant l'instance en divorce et liquidation du régime matrimonial: autonomie ou interférence?", *Div.Act.* 2006, 49-50 en 59).

**696** S. MOSSELMANS stelt dat de voorzitter nochtans niet verhinderd wordt om bij de begroting van het onderhoudsgeld, rekening te houden met de mate waarin een van de echtgenoten inkomsten die deel uitmaken van de post-communautaire onverdeeldheid, het gebruik en genot heeft van de ervan afhankende goederen, evenals gehouden is tot het betalen van lasten, zonder dat zulks aanleiding zal geven tot problemen bij het opmaken van de beheersrekening ter gelegenheid van de vereffening-verdeling (S. MOSSELMANS, "De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten" in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 297-299).

Hiermede wordt bedoeld dat de onderhoudsuitkering definitief verworven is en zodoende niet vatbaar is voor herbeoordeling in het kader van de latere bewerkingen van vereffening en verdeling. Wel kan het ontvangen onderhoudsgeld aangerekend worden op het aandeel van de onderhoudsgerechtigde in de vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid.

**697** Slechts in het kader van de vereffening van de post-communautaire onverdeeldheid zal uitgemaakt worden of het onderhoudsgeld een alimentair dan wel een provisioneel karakter zal hebben. De boedelnotaris c.q. de rechtbank belast met de bewerkingen van vereffening-verdeling zullen hierover dienen te oordelen.

Eenzelfde zienswijze dient gevolgd te worden indien de voorzitter in kort geding uitdrukkelijk stelt dat de onderhoudsgerechtigde echtgenoot vruchten kan innen, zoals onder meer huurgelden van goederen, afhankende van de post-communautaire onverdeeldheid, terwijl anderzijds de onderhoudsplichtige bepaalde gemeenschappelijke schulden verder dient af te lossen.

Opnieuw is het van belang dat uitdrukkelijk door de voorzitter wordt bepaald dat met deze vruchten c.q. lasten, rekening gehouden werd in het kader van de begroting van het onderhoudsgeld (KG Antwerpen 24 juni 1993, *Echtsch.* 1995, 42).

Tevens kan de voorzitter een onderhoudsgeld opleggen, terwijl de onderhoudsschuldenaar gerechtigd wordt om inkomsten te innen uit goederen die deel uitmaken van de post-communautaire onverdeeldheid en om verder te verblijven in de echtelijke woonst.

Steeds zal deze echtgenoot geroepen zijn tot het afleggen van een beheersrekening, waardoor deze waarden zullen ingebracht worden in de te vereffenen massa. De ontvangen onderhoudsgelden zullen aangerekend worden op het aandeel van de onderhoudsgerechtigde (ex)echtgenoot in de post-communautaire onverdeeldheid. De resultante hiervan zal uitmaken of de onderhoudsgerechtigde echtgenoot in dit geval een woonstvergoeding zal kunnen opeisen vanwege de onderhoudsplichtige.

Een en ander toont aan dat vanwege de voorzitter een gemotiveerde beschikking noodzakelijk is, wil men naderhand de boedelnotaris in staat stellen op gemotiveerde wijze te oordelen of onder meer al dan niet een woonstvergoeding verschuldigd is, terwijl uit de dagdagelijkse praktijk blijkt dat de kort gedingrechtters bijzonder stilzwijgend blijven op dit vlak.

Van de boedelnotaris kan niet verwacht worden dat hij, bij gebreke aan voldoende motivering van de beschikking, tot een oordeel komt op basis van veronderstellingen. Het is aan te bevelen dat de voorzitter de samenstelling van het onderhoudsgeld omschrijft, zeker wanneer rekening gehouden wordt met de (kosteloze) bewoning van de echtelijke verblijfplaats (Y.-H. LELEU, "Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire", *Rev.not.b.* 2001, 671).

De noodzaak tot motivering betekent echter niet dat de boedelnotaris en de vereffeningsrechter er door gebonden zijn hoewel hierover geen eensgezindheid bestaat (Cass. 27 april 2001, *EJ* 2002, 2 noot S. MOSSELMANS; N. DANDOY, "Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence", *RTDF* 2004, 901; Y.-H. LELEU, "Occupation gratuite d'un immeuble indivis pendant l'instance en divorce: clarification jurisprudentielle" (noot onder Cass. 27 april 2001), *RTDF* 2003, 613; J.-L. RENCHON, "A propos de la question controversée de l'occupation 'gratuite' par un des époux du logement familial pendant la procédure en divorce: une interprétation controversée de l'arrêt de la Cour de cassation" (noot onder Cass. 27 april 2001), *RTDF* 2003, 619; in een arrest van 25 juni 2003 van het hof van beroep te Antwerpen (*NJW* 2004, 88) werd geweigerd het gezag van het gerechtelijk gewijsde van de kort gedingrechter te erkennen inzake de betaling van aflossingen van een hypothecaire lening). Zie hierover meer uitgebreid *verder* de nrs. 698-710.

Het betekent wel dat kan worden achterhaald op welke overwegingen de voorzitter zich heeft gesteund om de ene dan wel de ander beslissing te nemen en dat aldus een *a posteriori* berekening kan worden gemaakt van wat het aandeel was van de kosteloze bewoning van bijvoorbeeld de echtelijke woonst.

g. Begroting van het onderhoudsgeld en het gebruik van de echtelijke woning in het bijzonder

**698** Zoals dit het geval is in het arrest van het hof van beroep te Antwerpen (Antwerpen 1 december 2004, *Not.Fisc.M.* 2006, 19, noot S. BROUWERS) en een arrest van het hof van beroep te Gent (Gent (11de kamer) 24 maart 2005 *T.Not.* 2005, 481) dient er uitgegaan te worden van het beginsel dat de onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure een modaliteit is van de nakoming van de hulp- en bijdrageverplichting, overeenkomstig het primair huwelijksstelsel tussen echtgenoten, die echter niet meer in de echtelijke woonst kan worden nagekomen (zie meer over deze problematiek G. BAETEMAN, J. GERLO, W. PINTENS, C. DECLERCK, G. DEKNUDT, J. DU MONGH, A. MAELFAIT en J.-L. SNYERS, “Overzicht van Rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht 1996-2002”, *TPR* 2003, nrs. 243-260; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 254-260; S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 61-104).

**699** In de betwisting van vereffening en verdeling waarover het hof van beroep te Antwerpen te oordelen had, rees de steeds weerkerende problematiek van het al dan niet verschuldigd zijn van een woonstvergoeding.

Het hof besluit op basis van de hierna weergegeven motivering dat de echtgenoten elkaar geen woonstvergoeding verschuldigd zijn voor het gebruik, tijdens de echtscheidingsprocedure, van de gezinswoning enerzijds en een tweede verblijf in Nederland anderzijds.

“Dat wanneer dan blijkt dat de onverdeeldheid inkomsten heeft voortgebracht, de tijdens de echtscheidingsprocedure aan de onderhoudsgerechtigde echtgenoot betaalde persoonlijke onderhoudsgelden daarmee dienen verrekend te worden; dat indien het bedrag van de onderhoudsgelden het aandeel van de onderhoudsgerechtigde in deze inkomsten overtreffen, het verschil evenwel een persoonlijke schuld van de man uitmaakt; dat de persoonlijke gevolgen, waaronder de hulpplicht immers niet terugwerken; dat er bij de vereffening-verdeling het dus nodig is om een beheersrekening op te stellen van de vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid; dat *in casu* uit de correcte berekening dienaangaande van de boedelnotaris in de staat van vereffening blijkt dat geïntimeerde een onderhoudsgeld van € 1.611,31 (65.000 BEF) ontving en anderzijds een woonstvoordeel genoot van € 907,79 (36.620 BEF), en dus in het totaal € 2.519,09 (101.620 BEF) ontving terwijl haar aandeel in de vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid slechts € 1.520,80 (61.349 BEF) bedroeg; dat aldus blijkt dat geïntimeerde meer ontving dan haar aandeel in de vruchten van de onverdeeldheid; dat, nu de door geïntimeerde ontvangen onderhoudsgelden dienen aangerekend op haar aandeel in de vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid, er dan ook geen reden is tot toekenning van een woonstvergoeding en evenmin tot terugbetaling van de betaalde onderhoudsgelden voor de periode die het definitief worden van de echtscheiding voorafgaat; ...”.

Deze correcte redenering (in het kader van de klassieke leer, zie o.m. G. VAN OOSTERWIJCK, “Civielrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling” in W. PINTENS (ed.), *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Antwerpen, Maklu, 1987, 46-76 en in W. PINTENS en F. BUYSSENS (eds.), *Vereffening-*

*verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993 (herwerkte druk), 38-69) wordt ook teruggevonden in een arrest van het hof van beroep te Gent van 24 maart 2005 en zulks als volgt verwoord (Gent (11de Kamer) 24 maart 2005, *T.Not.* 2005, 481).

“De geïntimeerde genoot als onderhoudsgerechtigde enkel het persoonlijk onderhoudsgeld (842,84 EUR/maand).

Er is geen sprake in hoofde van de geïntimeerde van nog andere geïnde inkomsten van onverdeelde goederen.

De m.b.t. de gebeurlijke woonvergoeding in aanmerking te nemen huurwaarde van de kwestige woning wordt door de notaris geraamd op 450 EUR per maand. De appellant meent thans dat dit nog meer zou bedragen, nl. 600 EUR.

Onafgezien deze betwisting en nu het gebeurlijk te begroten woonvoordeel van de geïntimeerde als onderhoudsgerechtigde echtgenoot geldt als een component *in natura* van de hulpplicht, is dit woonvoordeel tezamen met de voormelde onderhoudsuitkering hetgeen de geïntimeerde in totaal genoten heeft.

Dit totaal van genoten onderhoudsgeld en woonvoordeel (of reële huurwaarde) overschrijdt hoe dan ook geenszins het aandeel van de geïntimeerde als onderhoudsgerechtigde echtgenoot in de onverdeelde inkomsten.

Zodoende moet er op grond van de hulpverplichting tussen echtgenoten ex artikel 213 BW en tot zolang die hulpplicht bleef gelden, besloten worden dat er geen woonvergoeding aan de gemeenschap verschuldigd is”.

In Gent ging het om een gemeenschapsstelsel, in Antwerpen daarentegen om een stelsel van scheiding van goederen. In Gent was de som van het onderhoudsgeld en het woonvoordeel kleiner dan het aandeel van de onderhoudsgerechtigde in de onverdeelde inkomsten. In Antwerpen was deze som groter dan het aandeel in de vruchten van de onverdeeldheid. In beide gevallen wordt beslist dat er geen teruggave is van de genoten onderhoudsgelden en het woonvoordeel. Tot dit resultaat wordt gekomen door het woonvoordeel te beschouwen als een component van de hulpplicht die blijft bestaan tot op het ogenblik van de echtscheiding.

In de Gentse zaak zal er nog wel aanleiding bestaan tot verdeling van het saldo van de onverdeelde inkomsten. In de Antwerpse zaak is er geen saldo meer dat nog zou kunnen verdeeld worden.

Uit de twee voormelde motiveringen blijkt duidelijk de impact van het genieten van een woonvoordeel op de begroting van een onderhoudsgeld en van daaruit op het al dan niet verschuldigd zijn van een woonvergoeding in het kader van de beheersrekening na echtscheiding. De hierboven al aangehaalde “klassieke leer” komt samengevat hier op neer dat naar aanleiding van de redactie van de beheersrekening zich twee mogelijkheden voordoen.

Een eerste mogelijkheid is deze waarbij de onderhoudsgerechtigde echtgenoot aan onderhoudsgeld evenveel of meer heeft ontvangen dan zijn nettohelft van de vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid (waaronder het genot van de gezinswoning). Alsdan moet de onderhoudsgerechtigde echtgenoot niets terugbetalen daar de onderhoudsplichtige echtgenoot het (eventuele) verschil definitief draagt als persoonlijke schuld, ge-



stoeld op de hulp- en bijdrageverplichting zoals die tijdens de echtscheidingsprocedure is blijven spelen.

Een tweede mogelijkheid is deze waarbij de onderhoudsgerechtigde echtgenoot minder heeft ontvangen. Krachtens de beheersrekening heeft hij dan recht op wat hij te weinig heeft ontvangen. Hier wordt het onderhoudsgeld in mindering gebracht op de vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid. Dit kan maar op correcte wijze geschieden wanneer beide echtgenoten alle vruchten van deze post-communautaire onverdeeldheid in rekening brengen en zodoende een volledige beheersrekening afleggen. Enkel bij de vereffening-verdeling zal blijken in welke mate de artikelen 213 en 221, eerste lid BW een rol hebben gespeeld. De voorzitter kan geen voorlopige maatregel treffen die inwerkt op de vereffening-verdeling (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 66).

Indien het de onderhoudsplichtige echtgenoot is die het exclusief beheer heeft van bepaalde goederen van de post-communautaire overdeeldheid, dan kunnen de door hem genoten waarde, de door hem ontvangen inkomsten, maar ook de door de onderhoudsgerechtigde gedragen lasten m.b.t. die goederen niet als een uitvoering van de hulp- en bijdrageplicht aangezien worden. Wel kan dit in aanmerking komen om een hoger alimentatietegeld toe te kennen aan de andere echtgenoot.

**700** De onderhoudsplicht tijdens de echtscheidingsprocedure zal beoordeeld worden door de voorzitter in kort geding aan de hand van de eigen middelen en mogelijkheden waarover de onderhoudsgerechtigde beschikt. Dit betekent dat de beoordeling van de onderhoudsverplichting geschiedt op grond van inkomsten die de onderhoudsgerechtigde echtgenoot daadwerkelijk ontvangt, samengesteld uit de inkomsten uit eigen goederen, de beroepsinkomsten en de helft van het onverdeelde vermogen (S. MOSSELMANS, “De aanrekening van het in de loop van de echtscheidingsprocedure door de ene echtgenoot aan de andere betaalde onderhoudsgeld”, *AJT* 1998-99, 110).

Daarnaast is het eveneens een realiteit dat tijdens het samenleven, de echtgenoten, overeenkomstig het geldend secundair huwelijksvermogensstelsel, een gezamenlijk dan wel een in onverdeeldheid bestaand patrimonium hebben opgebouwd, waaromtrent de voorzitter eveneens voorlopige maatregelen dient te treffen. In de eerste plaats moet hier verwezen worden naar de echtelijke woonst die tijdens het huwelijk in eigendom verworven werd.

Zo kan de voorzitter zich bevoegd achten om, voorafgaand aan het gevorderde onderhoudsgeld, uitspraak te doen over een provisionele woonstvergoeding, voor zover vaststaat dat dit gedeelte van de woonstvergoeding in het kader van de bewerkingen van vereffening en verdeling effectief verschuldigd

zal zijn (KG Nijvel 6 januari 2003, *RTDF* 2005, 485, het betrof het privégedeelte van het door de man bewoonde gebouw van de echtgenoten).

**701** De vraag rijst of de voorzitter gemachtigd is om dergelijke echtelijke woonst “kosteloos” ter beschikking te stellen van de onderhoudsgerechtigde echtgenoot, waardoor de onderhoudsplichtige dan geheel of gedeeltelijk *in natura* zijn onderhoudsverplichting nakomt.

De kosteloze bewoning is immers dikwijls als modaliteit tot de nakoming van de hulpplicht de enige mogelijkheid die openstaat. Dit doet zich voor in situaties waarin enerzijds de onderhoudsgerechtigde slechts over een beperkt eigen inkomen beschikt en anderzijds de onderhoudsplichtige, in acht genomen zijn inkomsten en mogelijkheden niet bij machte is om ook nog een onderhoudsgeld te betalen.

Dikwijls ook is de kosteloze bewoning de bevestiging van een sinds bepaalde tijd bestaande feitelijke toestand die haar oorsprong vindt in onderlinge afspraken tussen de echtgenoten.

Met de beschikbaarheid van de echtelijke woonst als feitelijk gegeven dient dus wel degelijk rekening gehouden te worden in het kader van de voorlopige maatregelen, alleszins wanneer bij de beoordeling van alle bestaande gegevens, de kosteloze bewoning als tijdelijke maatregel de meest nuttige, adequate en voor ieder van de echtgenoten financieel de meest aangewezen oplossing uitmaakt (Brussel 13 maart 2002, *RTDF* 2004, 125).

**702** Wanneer de onderhoudsverplichting overeenkomstig artikel 213 BW tussen echtgenoten van rechtswege wegvalt van zodra het huwelijk ingevolge de echtscheiding ontbonden is, d.w.z. van zodra de uitspraak in kracht van gewijsde getreden is, wordt het huwelijk op patrimoniaal vlak krachtens artikel 1278, tweede lid Ger.W. ontbonden vanaf de datum van betekening van de dagvaarding in echtscheiding.

Vanaf dat ogenblik maakt het huwelijkspatrimonium deel uit van de post-communautaire onverdeeldheid, waarop de bepalingen van het gemeen recht van toepassing zijn (art. 577-2 en 815 BW). In het kader van de bewerkingen van vereffening-verdeling zal de ex-echtgenoot, die tijdens de echtscheidingsprocedure, als gevolg van de getroffen voorlopige maatregelen, de beschikking had over goederen, afhangende van deze post-communautaire onverdeeldheid, rekenschap dienen af te leggen.

In het licht van de steeds weerkerende problematiek m.b.t. de woonstvergoeding na echtscheiding, hebben er zich verschillende strekkingen ontwikkeld in de rechtsleer over de bewoning van de echtelijke verblijfplaats als modaliteit van de onderhoudsverplichting.

**703** Enerzijds is er de strekking-RENCHON, die ervan uitgaat dat niets belet dat de voorzitter de onderhoudsplichtige echtgenoot veroordeelt om het gratis genot en gebruik van de echtelijke verblijfplaats aan de andere echtgenoot en/of de kinderen over te laten, vermits hij de exclusieve bevoegdheid heeft om tijdens het echtscheidingsgeding de onderhoudsverplichtingen te bepalen en

de uitvoeringsmodaliteiten ervan (J.-L. RENCHON, “La jouissance du logement familial après la séparation du couple” in P. DELNOY, Y.-H. LELEU en E. VIEUJEAN (eds.), *Le logement familial, Actes du 5<sup>e</sup> Colloque de l’Association Famille & Droit, Liège, 27-28 novembre 1998*, Brussel, Kluwer, 1999, 173).

Deze stelling gaat er dan ook vanuit dat de nakoming van de onderhoudsverplichting niet enkel geschiedt door het verstrekken van geldmiddelen, doch eveneens door het gratis ter beschikking stellen van goederen die tot het eigen of gemeenschappelijke patrimonium behoren.

Evenzo kan de uitvoering van deze onderhoudsverplichting ook geschieden onder de vorm van een veroordeling tot de verdere aflossing van de lasten, zoals de hypothecaire lening die op de woning rust, m.a.w. de verdere bewoning “zonder kosten”.

De voorzitter tracht aldus de patrimoniale verhoudingen zo goed als mogelijk in kaart te brengen, de uitvoeringsmodaliteiten van de onderhoudsverplichting hierop zo goed mogelijk af te stemmen, zodanig dat hierdoor ook de latere beheersrekening vereenvoudigd wordt (Luik 28 maart 2001, *RTDF* 2002, 670; Bergen 2 april 2003, *RTDF* 2004, 1055; Brussel 23 februari 2005, *Div.Act.* 2006, 7; Luik 23 mei 2005, *JLMB* 2006, 1004, afkeurende noot M.D., *in casu* ging het niet alleen over de woonstvergoeding maar ook over de aflossingen op de hypothecaire lening; Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN; J.-L. RENCHON, “La jouissance du logement familial après la séparation du couple” in P. DELNOY, Y.-H. LELEU en E. VIEUJEAN (eds.) *Le logement familial, Actes du 5<sup>e</sup> Colloque de l’Association Famille & Droit, Liège, 27-28 novembre 1998*, Brussel, Kluwer, 1999, 178 e.v.; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2049, nr. 602; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 600; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 28).

**704** Daartegenover staat de strekking-VIEUJEAN, die poneert dat een stellingname door de voorzitter overbodig, *in se* onmogelijk is.

Inderdaad zal in vele gevallen de voorzitter in het kader van de voorlopige maatregelen, die normaliter bij de aanvang van het echtscheidingsgeding opgelegd worden, over onvoldoende, alleszins niet alle gegevens beschikken om zich een precies beeld te vormen van de samenstelling van de post-communautaire onverdeeldeid.

Slechts in het kader van de vereffening en verdeling en meer bepaald bij het opstellen van de beheersrekening, zal er kunnen geoordeeld worden of een woonstvergoeding zal verschuldigd zijn, dan wel of de kosteloze bewoning dient weerhouden te worden als een vorm van nakoming der onderhoudsverplichting overeenkomstig artikel 213 BW en/of artikel 221 BW. De interpretatie van de uitspraak van de voorzitter zal hierbij van wezenlijk belang zijn (S. MOSSELMANS, “De hulpverplichting van (gewezen) echtgenoten en de

vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap na echtscheiding op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 292-293; Luik 12 juni 1998, *JLMB* 1999, 1518).

**705** Het Hof van Cassatie heeft zich in het arrest van 27 april 2001 duidelijk aangesloten bij de stelling-VIEUJEAN. Meer bepaald komt het de alimentatierechter, in het kader van artikel 1280 Ger.W. dan wel artikel 223 BW niet toe om te beslissen dat de onderhoudsgerechtigde de gezinswoning verder kan blijven bewonen “zonder lasten” waarmede bedoeld wordt “zonder dat deze laatste een woonstvergoeding verschuldigd is voor het genot van het gemeenschappelijk goed” (Cass. 27 april 2001, *EJ* 2002, 2; KG Luik 24 april 2001, *TBBR* 2002, 135, noot; Y.-H. LELEU, “Occupation gratuite d’un immeuble indivis pendant l’instance en divorce: clarification jurisprudentielle” (noot onder Cass. 27 april 2001), *RTDF* 2003, 613; J.-L. RENCHON, “A propos de la question controversée de l’occupation ‘gratuite’ par un des époux du logement familial pendant la procédure en divorce: une interprétation controversée de l’arrêt de la Cour de cassation” (noot onder Cass. 27 april 2001), *RTDF* 2003, 619).

Bijgevolg behoort het niet tot de bevoegdheid van de voorzitter om aan de onderhoudsgerechtigde “gratis” de echtelijke verblijfplaats verder te laten bewonen dan wel het gebruik en genot ervan “zonder lasten” toe te kennen. Dit betekent dan ook dat de vruchten van goederen, deel uitmakend van de post-communautaire onverdeeldheid niet “als reeds verworven” kunnen toegerekend worden aan de onderhoudsgerechtigde echtgenoot.

Wanneer blijkt dat de echtgenoot, die samen met de kinderen de oude echtelijke woonst blijft betrekken, over voldoende eigen inkomsten beschikt om in zijn/haar persoonlijk onderhoud als dat van de kinderen te voorzien, kan onmogelijk in het kader van de voorlopige maatregelen worden ingegaan op de vordering om kosteloos deze woning te blijven betrekken, dit ten titel van bijdrage in het kosten verbonden aan de huisvesting van de kinderen (Brussel 27 november 2001, *JLMB* 2004, 196).

Kortom, thans staat vast dat slechts ter gelegenheid van het opstellen der beheersrekening kan geoordeeld worden of een woonstvergoeding zal verschuldigd zijn, dan wel of het “gratis” bewonen of de bewoning “zonder lasten” van de woning, deel uitmakend van de post-communautaire onverdeeldheid dient weerhouden te worden als vorm van nakoming van de onderhoudsverplichting, waartoe de gewezen echtgenoot gehouden was.

Deze beoordeling zal gemaakt worden door de boedelnotaris en de rechtervereffenaar (MOSSELMANS, “Beweringen en zwarigheden inzake vereffening-verdeling: over de toepassing in de tijd van art. 1435 BW en over de zogeheten ‘woonstvergoeding’” (noot onder Cass. 27 april 2001), *EJ* 2002, 14-15).

De kort gedingrechter kan m.a.w. bij het begroten van het onderhoudsgeld perfect rekening houden met de omstandigheid van de terbeschikkingstelling van de echtelijke woonst of betaling van de hypothecaire afkortingen (hij zal overigens niet anders kunnen vermits hij moet begroten in functie van de

vensstandaard alsof er geen feitelijke scheiding zou zijn tussengekomen, ..w.z. met inbegrip van de kost van de huisvesting) maar ter gelegenheid van de vereffening en verdeling is de "vereffenende instantie", notaris of rechter, er niet door gebonden. Het niet-bindende karakter van de kort gedinguitspraak betekent anderzijds ook niet dat de vereffende instantie er geen rekening moet mee houden.

**706** Het voorgaande heeft dus voor gevolg dat de voorzitter niet gemachtigd is welke definitieve maatregel ook te bevelen die een rechtstreekse inwerking heeft op de (latere) bewerkingen van vereffening en verdeling. Bijgevolg kunnen bepaalde activa en passiva niet onttrokken worden aan de vereffening-verdeling, zoals onder meer het blijven betalen van de hypothecaire lening en de schuldsaldoverzekering tijdens het echtscheidingsgeding (Antwerpen 25 juni 2003, *NJW* 2004, 88).

De kosteloze bewoning, door de voorzitter toegekend, heeft slechts een voorlopig karakter, zodat er in de loop van het echtscheidingsgeding geen gehoudenheid is reeds de helft van de huurwaarde te vergoeden (Y.-H. LELEU, "Six questions en quête de réponse à propos de l'indivision post-communautaire", *Rev.not.b.* 2001, 669-670, nrs. 6-7; zie de beschikking van de kort gedingrechter te Nijvel (KG Nijvel 6 januari 2003, *RTDF* 2005, 485): de voorzitter acht zich wel bevoegd om, voorafgaand aan het gevorderd onderhoudsgeld, uitspraak te doen over de provisionele woonstvergoeding, voor zover vaststaat dat dit gedeelte van de woonstvergoeding in het kader van de bewerkingen van vereffening en verdeling effectief verschuldigd zal zijn).

**707** Ondanks het voormelde cassatiearrest lijkt aan de betwisting in de rechtspraak en rechtsleer nog geen einde gekomen te zijn.

De aandacht wordt gevestigd op de fiscale implicaties, verbonden aan het gebruik en genot van de echtelijke woonst tijdens de echtscheidingsprocedure. Een latere beoordeling of herkwalificatie, ter gelegenheid van de bewerkingen der vereffening en verdeling, houdt geen rekening met deze fiscale implicatie wat dan weer in het voordeel van de stelling-RENCHON moet pleiten. Dergelijk gebruik van de echtelijke woonst kan op formeel fiscaal vlak niet beschouwd worden als of gelijkgesteld worden met een belastbare onderhoudsuitkering in hoofde van de onderhoudsgerechtigde.

Er dient dan bovendien gepreciseerd te worden in welke verhouding het gratis bewonen een impact heeft op de onderhoudsverplichting tussen de echtgenoten en de bijdrageverplichting ten overstaan van de inwonende kinderen (Brussel 23 juni 2000, *Div.Act.* 2001, 50; J.-E. BEERNAERT, "Les indemnités d'occupation", *Rev.dr.ULB* 2003, 153-154).

Het argument van de fiscale implicaties kan niet overtuigen. De vereffende instantie kan immers rekening houden met de eerdere belasting en deze in rekening brengen, door te werken met nettowaarden, zijnde de door de onderhoudsrechter bepaalde onderhoudsgelden na belasting (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aan-*

*rekening en woonstvergoeding in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 63).

Volgens J.-E. BEERNAERT kan het cassatiearrest van 27 april 2001 niet als een principiearrest beschouwd worden dat finaal een einde stelt aan de betwisting in rechtsleer en rechtspraak.

Het arrest beperkt zich volgens deze auteur tot de vaststelling dat de bestreden uitspraken in het kader van de vereffening en verdeling een interpretatie geven die onverenigbaar is met de beslissingen van de vrederechter, op grond van artikel 223 BW en de voorzitter krachtens artikel 1280 Ger.W.

Het Hof van Cassatie kon aldus enkel maar vaststellen dat laatstgenoemde uitspraken stilzwijgend blijven over de kosteloze bewoning, zodat niets anders kon besloten worden dan dat de uitspraak van de vereffeningrechter onverenigbaar was met de bewoordingen van voormelde uitspraken. Mogelijk heeft het Hof van Cassatie zich louter beperkt tot de stelling dat de bewoordingen “bewoning zonder lasten” niet in de mond van de vrederechter en voorzitter konden gelegd worden.

Bijgevolg kan aan de hand van dit cassatiearrest niet besloten worden dat de voorzitter, geadieerd op grond van artikel 1280 Ger.W., niet gerechtigd is zich omtrent de kosteloze bewoning van de echtelijke woonst uit te spreken (Brussel 23 juni 2000, *Div.Act.* 2001, 50; J.-E. BEERNAERT, “Les indemnités d’occupation”, *Rev.dr.ULB* 2003, 153-154; zie eveneens J. BAEL, “De vereffeningverdeling na echtscheiding. Enkele capita selecta” in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2002-2003*, Antwerpen, Maklu, 2003, 221).

**708** Een nieuw geluid komt van J. GERLO, die onder meer de regel poneert dat het gebruik van de echtelijke woning tijdens het verloop van de echtscheidingsprocedure onmogelijk aanleiding kan geven tot het verschuldigd zijn van een woonstvergoeding (J. GERLO, “Echtscheiding, onderhoudsgeld en woonstvergoeding. Een poging tot vereenvoudiging” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS, C. ENGELS, P. VANDENBERGHE en A. WYLLEMAN (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 135-152, nr. 31-34).

Na analyse van het cassatiearrest van 9 april 2001 (Cass. 9 april 2001, F.99.0138.F, *Arr.Cass.* 2001, 637, *JDF* 2003, 44, noot MB en *Pas.* 2001, I, 630) gewezen in een fiscale aangelegenheid, kan volgens deze auteur gesteld worden dat de verdere bewoning van de onverdeelde gezinswoning tijdens de echtscheidingsprocedure, niet gelijkgesteld kan worden met een voordeel *in natura*, waardoor de klassieke leer omtrent het principieel verschuldigd zijn van een woonstvergoeding verworpen wordt.

De bewoning van de echtelijke woonst vindt immers haar grondslag in artikel 215 BW en niet in de artikelen 213 en 221 BW. Zodoende kan hieruit enkel afgeleid worden dat de bewoning juridisch niet als een uitkering van levensonderhoud *in natura* beschouwd kan worden. Het kan louter aan bod komen in het kader van het alimentatiedebat als een feitelijk gegeven, zodat de kosteloze bewoning de mogelijkheden van zowel onderhoudsgerechtigde als -plichtige enkel maar kan beïnvloeden.

Uitgaande van het gegeven dat wanneer de inkomsten van de ene echtgenoot, d.w.z. het geheel van inkomsten uit arbeid, vermeerderd met deze uit het eigen vermogen, lager zijn dan de inkomsten die de andere echtgenoot geniet, is eerstgenoemde onderhoudsgerechtigd. Gezien beide echtgenoten eenzelfde levensstandaard genieten, bedraagt de onderhoudsuitkering de helft van het

verschil tussen de beide inkomens.

Bovendien is de onderhoudsuitkering steeds een persoonlijke schuld, zodat ze niet kan aangerekend worden op het aandeel van de onderhoudsgerechtigde in de inkomsten die de onverdeelde goederen opleveren. Met andere woorden, de onderhoudsuitkering is geen voorschot op het aandeel in de inkomsten van de onverdeeldheid.

Wat de woonstvergoeding betreft, wordt volgens de klassieke leer, in het kader van de beheersrekening een bedrag aangerekend, in overeenstemming met de huurwaarde van de echtelijke woonst. Volgens J. GERLO is wonen (J. GERLO, “Echtscheiding, onderhoudsgeld en woonstvergoeding. Een poging tot vereenvoudiging” in J. BAELE, H. BOCKEN, S. DEVOS, C. ENGELS, P. VANDENBERGHE en A. WYLLEMAN (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 135-152, nr. 27), in de algemene betekenis van het woord, ongeacht of het de bewoning van de gezinswoning uitmaakt, in feite niets meer dan een onderhoud *in natura*. In de mate dat het wonen een alimentair karakter heeft, kan er geen sprake zijn van een aanrekening op de inkomsten van de onverdeelde massa (zie hiervoor). Bijgevolg kan er, aldus J. GERLO, nooit een woonstvergoeding verschuldigd zijn. Dit heeft voor gevolg dat de voorzitter, die voorlopige maatregelen treft, conform artikel 1280 Ger.W. zich over deze aangelegenheid niet te bekommeren heeft.

**709** Er dient alleszins te worden vastgesteld dat J. GERLO tot voormeld besluit komt, door zich te beroepen op het cassatiearrest van 9 april 2001 dat zich echter louter op f i s c a l vlak uitsprekt over de woonstvergoeding. Ook al verwijst het arrest naar artikel 577-2, § 5 BW *juncto* artikel 215 BW, het beroept zich niet op artikel 213 BW.

De vraag blijft dan ook of op het civielrechtelijk vlak als gevolg van dit cassatiearrest het al dan niet verschuldigd zijn van een woonstvergoeding, meer bepaald met betrekking tot de onderhoudsverplichting en de vereffening van het huwelijksvermogensstelsel, dient herbekeken te worden.

De zienswijze van J. GERLO wordt verder ook bekritiseerd door S. MOSSELMANS die stelt dat het bovenvermelde recht van bewoning niet zonder meer mag worden gelinkt aan artikel 215 BW dat vooreerst niet de gemeenschappelijke gezinswoning viseert maar wel het eigen goed van een echtgenoot dat als gezinswoning wordt gebruikt, maar bovendien een louter corrigerende bestuursbepaling uit het primaire stelsel zou zijn dat er niet toe strekt aan de echtgenoten (in een periode van echtscheiding) een recht tot bewoning toe te kennen (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding* in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 88).

**710** In ieder geval kan niet gelochend worden dat het exclusieve gebruikmaken van een gemeenschappelijk goed, *in casu* de gezinswoning, een vermogensrechtelijke impact heeft die, ofwel in het kader van het huwelijksvermogensstelsel tussen de echtgenoten vereffend wordt, ofwel zich situeert op het niveau van de onderhoudsverplichting tussen echtgenoten.

Eigenlijk hoeft de steeds weerkerende problematiek van het in rekening brengen van een woonstvergoeding ter gelegenheid van het opstellen van de beheersrekening na echtscheiding niet te rijzen (S. BROUWERS, “De begroting van een onderhoudsgeld tussen echtgenoten en de impact daarop van het ‘woonstvoordeel’” (noot onder Antwerpen 1 december 2004), *Not.Fisc.M.* 2006, 19).

Voorwaarde daartoe is dat én de partijen én de kort gedingrechter (gebeurlijk de vrederechter) bij het bepalen van het bedrag van een onderhoudsgeld (dit kan ook een nulbedrag zijn) een consequente volgorde toepassen of een begrotingsmethodiek waarin het woonstvoordeel zijn vanzelfsprekende plaats heeft.

De kerngedachte is dat, wanneer een logisch systeem of methodiek wordt gevolgd, men niet om het woonstvoordeel heen kan en dit alsdusdanig ook in de conclusies en de beschikking zal moeten worden vermeld. Hierdoor zullen de boedelnotaris en de vereffeningrechter later niet meer verplicht worden zich te steunen op interpretaties of veronderstellingen en zullen zij geen “herberekeningen” moeten maken op basis van (inkomsten)gegevens waarover zij niet beschikken.

Thans gebeurt het maar al te dikwijls dat noch de partijen noch de alimentatierechter uitleggen of verantwoorden hoe zij tot een bepaald alimentatiebedrag komen. Al dan niet bewust wordt door de partijen het woonstvoordeel als begrotingscriterium niet “bij de naam” genoemd in de hoop “dezelfde wijn” maar dan in een andere context, m.a.w. met een ander “etiket”, later voor de vereffeningrechter nog eens te kunnen “schenken”.

Op die manier kan niet worden achterhaald of het woonstvoordeel zich situeert op het niveau van de onderhoudsverplichting tussen echtgenoten dan wel op dit van de vereffening van hun huwelijksvermogensstelsel en wordt het probleem gemakkelijks halve doorgeschoven naar het laatste stadium van de procedure.

Ons standpunt is dat, zoals hierboven gezegd, het steeds weerkerende probleem van de woonstvergoeding niet hoeft te rijzen omdat de woonstvergoeding eigenlijk deel uitmaakt van het alimentatiedebat.

Het maakt voor de praktijkjurist, advocaat van een partij of vereffenaar (notaris of rechter) weinig uit of het woonstvoordeel hetzij een onderdeel is van het alimentatiedebat als onderhoud *in natura* (art. 213, 221 en 223 BW), hetzij een autonoom recht is (art. 215 BW) met een louter feitelijke impact op de begroting van de alimentatie omdat het de “mogelijkheden” van resp. de onderhoudsgerechtigde en onderhoudsplichtige zou vergroten dan wel verminderen (vgl. J. GERLO, “Echtscheiding, onderhoudsgeld en woonstvergoeding. Een poging tot vereenvoudiging” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS, C. ENGELS, P. VANDENBERGHE en A. WYLLEMAN (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 135-152, nr. 31-34).

In de praktijk komt het meestal hierop neer dat, wanneer de enige vruchten van de post-communautaire onverdeeldheid nagenoeg overeenstemmen met de genotswaarde van de gewezen echtelijke woonst, waarin de onderhoudsgerechtigde echtgenoot heeft verbleven, deze geen woonstvergoeding aan de onderhoudsplichtige echtgenoot verschuldigd is, althans niet voor de periode



van de echtscheidingsprocedure gedurende welke de hulp- en bijdrageverplichting is blijven spelen. In die optiek vermijdt de vereffenende instantie vaak de techniek van de aanrekening, nu zij op empirische wijze kan uitmaken dat de onderhoudsgerechtigde echtgenoot sowieso geen woonstvergoeding moet betalen. Dit zou enkel het geval zijn zo er belangrijke andere vruchten van de post-communautaire onverveeldheid voor handen zouden zijn (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 87).

Hoe dan ook maakt het woonstvoordeel dus deel uit van het alimentatiedebat en deze vaststelling leidt tot de volgende drie regels.

*Regel 1:*

In de beschikking van de voorzitter (ev. vrederechter) wordt het woonstvoordeel expliciet vermeld als begrotingsfactor van het alimentatiegeld. Hier kan er geen probleem zijn.

*Regel 2:*

In de beschikking van de voorzitter (ev. vrederechter) is het woonstvoordeel als begrotingsfactor slechts impliciet aanwezig. Hier zal het probleem zich situeren op het niveau van die impliciete aanwezigheid.

Uit een nooit gepubliceerd cassatiearrest (Cass. 18 maart 1988, nr. 5903) blijkt dat de beslissing van voorzitter resp. vrederechter daarbij extensief mag benaderd worden:

“Dat uit die stukken blijkt (nvdr. beslissingen van de vrederechter en van de voorzitter in kort geding): eendeels, dat de vrederechter, na erop te hebben gewezen dat eiser een appartement huurde, aan verweerster toelating verleende om met haar 3 kinderen afzonderlijk te verblijven in de echtelijke woning, en eiser veroordeelde om aan verweerster een maandelijkse uitkering te betalen ‘teneinde (haar) in staat te stellen behoorlijk te leven met haar 3 kinderen en haar in de mogelijkheid te stellen de schulden te betalen’; anderdeels dat de voorzitter in kort geding aan eiser een afzonderlijke woonplaats aanwees en, ‘gelet op de noden’ van verweerster, hem veroordeelde tot het betalen van een maandelijkse uitkering;

Overwegende dat uit die beslissingen alsdus met zekerheid blijkt dat zowel de vrederechter als de voorzitter in kort geding kennis hadden van het voordeel dat verweerster genoot door de toewijzing van de woning en dat zij met dit voordeel rekening hebben gehouden bij het vaststellen van het bedrag van de uitkering die aan verweerster werd toegekend;

Dat het arrest aldus noch de bewijskracht noch het gezag van gewijsde van die beslissingen miskent”.

Het feit dat de alimentatierechter al dan niet rekening hield met het woonstvoordeel kan bijgevolg ook blijken uit de gegevens aangevoerd in de inleidende gedingakte of in de conclusies van de partijen.

Er mag, wat de tweede regel betreft, besloten worden dat, indien de onderhoudsrechter kennis had van het exclusieve beheer van een onverdeeld goed door de onderhoudsgerechtigde echtgenoot (in de eerste plaats het exclusieve

gebruik van de gewezen echtelijke woonst), dan moet worden aangenomen dat hij hiermee bij de beslechting van het onderhoudsvraagstuk rekening heeft gehouden.

Een expliciete vermelding in de beslissing van dit woonstvoordeel aan de zijde van de gebruikende echtgenoot is weliswaar aangewezen, doch in feite overbodig. Wanneer vaststaat dat de onderhoudsrechter hiervan op de hoogte was, wat in de praktijk, betreffende het woonstvoordeel, voortvloeit uit de vordering tot en de beslissing inzake de afzonderlijke woonst van beide echtgenoten, mag de vereffende instantie aannemen dat de onderhoudsrechter een coherente beslissing heeft genomen, waarvan de verscheidene bestanddelen, als het ware “deelbeslissingen”, onderling met elkaar zijn verbonden. Het tegendeel kan enkel worden aangenomen van de onderhoudsrechter die kennis had van het exclusieve beheer van een onverdeeld goed door de onderhoudsgerechtigde echtgenoot, (in de eerste plaats het exclusieve gebruik van de gewezen echtelijke woonst) maar niettemin hetzij uitdrukkelijk hetzij stilzwijgend, maar zeker, heeft aangegeven dat hij hiermee bij de beslechting van het onderhoudsvraagstuk geen rekening heeft gehouden (S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier nr. 11*, Larcier, 2007, 83).

### *Regel 3:*

In het uitzonderlijke geval dat uit geen enkel van de procedureakten ook maar enige aanwijzing terug te vinden zou zijn, bijvoorbeeld wanneer de alimentatierechter zonder enige toelichting gevraagd zou worden een akkoord tussen partijen te akteren, dan moet de vereffenaar de onderliggende overeenkomst tussen partijen consulteren. In het nog meer uitzonderlijke geval dat ook daarin geen enkele verwijzing naar hetzij een alimentaire, hetzij een vermogensrechtelijke overweging zou terug te vinden zijn, kan ofwel teruggegrepen worden naar de stelling van J. GERLO dat geen woonstvergoeding verschuldigd is bij toepassing van artikel 215 BW (J. GERLO, “Echtscheiding, onderhoudsgeld en woonstvergoeding. Een poging tot vereenvoudiging” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS, C. ENGELS, P. VANDENBERGHE en A. WYLLEMAN (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 135-152, nr. 31-34) ofwel in het kader van de gemeenrechtelijke vereffening van de beheersrekening beslist worden dat zonder meer een woonstvergoeding verschuldigd is (zie voor een toepassing: Antwerpen 22 april 2003, AR 2001/1210, aangehaald in S. MOSSELMANS, *Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten in echtscheiding: begroting, aanrekening en woonstvergoeding*, 92).

## B. MODALITEITEN

### *1. Retroactieve toekenning*

**711** De vraag rijst of de voorzitter in kort geding, op grond van artikel 1280 Ger.W. wel bevoegd is om retroactief voorlopige maatregelen op te

leggen die een aanvang nemen op een ogenblik dat er van een vordering in echtscheiding nog geen sprake was. Met andere woorden, hoe verhoudt artikel 1280 Ger.W. zich ten overstaan van artikel 223 BW? (M. GOVAERTS, "De voorzitter kan ook bevoegd zijn om maatregelen te treffen m.b.t. een periode voorafgaand aan de echtscheidingseis" (noot onder Gent 9 december 2004), *RABG* 2005, 1749).

Deze vraag slaat zowel op de bevoegdheid van de voorzitter *ratione temporis* als *ratione materiae*.

Vanuit dit laatste oogpunt bekeken, behoort het tot het soeverein oordeel van de voorzitter of hij een onderhoudsgeld zal opleggen, dat zich uitstrekt tot een periode voorafgaand aan de echtscheidingseis.

De voorzitter, die krachtens artikel 1280 Ger.W. bevoegd is om te oordelen aangaande de onderhoudsverplichting, doet een uitspraak ten gronde en wordt materieelrechtelijk niet beperkt in het opleggen van voorlopige maatregelen (Gent 21 november 1994, *Div.Act.* 1998, 67).

Als bevoegdheidsregel, bakent artikel 1280 Ger.W. *ratione temporis* de bevoegdheden van respectievelijk vrederechter en voorzitter af. Bijgevolg zal de voorzitter, geadieerd ingevolge een eis tot alimentatie, enkel hoeven na te gaan of de vrederechter voorafgaand al geadieerd werd ingevolge een gelijkaardige vordering dan wel of al een andere echtscheidingsvordering bestaat.

Eenmaal deze controle uitgevoerd, kan de voorzitter oordelen of hij moet ingaan op een onderhoudsvordering overeenkomstig artikel 213 BW en/of artikel 221 BW, die met terugwerkende kracht gesteld wordt (K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid van de kort gedingrechter om tijdens de echtscheidingsprocedure kennis te nemen van een onderhoudsvordering m.b.t. de periode die voorafgaat aan het instellen van de echtscheidingsvordering" (noot onder Brussel 24 april 2001 en Brussel 31 januari 2002), *EJ* 2002, 157-158). Indien de vrederechter geadieerd is ingevolge een dergelijke vordering, kan de voorzitter echter onmogelijk een onderhoudsgeld toekennen, dat een retroactief karakter heeft (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 30).

**712** Een eerste strekking in de rechtspraak en rechtsleer stelt dat de voorzitter niet bevoegd is om alimentatie toe te kennen met betrekking tot een periode, voorafgaand aan de echtscheidingseis (Brussel 28 maart 1996, *Div. Act.* 1998, 66; Brussel 9 mei 1996, *Div.Act.* 2000, 54; KG Bergen 9 september 1969, *JT* 1970, 15). Op grond van artikel 591, 7° Ger.W. is de vrederechter immers bevoegd om kennis te nemen van alle onderhoudsvorderingen. De bevoegdheid van de voorzitter krachtens artikel 1280 Ger.W. vormt hierop een uitzondering zodat op het vlak van de bevoegdheid *ratione temporis* net zoals wat de bevoegdheid *ratione materiae* betreft, er restrictief dient geïnterpreteerd te worden. Bijgevolg, buiten de perken van de echtscheidingseis, zou

de voorzitter niet bevoegd zijn om voorlopige maatregelen te treffen en aldus retroactief alimentatie toe te kennen (F. LIGOT, noot onder Brussel 28 maart 1996, *Div. Act.* 1998, 70-71; A.-M. BOUDART, noot onder Brussel 25 april 2000, *Div. Act.* 2001, 19).

**713** De meerderheidsstrekking echter acht de voorzitter wel bevoegd om kennis te nemen van een onderhoudsvordering, die een aanvang neemt voorafgaand aan de echtscheidingseis. Immers, indien men de hierboven gemelde strekking zou volgen, betekent zulks dat na het instellen van een echtscheidingseis er geen onderhoudsvordering meer mogelijk is met betrekking tot een periode eraan voorafgaand. Na betekening van de dagvaarding in echtscheiding kan de vrederechter op grond van artikel 203 of 213, 221 BW niet meer geadieerd worden om uitspraak te doen over een onderhoudsvordering. Indien de voorzitter evenmin kennis zou kunnen nemen van een dergelijke vordering, is geen enkele rechtsmacht bevoegd om over dergelijke vordering nog te oordelen (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid van de kort gedingrechter om tijdens de echtscheidingsprocedure kennis te nemen van een onderhoudsvordering m.b.t. de periode die voorafgaat aan het instellen van de echtscheidingsvordering” (noot onder Brussel 31 januari 2002), *EJ* 2002, 156).

Voor zover, zoals verdedigd door de eerste strekking, de vrederechter tijdens het echtscheidingsgeding toch bevoegd zou blijven om uitspraak te doen over een onderhoudsvordering (F. LIGOT, noot onder Brussel 28 maart 1996, *Div. Act.* 1998, 71), is het proceseconomisch totaal onverantwoord om de gedingvoerende echtgenoten te verplichten, met betrekking tot een periode, voorafgaand aan de echtscheidingseis, een afzonderlijke procedure te gaan voeren voor de vrederechter, terwijl de voorzitter behoort over alle gegevens te beschikken teneinde ook over dit onderdeel van de onderhoudsvordering uitspraak te doen (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid van de kort gedingrechter om tijdens de echtscheidingsprocedure kennis te nemen van een onderhoudsvordering m.b.t. de periode die voorafgaat aan het instellen van de echtscheidingsvordering” (noot onder Brussel 31 januari 2002), *EJ* 2002, 156, nr. 3).

**714** Het hof van beroep te Brussel oordeelde dan ook volkomen terecht dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg die geadieerd wordt om voorlopige maatregelen te nemen tijdens de echtscheidingsprocedure, ook bevoegd is om uitspraak te doen over een onderhoudsvordering die zich uitstrekt over de periode net vóór het inleiden van de echtscheidingsprocedure. Voorwaarde hiertoe is dat de vrederechter (of in graad van hoger beroep de rechtbank van eerste aanleg) met betrekking tot deze periode geen uitspraak heeft gedaan en evenmin hieromtrent geadieerd is (Brussel 17 februari 2005, *NJW* 2005, afl. 128, 1210, noot G. VERSCHULDEN; Brussel 13 oktober 2005, *Div. Act.* 2007, 170, noot N. GALLUS; zie ook A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 30).

De voorzitter kan dus positief gevolg geven aan een onderhoudsvordering die teruggaat tot vóór de datum van het instellen van de echtscheidingseis, op voorwaarde dat deze vordering kan beschouwd worden als zijnde een accessorium van de vordering tot het bekomen van alimentatie in de loop van het

echtscheidingsgeding (Brussel 31 januari 2002, *EJ* 2002, 155; P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 95).

**715** De onderhoudsvordering met retroactief karakter zal zich voordoen, wanneer voorafgaand aan de echtscheidingsvordering, de echtgenoten gedurende een zekere periode reeds feitelijk gescheiden leefden, zonder dat er een onderhoudsvordering werd gesteld bij toepassing van artikel 213 en/of 221 BW, of hen dringende voorlopige maatregelen werden opgelegd.

Het is niet anders, wanneer een verhoging of verlaging van de alimentatie gevorderd wordt die voorheen door de vrederechter werd opgelegd. Het zou totaal onverantwoord zijn dat de voorzitter de vordering zou verzenden naar de vrederechter, voor zover de nagestreefde verhoging betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de echtscheidingseis (KG Brussel 20 maart 2002, *Div.Act.* 2002, 23, noot D. PIRE).

Vereist is wel dat er nieuwe, wijzigende omstandigheden zijn, opdat met terugwerkende kracht het onderhoudsgeld aangepast wordt. Dat geldt eveneens voor de vrederechter, die hiertoe geadieerd wordt nadat een echtscheidingsvonnis is tussengekomen, dat met kracht van gewijsde is bekleed en die aldus met terugwerkende kracht, meer bepaald gedurende een periode die zich uitstrekt gedurende het echtscheidingsgeding, de alimentatie aanpast (Cass. 14 mei 1990, *RCJB* 1992, noot J.-P. MASSON).

**716** De voorzitter dient echter met de nodige omzichtigheid te oordelen over de retroactieve veroordeling tot een onderhoudsgeld, vermits in beginsel de onderhoudsschuld periodiek moet afgelost worden en niet mag uitgroeien of omgezet worden in een kapitaalschuld, zulks als gevolg van de nalatigheid van de onderhoudsgerechtigde (Brussel 24 april 2001, *EJ* 2002, 153).

Op grond van het *rebus sic stantibus*-beginsel staat er niets aan in de weg dat, in geval van afdoende gewijzigde omstandigheden, retroactief het onderhoudsgeld gewijzigd dan wel toegekend wordt. Doch ook in deze situatie zal met de nodige omzichtigheid geoordeeld moeten worden en vermeden dat de onderhoudsverplichting het karakter van een kapitaalschuld zou krijgen (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 15).

**717** De onderhoudsverplichting bestaat, ongeacht het feit of een vordering is ingesteld om deze verplichting af te dwingen (Cass. 10 januari 1958, *Pas.* 1958, 478). Een belangrijk onderscheid dat dient gemaakt te worden, heeft echter betrekking op het *schuld criterium*.

Wanneer voorafgaand aan een echtscheidingseis, bij de onderhoudsvordering op grond van artikel 213 en 221 BW de bewijslast in hoofde van de eisende partij bestaat met betrekking tot de tekortkomingen van de andere echtgenoot, wordt tijdens het echtscheidingsgeding principieel geen rekening gehouden met de schuld, als voorwaarde tot het bekomen van een onderhoudsgeld.

Vandaar dat de toekenning van een onderhoudsgeld, dat terugwerkt tot vóór het instellen van de echtscheidingseis, slechts weerhouden zal worden indien de voorzitter vaststelt dat het een *accessorium* vormt ten aanzien de onderhoudsvordering gesteld tijdens de echtscheidingsprocedure (Brussel 31 januari 2002, *EJ* 2002, 155; Brussel 13 oktober 2005, *Div.Act.* 2007, 170, noot N. GALLUS).

**718** Bij dit alles mag ten slotte niet uit het oog verloren worden dat de rechter niet verplicht is een wijziging in de alimentatieverplichting retroactief te doen ingaan vanaf de dag dat de inkomsten van een van de partijen gewijzigd zijn. Andere gegevens kunnen verantwoorden dat de wijziging slechts op een later tijdstip ingaat (Cass. 20 november 2003, nr. C.01.0375.N, [www.cass.-be](http://www.cass.-be)).

**719** De voorzitter is evenmin bevoegd om tot interpretatie over te gaan van beslissingen, voorafgaand aan de echtscheidingsprocedure. Hij kan dan ook niet ingaan op het verzoek van de gedingpartijen om akte te verlenen van hun akkoord over de interpretatie van dergelijke uitspraak, waarbij de partijen voor een periode voorafgaand aan de echtscheidingsprocedure hun wederzijdse rechten en verplichtingen willen regelen (Brussel 9 mei 1996, *Div.Act.* 2000, 54).

Zie voor een verdere bespreking van de kwestie van de retroactieve toekenning van onderhoudsgeld *verder* onder de “temporele bevoegdheid” van de voorzitter, nrs. 730-743.

## 2. Ontvangstmachtiging

**720** Er wordt verwezen naar *boven*, nrs. 562-572.

Hier gebeurt de kennisgeving niet door de griffier doch door middel van een betekening bij gerechtsdeurwaarder (art.1280, zesde lid Ger.W.).

In principe kan de rechter slechts een ontvangstmachtiging toestaan voor zover hij kan vaststellen dat de onderhoudsplichtige zijn onderhoudsverplichting niet naleeft of voor zover er een gegronde vrees bestaat dat hij dit niet zal doen.

Een automatisme bij de toekenning moet vermeden worden vermits dit aanleiding kan geven tot misbruiken in hoofde van de onderhoudsgerechtigde.

### 3. *Alimentatie-overeenkomsten*

**721** Hiervoor wordt verwezen naar wat werd uiteengezet *boven* onder dezelfde titel, nrs. 573-576.

## C. PROCEDURE

### 1. *Materiële bevoegdheid*

**722** Van zodra een echtscheidingsreis is ingesteld, met andere woorden vanaf het ogenblik dat de dagvaarding in echtscheiding werd betekend dan wel vanaf de neerlegging van het verzoekschrift daartoe volgens de nieuwe Echtscheidingswet, of verzoekschrift tot vrijwillige verschijning, en de rolstelling is tussengekomen, is de voorzitter bevoegd om uitspraak te doen over de onderhoudsvorderingen die tussen de echtelieden gesteld worden in het kader van voorlopige maatregelen op grond van artikel 1280 Ger.W. (Cass. 5 januari 1978, *RW* 1978-79, 897; Cass. 3 april 1979, *RW* 1979-80, 1629).

**723** De bevoegdheid van de voorzitter *ratione materiae* wordt beoordeeld op het ogenblik dat de vordering wordt ingesteld (K. BOONE, "Voorlopige maatregelen. Bevoegdheidsperikelen", *NJW* 2003, 44; Cass. 22 oktober 1981, *RW* 1982-83, 2457).

Behoudens ingeval toepassing gemaakt wordt van artikel 1258, § 2 (oud) Ger.W. of de artikelen 1256 en 1257 (nieuw) Ger.W. (gehele of gedeeltelijke overeenstemming over de voorlopige maatregelen, bekrachtigd door de bodemrechter), wat in de praktijk niet zo dikwijls voorkomt, is de voorzitter exclusief bevoegd om voorlopige maatregelen op te leggen.

Dit betekent dat de bodemrechter die geadieerd werd ingevolge de echtscheidingsvordering als zodanig, niet bevoegd is om over een onderhoudsvordering hangende de procedure, door een gedingpartij aanvullend gesteld, uitspraak te doen (Gent 2 januari 2003, *RABG* 2004, 1258). Met andere woorden, een gedingpartij kan geen vordering tot toekenning van een onderhoudsuitkering, verschuldigd tijdens de echtscheidingsprocedure, bij toepassing van artikel 213 BW, aan het oordeel van de bodemrechter onderwerpen.

Hij kan dan ook geen voorlopige maatregelen, door de voorzitter bij toepassing van artikel 1280 Ger.W. opgelegd, wijzigen, vermits hij daartoe de bevoegdheid mist (KG Brussel 21 februari 1991, *RTDF* 1991, 355).

De voorzitter is dus exclusief bevoegd om uitspraak te doen over het onderhoudsgeld, verschuldigd in de loop van het echtscheidingsprocedure. Dit heeft voor gevolg dat het neerleggen van een verzoekschrift bij toepassing van de artikelen 221 en 223 BW ter griffie van de vrederechter, nadat de echtscheidingsvordering is ingesteld, zal resulteren in de niet-ontvankelijkheid van deze vordering (Bergen 3 november 1989, *Pas.* 1989, II, 96).

**724** De voorzitter oordeelt als bodemrechter over een (onderhouds)vordering die door een echtgenoot gesteld wordt. Deze bijzondere bevoegdheid wijkt af van de gemeenrechtelijke bevoegdheid van de voorzitter, die krachtens artikel 584 Ger.W. slechts bij voorraad uitspraak doet.

Zoals hierboven al werd gesteld, is de voorzitter bijgevolg niet bevoegd om een akkoord tussen de gedingvoerende echtgenoten te bekrachtigen, over de interpretatie en de wijze van uitvoering van een uitspraak, die voorafging aan de echtscheidingsprocedure, en waarbij de partijen beogen hun wederzijdse rechten en verplichtingen te regelen met betrekking tot een periode die aan het echtscheidingsgeding is voorafgegaan (Brussel 9 mei 1996, *JLMB* 1998, 390).

Daar de voorzitter als bodemrechter oordeelt over een gestelde vordering, is hij, in tegenstelling tot de vrederechter in het kader van het treffen van dringende en voorlopige maatregelen, niet bevoegd om *ultra petita* een onderhoudsgeld aan één van de partijen op te leggen (F. BUYSENS, "Bestuur van het gemeenschappelijk vermogen en echtscheiding" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels*, Antwerpen, Maklu, 1997, 171). Er bestaat overigens nopens de *ultra petita* bevoegdheid van de vrederechter geen eensgezindheid. Zie hierover *boven* nr. 578.

De bevoegdheid van de voorzitter beperkt zich tot het opleggen van een onderhoudsuitkering *ten voorlopige titel*, dit in afwachting dat een uitspraak tussenkomt over de echtscheidingsvordering (J.-L. RENCHON, "Les mesures provisoires relatives aux biens des époux", *RTDF* 1998, 475).

**725** Afwijkend van het gemeen procesrecht, meer bepaald artikel 584 Ger.W., is er in het kader van het opleggen van voorlopige maatregelen bij toepassing van artikel 1280 Ger.W. geen *hoogdringendheid* vereist.

De urgentie maakt aldus geen bevoegdheidsvoorwaarde of grondvoorwaarde uit opdat de voorzitter uitspraak zou kunnen doen over een onderhoudsvordering (K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 197; P. SENAËVE, "De procesrechtelijke aspecten van de voorlopige maatregelen" in P. SENAËVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten (art. 223 BW en artikel 1280 Ger.W.)*, Leuven, Acco, 1989, 300). Nochtans bestaat hieromtrent in de rechtspraak en rechtsleer geen algemene eensgezindheid, en wordt gesteld dat tijdens het echtscheidingsgeding het op grond van een vermoeden van hoogdringendheid is dat de voorzitter bevoegd is om voorlopige maatregelen te treffen. Zodoende wordt hij ontslagen van elk onderzoek naar de hoogdringendheid, wanneer hij uitspraak doet in het kader van artikel 1280 Ger.W. (Cass. 29 juni 1995, *EJ* 1996, 22 en *Div.Act.* 1996, 11, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL; KG Luik 23 oktober 1997, *JLMB* 1997, 1715, noot G. DE L.; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1996, 196).



De rechter in hoger beroep voor wie hoger beroep is ingesteld door een verweerder in kort geding aan wie een voorlopige maatregel werd opgelegd, kan zich ertoe beperken te oordelen op grond van het spoedeisende karakter van de zaak, waarbij hij zich plaatst op het ogenblik van zijn uitspraak. Wanneer de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de zaak niet langer een spoedeisend karakter vertoont, brengt zulks noodzakelijk met zich mee dat de door de eerste rechter bevolen voorlopige maatregelen vervallen vanaf de uitspraak in hoger beroep, dit als gevolg van de toepassing van de devolutieve kracht van het hoger beroep (art. 1068, eerste lid Ger.W.; Cass. 19 januari 2006, *NJW* 2007, 318, noot N.P.).

De casus komt nogal verwarrend over. In een eerste arrest van 5 december 2000 had de appelrechter beslist dat er geen urgentie meer was en dat bijgevolg het hoger beroep en het incidenteel beroep ongegrond waren. De oorspronkelijke vordering was gesteund op artikel 584, eerste lid Ger.W. zijnde de gemeenrechtelijke urgentie. Om reden dat partijen ervan uitgingen dat de oorspronkelijke voorlopige maatregelen vervallen waren, werden nieuwe dan wel gewijzigde maatregelen gevraagd doch ditmaal op grond van artikel 1280 Ger.W. Opnieuw in hoger beroep oordeelde de appelrechter in een arrest van 10 maart 2004 dat de oorspronkelijke maatregelen (art. 584, eerste lid Ger.W.) niet vervallen waren en dat de door appellant ontwikkelde argumentatie niet relevant was vermits niet werd aangetoond dat er gewijzigde omstandigheden waren. Het cassatiearrest maakt slechts toepassing van de devolutieve werking van het hoger beroep waardoor de eerste maatregelen vervallen waren en de beide appelprocedures eigenlijk niets meer met elkaar te maken hadden. Er wordt geen antwoord gegeven op de hierboven gestelde urgentie-problematiek.

**726** In verhouding tot het bodemgeschil vormen de voorlopige maatregelen en het opgelegde onderhoudsgeld in het bijzonder, geen *accessorium* tot een welbepaalde echtscheidingseis.

Dit heeft voor gevolg dat de beschikking, waarbij een onderhoudsgeld wordt opgelegd blijft gelden zolang een echtscheidingsgeding hangende is. Hierdoor wordt iedere onzekerheid weggenomen met betrekking tot de gelding in de tijd van de onderhoudsverplichting waartoe een echtgenoot tijdens het echtscheidingsgeschil gehouden is (Cass. 4 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 263, *JT* 1985, 76 en *Pas.* 1984, I, 242; F. Aps, “Kroniek van het echtscheidingsrecht (1994-1998)”, *RW* 1998-99, 1404).

Ook afstand van een welbepaalde echtscheidingseis doet niets af van het van kracht blijven der opgelegde voorlopige maatregelen. Zulks houdt in dat wanneer voorlopige maatregelen werden opgelegd naar aanleiding van een welbepaalde echtscheidingseis, waarvan naderhand afstand wordt gedaan, deze maatregelen blijven gelden en uitvoerbare kracht hebben indien onder-tussen een tegeneis in echtscheiding werd ingesteld.

Het maakt dus helemaal niet uit of een andere echtscheidingseis geformuleerd werd, hetzij bij wijze van conclusie, t.t.z. als tegeneis in het kader van het hangende echtscheidingsgeding, dan wel als gevolg van een ervan losstaande echtscheidingsvordering, die werd ingesteld bij dagvaardingsexploot of verzoekschrift (Cass. 4 januari 1996, *RW* 1996-97, 268, *JT* 1996, 559, *Pas.* I, 1996, 13 en *EJ* 1996, 118, noot P. SENAËVE; Besl. Mechelen 11 februari 1994, *RW* 1995-96, 439).

Derhalve zal de onderhoudsverplichting automatisch vervallen, niet meer opeisbaar zijn, wanneer de uitspraak, die voorziet in de ontbinding van het huwelijk, in kracht van gewijsde is gegaan, dan wel ingeval de eisende partij afstand van geding doet met betrekking tot de echtscheidingseis en er hierdoor verder geen echtscheidingsprocedure meer tussen de echtgenoten bestaat.

Ook verliezen de voorlopige maatregelen hun uitwerking van zodra de bodemrechter een uitspraak heeft gedaan, die in kracht van gewijsde is getreden, waarbij de vervallenverklaring van de echtscheidingseis werd weerhouden ingevolge *verzoening* tussen de echtelieden (dit nog in het kader van het oude echtscheidingsrecht).

Door de nieuwe Echtscheidingswet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007) werd de *exceptie van verzoening* (art. 1284-1286 (oud) Ger.W.) opgeheven. In de oude wetgeving kon de echtscheidingseis door het inroepen van deze exceptie, zijnde een verweermiddel, niet toelaatbaar worden verklaard. De exceptie was van openbare orde en kon ambtshalve door de bodemrechter worden ingeroepen.

Het feit dat de exceptie verdwijnt belet evenwel niet dat een verzoening wel een impact kan hebben op het al dan niet onherstelbare karakter van de ontwrichting en de mogelijkheid tot het “voortzetten” of “hervatten” van het samenleven (art. 229, § 1 BW nieuw).

Voor zover de onderhoudsschuldenaar er belang bij heeft, kan hij in rechte laten acteren dat de onderhoudsverplichting hem opgelegd bij beschikking, is vervallen. Dit zal zich voordoen en gevorderd worden voor de beslagrechter, wanneer de schuldeiser van het onderhoudsgeld tracht uitvoeringsdaden te stellen op basis van een vroegere beschikking, die haar uitvoerbare kracht verloren heeft (P. SENAEVE, “De geldingsduur van de voorlopige maatregelen” (noot onder Cass. 4 januari 1996), *EJ* 1996, 119-120).

**727** Ook op procedureel vlak geldt het *rebus sic stantibus*-beginsel van de onderhoudsverplichting. Dit betekent dat de beschikking van de voorzitter met gezag van gewijsde is bekleed en door hem op een later tijdstip niet kan ongedaan gemaakt worden, bijvoorbeeld als gevolg van de inertie van de eisende partij in het bodemgeskil (KG Antwerpen 26 maart 1991, *TBBR* 1992, 79). Slechts wijzigende omstandigheden kunnen aanleiding geven, desnoods met terugwerkende kracht, om het opgelegde onderhoudsgeld af te schaffen dan wel te wijzigen (Cass. 17 juni 1999, *RTDF* 2000, 628).

**728** Ten slotte dient de geldingsduur van de onderhoudsverplichting tijdens het echtscheidingsgeding onderscheiden te worden van de *uitvoerbare kracht* van de uitspraak die een onderhoudsgeld had opgelegd.

Wanneer er aldus geen echtscheidingsgeding meer hangende is, ongeacht of zulks al dan niet geresulteerd heeft in de ontbinding van het huwelijk, behoudt deze uitspraak haar uitvoerbare kracht wat betreft het bedrag van het onderhoudsgeld, dat tijdens dit echtscheidingsgeding vervallen is (Rb. Brussel 14 april 1986, *RTDF* 1987, 407).

**729** De berusting of de afstand van de echtscheidingseis heeft niet tot gevolg dat het onderhoudsgeld, opgelegd tijdens gezegd bodemgeschil, dient beschouwd te worden als zijnde onbestaande (Arrondrb. Luik 23 maart 1989, *JLMB* 1989, 1462).

De onderhoudsverplichting, die bestond tijdens het echtscheidingsgeding, dient ook nageleefd te worden, ook al werd ondertussen de echtscheidingsvordering afgewezen, vermits de ontstane verplichting dadelijk dient uitgevoerd te worden, ongeacht het lot van de echtscheidingsprocedure (Cass. 4 november 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 263). Bijgevolg blijft de beschikking of het arrest uitvoerbare kracht behouden met betrekking tot vervallen onderhoudsgelden die onbetaald bleven, ook nadat een uitspraak is tussengekomen omtrent het bodemgeschil, dat in kracht van gewijsde getreden is (Beslagr. Luik 5 februari 1986, *JL* 1986, 322; Beslagr. Brussel 2 november 1987, *RTDF* 1988, 382).

Aldus kent de onderhoudsverplichting tussen echtgenoten niet het retroactief effect van de echtscheiding, zoals dit wel het geval is wat betreft het huwelijk-vermogenstelsel dat erdoor ontbonden werd.

## 2. De temporele bevoegdheid

### a. Aanvang

**730** Zodra de echtscheidingsvordering aanhangig gemaakt werd, is de voorzitter *ratione temporis* bevoegd om uitspraak te doen over de onderhoudsvordering.

Het is dan ook van belang dat de bevoegdheid van de voorzitter niet in concurrentie komt met deze van de vrederechter, die mogelijk voordien geadieerd werd ingevolge een vordering, gesteund op artikel 221 of 223 BW. Om die reden kunnen de dringende en voorlopige maatregelen die de vrederechter voor onbepaalde duur getroffen heeft, doorwerken tijdens het echtscheidingsgeding, op voorwaarde dat de voorzitter niet geadieerd wordt ingevolge een vordering tot het bekomen van voorlopige maatregelen, waaronder de onderhoudsvordering.

**731** Indien de voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding voorlopige maatregelen beveelt die ingaan vanaf de dagvaarding of het verzoekschrift tot echtscheiding, dan vervallen de reeds uitgevoerde maatregelen die door de vrederechter werden bevolen overeenkomstig artikel 223 BW (Cass. (3de kamer) 20 februari 2006, *EJ* 2006, 35, noot P. SENAËVE, *RABG* 2006, 1228, noot M. GOVAERTS en *TBBR* 2007, 40 noot G. CLOSSET-MARCHAL; K. BOONE, "Voorlopige maatregelen. Bevoegdheidsprikelen", *NJW* 2003, 44, nr. 7; K. UYTTERHOEVEN, "De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 200).

Van zodra de echtscheidingsvordering ingesteld is, kan ieder der gedingvoerende partijen, overeenkomstig artikel 1280 Ger.W. zich tot de voorzitter wenden, met het oog op het bekomen van een onderhoudsgeld. Zodoende is de bevoegdheid van de vrederechter in de tijd afgebakend.

**732** De vrederechter zal nog regelmatig geadieerd zijn op grond van artikel 223 BW, indien hij werd geadieerd vooraleer betekening van de echtscheidings eis heeft plaatsgevonden.

De dringende voorlopige maatregelen zullen dan uitvoering kennen tot wanneer de voorzitter naderhand zijn beschikking velt (Cass. 22 oktober 1981, *RW* 1982-83, 2458; Cass. (3de kamer) 20 februari 2006, *EJ* 2006, 35, noot P. SENAEVE, *RABG* 2006, 1228, noot M. GOVAERTS en *TBBR* 2007, 40, noot G. CLOSSET-MARCHAL; Vred. Marchienne-au-Pont 13 februari 1998, *JLMB* 2000, 1224).

Doorslaggevend hierbij is de datum waarop het verzoekschrift in het register der verzoekschriften werd ingeschreven, in vergelijking met de datum waarop de echtscheidingseis betekend werd dan wel het verzoekschrift tot echtscheiding werd neergelegd of het proces-verbaal van vrijwillige verschijning werd ondertekend. Met andere woorden, de bevoegdheid wordt beoordeeld op het ogenblik van de rechtsingang en niet op het ogenblik van de uitspraak (K. VANLEDE, "Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2000, 3)

De datum waarop de echtscheidingseis op rol werd gebracht, is hierbij niet van belang (Rb. Charleroi 13 februari 1996, *TBBR* 1997, 118) Enkel is vereist dat de rolstelling van de betekende echtscheidingsvordering tussenkomt.

**733** De voorzitter is ook bevoegd om op grond van artikel 1280 Ger.W. uitspraak te doen, wanneer de bodemrechter in hoofdorde geadieerd werd in een vordering tot nietigverklaring van het huwelijk en in ondergeschikte orde in een eis tot echtscheiding, die nog hangende is (Rb. Brussel 16 maart 1999, *JT* 1999, 626).

**734** Uitsluitend ingeval er zich gewijzigde omstandigheden hebben voorgedaan, kan de voorzitter met terugwerkende kracht over de onderhoudsverplichting uitspraak doen, wanneer voorafgaand aan het echtscheidingsgeding, dringende voorlopige maatregelen (art. 223 BW) waren opgelegd die qua duur niet waren uitgedoofd. De voorzitter zal aldus moeten nagaan of de vrederechter niet geadieerd is ingevolge een onderhoudsvordering (Brussel 28 juni 2001, *JLMB* 2002, 1500, noot J. THIELEN; KG Brussel 20 maart 2002, *Div. Act.* 2002, 68, noot D. PIRE). Zie ook *boven* nr. 645.

## b. Einde

**735** De beoordeling van de volstreckte bevoegdheid van de voorzitter op het ogenblik dat de vordering is ingesteld, en niet op het ogenblik dat hij een uitspraak moet doen, is evenzeer van belang wat het tijdstip betreft dat zijn bevoegdheid, op grond van artikel 1280 Ger.W. ophoudt. Dit is het geval van zodra het echtscheidingsvonnis in kracht van gewijsde getreden is (Cass. 19 april 2002, *JLMB* 2003, 35, *Pas.* 2002, 930, *RW* 2003-04, 811, *RTDF* 2003, 334, *EJ* 2004, 2, noot K. UYTTERHOEVEN en *Div.Act.* 2004, 49, noot Q. FISCHER).

Vooraleer de bodemuitspraak echter in kracht van gewijsde getreden is, blijft de voorzitter bevoegd om kennis te nemen van de onderhoudsvordering (Cass. 9 september 1988, *RW* 1989-99, 187; Luik 13 november 2000, *JT* 2001, 74; KG Brussel 30 september 1991, *JT* 1991, 797; KG Brussel 29 september 1997, *JLMB* 2000, 1223; Vred. Izegem 8 april 1998, *RW* 1998-99, 857).

De voorzitter is niet langer bevoegd wanneer het huwelijk door echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding (art. 232, eerste lid (oud) BW) werd uitgesproken en de bodemrechter nog geadieerd blijft ingevolge een aanvullende vordering, met name betreffende de omkering van het schuldvermoeden, overeenkomstig artikel 306 BW.

In dergelijk geval zal de onderhoudsvordering uitsluitend nog bij de vrederechter aanhangig kunnen gemaakt worden, onverminderd de mogelijkheid van een vordering tot het bekomen van een provisionele uitkering na echtscheiding (Arrondrb. Luik 23 mei 1996, *JLMB* 1996, 1619; Arrondrb. Luik 18 februari 1999, *RTDF* 2000, 663).

**736** Wanneer de voorzitter niet meer bevoegd is om een onderhoudsgeld toe te kennen, is de bodemrechter, indien hij geadieerd werd vooraleer uitspraak te doen over de echtscheidingseis, bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot toekenning van een provisionele uitkering na echtscheiding (Rb. Aarlen 30 april 1999, *JT* 1999, 791; zie ook m.b.t. de bevoegdheid van de vrederechter: Vred. Meise 24 juli 2003, *RW* 2003-04, 541). Alleszins is de voorzitter na de ontbinding van het huwelijk niet meer bevoegd om uitspraak te doen inzake de provisionele uitkering na echtscheiding (Brussel 13 februari 2002, *JT* 2002, 386).

Dit neemt echter niet weg dat de voorzitter, eens hij geadieerd is ingevolge een onderhoudsvordering vóór het definitief worden van het echtscheidingsvonnis, nadien (eventueel in hoger beroep) nog uitspraak kan doen over de hangende eis (Brussel 13 februari 2002, *JT* 2002, 386; Gent 19 juni 2003, *RABG* 2004, 1260; Arrondrb. Luik 18 juni 1998, *JLMB* 2000, 388; KG Rb. Marche-Famenne 9 juni 1999, *Div.Act.* 1999, 123).

## c. Hoger beroep

**737** Indien de voorzitter geadieerd kan worden in afschaffing of vermindering van het onderhoudsgeld, vooraleer de uitspraak in echtscheiding in kracht van gewijsde getreden is, maar er nog een hoger beroep hangende is over zijn oorspronkelijke beschikking, waarbij dit onderhoudsgeld werd opgelegd, is dergelijke vordering voor de eerste rechter niet ontvankelijk in-

gevolgde de devolutieve kracht van het hoger beroep, overeenkomstig artikel 1068 Ger.W. (KG Kortrijk 26 februari 1998, *RW* 1998-99, 856). De devolutieve werking van het hoger beroep verleent rechtsmacht aan de appelrechter voor het volledige geschil zoals het bestaat op de dag dat de zaak bij hem aanhangig wordt gemaakt, zelfs indien nieuwe feiten waarvan de eerste rechter geen kennis had, worden aangevoerd (Cass. 9 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1067 en *Bull.* 2000, 671; Cass. 19 januari 2006, *NJW* 2007, 318, noot N.P., zie voor een bespreking van dit laatste arrest, *boven* nr. 725).

Deze devolutieve werking behoort tot de openbare orde, zodat de voorzitter gebeurlijk ambtshalve de ontoelaatbaarheid moet inroepen (KG Rb. Brussel 7 februari 1996, *RTDF* 1998, 107).

**738** Indien hoger beroep tegen een “gemengde” beschikking wordt aangekend, d.w.z. een beschikking waarin eveneens een onderzoeksmaatregel wordt bevolen over één of andere voorlopige maatregel, dan is het hof van beroep overeenkomstig artikel 1068, tweede lid Ger.W. verplicht de zaak terug naar de voorzitter te verzenden, wanneer zij de bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt, opdat hierover ten gronde uitspraak kan worden gedaan.

Het voorgaande geldt zelfs indien intussen de resultaten van dit onderzoek gekend zijn en aan het hof kunnen voorgelegd worden. Slechts wanneer in hoger beroep uitspraak over de voorlopige maatregel kan gedaan worden, zonder dat rekening kan en mag gehouden worden met de resultaten van het onderzoek dient de appelrechter, op grond van het cassatiearrest van 11 januari 1990 de zaak naar zich toe te trekken ingevolge de devolutieve werking (Cass. 11 januari 1990, *JT* 1990, 452 en *RW* 1990-91, 259, noot K. BROECKX).

Bij toepassing van voormelde principes was het hof van beroep te Brussel verplicht terug te verwijzen naar de voorzitter die, alvorens recht te doen over de alimentatievordering van de vrouw, een bedrijfsrevisor had aangesteld met als opdracht over te gaan tot een deskundigenonderzoek naar het inkomen van de man (Brussel 22 april 1999, *Div.Act* 1999, 155, noot en *EJ* 1999, 142, noot K. BROECKX; de auteur pleit voor de gecombineerde toepassing van art. 1068, eerste lid en 1072 Ger.W., weliswaar door het Hof van Cassatie tot nu toe verworpen, om nutteloze en tijdrovende terugverwijzingen te vermijden).

Enkel op grond van de gemeenrechtelijke bevoegdheid, overeenkomstig artikel 584 Ger.W. kan de voorzitter nog aangezocht worden in geval van devolutieve werking, wat betekent dat de urgentie moet aangetoond worden (KG Brussel 22 maart 1996, *Pas.* 1995, III, 78).

Wanneer het hof van beroep uitspraak gedaan heeft over een vordering tot voorlopige maatregelen inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten en de heropening van het debat bevolen heeft alvorens uitspraak te doen over een andere vordering, kan het, bij die gelegenheid, niet kennismaken van de vordering tot wijziging van de beslissing die het gewezen heeft, aangezien die vordering voor de voorzitter van de rechtbank moet worden gebracht.

Het betrof een nieuwe vordering tot wijziging van het onderhoudsgeld waarover het hof zich reeds ten definitieve titel had uitgesproken. Het tussenarrest had dus twee onderdelen: een gedeelte dat definitief was en een gedeelte dat de heropening van de debatten beval.

De appelrechter had geoordeeld dat hij zijn rechtsmacht op het vlak van de alimentatievordering

volledig had uitgeput en daar bijgevolg niet meer kon op terugkomen wat door het Hof van Cassatie werd bevestigd (Cass. 23 mei 2008, C.06.0607.F, *RTDF* 2008, 1272).

#### d. Meerdere echtscheidingsvorderingen

**739** De controverse die bestond in rechtspraak en rechtsleer over de bevoegdheid van de voorzitter, wanneer meerdere echtscheidingsvorderingen hangende waren, en op grond van één ervan het huwelijk reeds ontbonden was, is ingevolge de wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997) definitief beslecht geworden (S. DEMARS, “Les procédures en divorce. La réforme de la réforme Loi du 20 mai 1997” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 14, Brussel, De Boeck & Larcier, 1997, 47-48; K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 201-202; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Le sort des demandes incidentes introduites sur la base de l’article 1280 du Code Judiciaire après la dissolution du mariage” (noot onder KG Brussel 7 november 1997), *RTDF* 1999, 326 e.v.).

Een strekking in rechtspraak en rechtsleer stelde voordien al dat de bevoegdheid van de voorzitter om uitspraak te doen tot het opleggen van voorlopige maatregelen, zich niet verder uitstrekte dan de ontbinding van het huwelijk, waardoor de jeugdrechtbank bevoegdheid verwierf over de uitoefening van het ouderlijk gezag, en waarna de vrederechter dan ook op het vlak van het onderhoudsgeld opnieuw bevoegdheid bekam (KG Namen 29 september 1995, *EJ* 1996, noot P. SENAËVE).

Daartegenover stelde het Hof van Cassatie dat de voorzitter bevoegd bleef over rechten en plichten die ingevolge de ontbinding van het huwelijk niet eindigen (Cass. 21 december 1995, *EJ* 1996, 91, noot K. BROECKX en J. ROODHOFT).

**740** Het eerste en negende lid van artikel 1280 Ger.W. bepalen nu formeel dat de bevoegdheid van de voorzitter eindigt van zodra het huwelijk door echtscheiding is ontbonden, wat dus betekent dat van zodra de uitspraak kracht van gewijsde heeft verworven, de voorzitter niet langer bevoegd is om van een onderhoudsvordering kennis te nemen. Dit neemt echter niet weg dat de voorzitter, eens geadieerd ingevolge een onderhoudsvordering vóór het definitief worden van het echtscheidingsvonnis, nadien nog uitspraak kan doen omtrent de hangende eis (Arrondrb. Luik 18 juni 1998, *JLMB* 2000, 388; KG Marche-en-Famenne 9 juni 1999, *Div.Act.* 1999, 123).

#### e. Uitbreiding of wijziging

**741** Ook zal de voorzitter uitspraak kunnen doen, over de gewijzigde vordering, bij toepassing van artikel 807 Ger.W. (bv. een vordering tot verhoging van het onderhoudsgeld) (Brussel 14 januari 2000, *RTDF* 2001, 475). Bijge-

volg zou de oorspronkelijke onderhoudsvordering, die gesteund is op de artikelen 213 en 221 BW, uitgebreid of omgezet kunnen worden in een vordering tot toekenning van een provisionele uitkering na echtscheiding (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 205).

Wanneer een uitbreiding of wijziging van een vordering, na de ontbinding van het huwelijk wel mogelijk is, kan evenwel geen nieuwe eis meer ingesteld worden in het kader van de hangende kort gedingprocedure (Cass. 19 april 2002, *JLMB* 2003, 35, *Pas.* 2002, 930, *RW* 2003-04, 811, *RTDF* 2003, 334, *EJ* 2004, 2, noot K. UYTTERHOEVEN en *Div.Act.* 2004, 49 noot Q. FISCHER). Evenmin kan er na de ontbinding van het huwelijk, voor de voorzitter middels de neerlegging van een conclusie nog een tegeneis gesteld worden (*anders* K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 203 e.v., nr. 312).

Alle nieuwe vorderingen, waaronder ook de tegeneis, die ingesteld worden na de ontbinding van het huwelijk, zijn krachtens artikel 1280, negende lid Ger.W. niet ontvankelijk. Uitsluitend de aanvullende vorderingen, die gebaseerd zijn op de oorspronkelijke vordering, kunnen in die omstandigheden weerhouden worden (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Le sort des demandes incidentes introduites sur la base de l’article 1280 du Code Judiciaire après la dissolution du mariage” (noot onder KG Brussel 7 november 1997), *RTDF* 1999, 330 e.v.: de auteur gaat niet akkoord met het niet ontvankelijk verklaren van dergelijke tegenvordering bij wijze van conclusies, neergelegd na de ontbinding van het huwelijk; gezien art. 1280 Ger.W. een bevoegdheidsregeling uitmaakt, is de sanctie niet de onontvankelijkheid van de vordering, doch moet deze verzonden worden naar de arrondissementsrechtbank wat de onderhoudsvordering betreft).

Het Hof van Cassatie heeft iedere verdere twijfel weggenomen en preciseerd dat alle vorderingen, zowel hoofd- als tussenvorderingen, ingeleid na de ontbinding van het huwelijk, zij het bij wijze van dagvaarding, conclusie of proces-verbaal van vrijwillige verschijning of zelfs vrijwillige tussenkomst, niet ontvankelijk zijn daar de voorzitter niet langer bevoegd is ervan kennis te nemen (Cass. 19 april 2002, *JLMB* 2003, 35, *Pas.* 2002, 930, *RW* 2003-04, 811, *RTDF* 2003, 334, *EJ* 2004, 2, noot K. UYTTERHOEVEN en *Div.Act.* 2004, 49 noot Q. FISCHER).

De voorzitter en *a fortiori* ook de appelrechter, blijft aldus uitsluitend nog bevoegd om kennis te nemen van aanvullende vorderingen, die geënt zijn op de hoofdvordering daar ze beschouwd worden als virtuele vorderingen, vervat in de inleidende vordering en die beschouwd kunnen worden als tezelfdertijd ingesteld met de hoofdvordering.

De aanvullende vordering behelst uitsluitend deze vordering die in het verleden ligt van de oorspronkelijke vordering, zulks ingevolge sedertdien gewijzigde omstandigheden. Zodoende onderscheidt de aanvullende vordering



zich duidelijk van de nieuwe eis of de tegeneis. Met andere woorden, de voorzitter kan enkel nog van de aanvullende vorderingen kennisnemen, nadat het huwelijk ontbonden is.

**742** Op het vlak van de alimentatie kunnen uitsluitend aanvullende vorderingen gesteld worden, indien de hoofdvordering al in een onderhoudsvordering voorziet en de verhoging hiervan uitsluitend het karakter heeft van de hiervoor omschreven aanvullende vordering.

Daartegenover kan het verweer van de onderhoudsplichtige bestaan in het nastreven van een verlaagde onderhoudsuitkering. Indien de verwerende partij een onderhoudsvordering bij tegeneis instelt, is de voorzitter logischerwijs niet langer bevoegd, wanneer deze tegeneis na de ontbinding van het huwelijk gesteld wordt (Q. FISCHER, “La compétence ratione temporis du juge des mesures urgentes et provisoires pendant une instance en divorce” (noot onder Cass. 19 april 2002 en Brussel 4 maart 2003), *Div.Act.* 2004, 56 e.v.).

**743** Hierboven werd al gesteld dat ingevolge de devolutive werking van het hoger beroep de appelrechter dient rekening te houden met de nieuwe gegevens en gewijzigde omstandigheden die zich sedert de beschikking van de eerste rechter hebben voorgedaan (Cass. 9 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1067 en *Bull.* 2000, 671).

Anderzijds komt het de voorzitter niet meer toe daarover nog te oordelen, hangende het hoger beroep. De blijvende saisine wijzigt daaraan niets (Gent 19 juni 2003, *RABG* 2004, 1260).

### 3. De territoriale bevoegdheid

**744** De voorlopige maatregelen vormen een accessorium van de echtscheidingsvordering, zodat uitsluitend de voorzitter *ratione loci* bevoegd is om kennis te nemen van de onderhoudsvordering, van de rechtbank die territoriaal bevoegd is voor de echtscheidingseis conform artikel 628, 1° Ger.W. (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 224).

De voorzitter kan zich niet uitspreken over de bevoegdheid van de bodemrechter, maar hij zou wel kunnen vaststellen dat er voldoende aanwijzingen zijn dat deze niet bevoegd is (KG Brussel 21 november 2002, *RTDF* 2003, 128). Indien in de dagvaarding tot echtscheiding een keuze van woonst wordt gedaan dan geldt die ook voor de kort gedingrechter (Antwerpen 22 december 2003, *EJ* 2004, 162, noot K. UYTTERHOEVEN).

**745** Wanneer de bodemrechter zich territoriaal onbevoegd verklaart, zal eveneens de onderhoudsvordering, hangend voor de voorzitter dienen verzonden te worden naar de voorzitter van de rechtbank die territoriaal wel bevoegd is (KG Luik 20 juni 1985, *RTDF* 1987, 418).

Omgekeerd behoort het niet tot de bevoegdheid van de voorzitter om de territoriale bevoegdheid te onderzoeken van de bodemrechter, die trouwens het bevoegdheidsincident ambtshalve op de inleidingszitting behoort op te werpen. Uitsluitend deze laatst oordeelt omtrent de territoriale bevoegdheid (KG Luik 8 februari 1992, *JLMB* 1993, 596; *anders* KG Hoei 8 januari 1982, *JL* 1983, 45).

#### 4. *Rechtspleging en rechtsingang*

##### a. *Dagvaarding*

**746** De meerderheidsopvatting stelt dat de vordering in voorlopige maatregelen en het onderhoudsgeld in het bijzonder uitsluitend kan worden ingeleid met een *d a g v a a r d i n g*.

Daartegenover stelt een andere strekking dat eveneens met een verzoekschrift kan worden ingeleid, waarbij verwezen wordt naar artikel 1320 Ger.W. (KG Marche-en-Famenne 7 november 1984, *RTDF* 1985, 67, noot C. PANIER; KG Brussel 27 september 1993, *RRD* 1995, 205).

Terecht staat K. UYTTERHOEVEN voor dat, zelfs niet alleen de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure niet kan ingeleid worden met een tegensprekelijk verzoekschrift. Overeenkomstig artikel 1254, § 1 (oud) Ger.W. wordt zowel de echtscheidingseis op grond van bepaalde feiten als de voorlopige maatregelen ingeleid “in de gewone vorm”. Dit kan niets anders betekenen dan dat artikel 700 Ger.W. van toepassing is en niet de wijze van rechtsingang die van toepassing is op de bijzondere rechtsplegingen, waartoe artikel 1320 Ger.W. behoort (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 232).

**747** Artikel 1254 (oud) Ger.W. betreffende de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten dat een bijzondere rechtspleging voorschrijft, maakte het ook mogelijk dat naast de exclusieve bevoegdheid van de voorzitter om voorlopige maatregelen op te leggen bij toepassing van artikel 1258, § 2 (oud) Ger.W., de bodemrechter de volledige of gedeeltelijke overeenstemming van de gedingpartijen over de voorlopige maatregelen kon bekrachtigen. Deze bekrachtiging gold als vonnis.

Komt het niet tot een dergelijke bekrachtigde overeenstemming, dan verwees hij de zaak op verzoek van één der gedingpartijen naar de eerste dienstige terechtzitting in kort geding. Nochtans was de bodemrechter niet bevoegd om een beslissing te vellen over de voorlopige maatregelen, hij kon enkel een akkoord bekrachtigen.

**748** De eisende partij beschikt over de volgende mogelijkheden om voorlopige maatregelen (waaronder een onderhoudsvordering) te vorderen, onver-

minderd de vrijwillige verschijning en de voormelde blijvende saisine van de kort gedingrechter (art.1280, laatste lid Ger.W.):

- de gecombineerde dagvaarding of verzoekschrift met enkelvoudige dagstelling voor de bodemrechter (art. 1258, § 2 (oud) Ger.W. en art. 1256 (nieuw) Ger.W.);
- de gecombineerde dagvaarding met tweevoudige dagstelling enerzijds voor de bodemrechter en anderzijds voor de voorzitter in kort geding (art. 1254, § 2, derde lid (oud) Ger.W. en art. 1254, § 1, vierde lid (nieuw) Ger.W. met verwijzing naar art. 1280 Ger.W.);
- de afzonderlijke dagvaarding enerzijds voor de bodemrechter en anderzijds voor de voorzitter in kort geding (art. 1280 Ger.W.).

In het kader van de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) blijft de oude regeling van inleiding van de vordering tot het bekomen van voorlopige maatregelen bestaan.

De twee mogelijkheden blijven ongewijzigd.

Of wel gelukken de echtgenoten erin akkoorden te bereiken (al dan niet via bemiddeling) die dan door de echtscheidingsrechter kunnen worden gehomologeerd mits deze niet duidelijk in strijd zijn met de belangen van de kinderen (art. 1256, eerste en tweede lid (nieuw) Ger.W.).

Of wel leggen zij hun eisen m.b.t. die maatregelen voor aan de kort gedingrechter die daarover dan zal beslissen (art. 1256, derde lid (nieuw) Ger.W.).

De maatregelen die aldus hetzij door de echtscheidingsrechter werden gehomologeerd, hetzij werden opgelegd door de kort gedingrechter hebben slechts een voorlopig karakter.

Niettemin kunnen de partijen, na het verstrijken van een termijn van 3 maanden volgend op de homologatie van hun overeenkomst of de beschikking in kort geding, om de bekrachtiging van de maatregelen door de echtscheidingsrechter vragen, dit keer definitief en ook voor de periode die volgt op de echtscheiding. De gedeeltelijke akkoorden inzake de vereffening van het huwelijksvermogensstelsel die tijdens de echtscheidingsprocedure werden gesloten, blijven gesloten onder opschortende voorwaarde van het definitief worden van de echtscheiding en van hun bekrachtiging tijdens de procedure van vereffening en verdeling (art. 1257, laatste lid (nieuw) Ger.W.).

Nieuw is dus dat nog vóór de ontbinding van het huwelijk reeds (gedeeltelijke) akkoorden voor na de echtscheiding kunnen worden gesloten, wat in de oude wetgeving niet mogelijk was.

**749** Verder blijft de voorzitter bevoegd om de nodige bewarende maatregelen te treffen bij toepassing van artikel 584, derde lid Ger.W. in geval van absolute noodzakelijkheid. Dit gebeurt met een eenzijdig verzoekschrift ingeval de dagvaarding in kort geding niet aangewezen is om de belangen van de betrokken echtgenoot doelmatig te beschermen (KG Luik 14 december 1995, *RRD* 1996, 272; zie ook KG Brussel 1 december 1994, *RTDF* 1996, 362: een vordering op grond van art. 584 Ger.W. is ongegrond indien deze enkel tot doel heeft snel een wijziging te bekomen van een reeds op grond van art. 1280 Ger.W. getroffen voorlopige maatregel, in het kader waarvan tevens een deskundigenonderzoek werd bevolen).

#### b. Permanente saisine

**750** Ingevolge de permanente saisine van de voorzitter (art. 1280, laatste lid Ger.W.) wordt de onderhoudsvordering als voorlopige maatregel volkomen aan de bevoegdheid van de bodemrechter onttrokken, en behoort het tot de monopolie van de voorzitter. Bijgevolg zal dergelijke onderhoudsvordering die een gedingpartij instelt voor de bodemrechter, behoudens de provisionele onderhoudsuitkering na echtscheiding (die trouwens gesteund is op art. 301 BW en niet op de artt. 213 en 221 BW), dienen afgewezen te worden (Gent 2 januari 2003, 1999/AR/682, onuitg.)

In het laatste lid van artikel 1280 Ger.W. worden de partijen, in de mogelijkheid gesteld de voorzitter te verzoeken nieuwe voorlopige maatregelen te treffen, door het neerleggen van een conclusie. De zaak wordt dan opnieuw voor de voorzitter gebracht binnen een termijn van 15 dagen.

### AFDELING III

## DE UITKERING NA ECHTSCHEIDING TUSSEN EX-ECHTGENOTEN

### § 1. Vóór de Echtscheidingswet van 27 april 2007

**751** Wanneer het huwelijk ophoudt te bestaan, eindigt ook de hulpplicht van artikel 213 BW. Een andere verplichting komt dan in de plaats, t.w. de uitkering na echtscheiding. Het doel van deze uitkering bestaat erin aan de economisch zwakkere ex-echtgenoot een zekere materiële overgang van de economisch sterkere ex-echtgenoot te verzekeren (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 32).

De uitwerking van dit doel is echter niet coherent. Er zijn zoveel uitkeringsregimes als er echtscheidingsvormen zijn. Wat de huwelijksvermogensrechtelijke aspecten betreft, wordt verwezen naar de nrs. 1045-1048.

A. DE UITKERING NA ECHTSCHIEDING OP BEPAALDE GRONDEN (ART. 301 (OD) BW)

1. Grondslagen

a. Aard

**752** De uitkering vindt haar grondslag in de artikelen 301 en 301*bis* BW.

Artikel 301 BW bepaalt onder paragraaf 1: “De rechtbank kan aan de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen, uit de goederen en de inkomsten van de andere echtgenoot, een uitkering toekennen die, rekening houdend met zijn inkomsten en mogelijkheden, hem in staat stellen kan in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven”.

Artikel 301*bis* BW: “Voor de vaststelling van het bedrag van de uitkering en voor de tenuitvoerlegging van het vonnis waarbij deze uitkering is vastgesteld, kan de rechtbank gebruikmaken van dezelfde bevoegdheden als bij artikel 221 van het Burgerlijk Wetboek aan de vrederechter zijn toegekend. In dat geval is het bepaalde in het zesde lid van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing”.

Artikel 301 BW bestond reeds onder de *Code civil des Français* (1804) en dit onder de volgende tekst (versie 1961): “Indien de echtgenoten elkaar geen enkel voordeel verleend hebben, of indien de bedongen voordelen niet voldoende blijken om te voorzien in het onderhoud van de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft, kan de rechtbank hem, uit de goederen van de andere echtgenoot, een uitkering tot levensonderhoud toekennen, die het derde gedeelte van de inkomsten van die andere echtgenoot niet mag te boven gaan. Deze uitkering kan worden ingetrokken in geval zij niet meer nodig is”.

Het artikel werd grondig gewijzigd door de wet van 9 juli 1975 betreffende de uitkering na echtscheiding (*BS* 23 juli 1975). Het werd vervangen bij artikel 7 van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007, in werking sinds 1 september 2007).

Het artikel 301*bis* BW werd ingevoegd door de wet van 9 juli 1975 betreffende de uitkering na echtscheiding (*BS* 23 juli 1975). Door de wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997) werd 218 vervangen door 221 en vijfde lid door zesde lid. Het artikel werd opgeheven bij artikel 8 van de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007, in werking sinds 1 september 2007).

**753** In een arrest van 22 juni 1967 heeft het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door een meerderheid in rechtspraak en rechtsleer gesteld dat de uitkering een gemengd alimentair en indemnitaair karakter heeft (Cass. 22 juni 1967, *Arr.Cass.* 1967, 1285, *Pas.* 1967, I, 1250, *JT* 1967, 647, noot J.J. BOELS en *RCJB* 1969, 126, noot E. VIEUJEAN; zie ook Cass. 10 december 1971, *Arr.Cass.* 1972, 358 en *Pas.* 1972, I, 353; Cass. 24 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 801; Cass. 18 mei 1995, *EJ* 1995, 89, noot J. ROODHOOF; Bergen 25 maart 1998, *JLMB* 1998, 1679; Vred. Westerlo 31 januari 1997, *RW* 1997-98, 1509, noot en *AJT* 1998-99, 137, noot B. POELEMANS).

Het nadeel dat verbonden is aan dit standpunt, nl. dat zij toelaat om in alle omstandigheden het karakter te kiezen dat het gewenste resultaat kan motiveren, dient, gelet op het feit dat bijna alle modaliteiten in artikel 301 BW worden geregeld, sterk te worden genuanceerd (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 252, nr. 386; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 70, nr. 135).

De uitkering is *indemnitair* waar de onschuldige ex-echtgenoot recht heeft op het behoud van dezelfde levensstandaard als deze ten tijde van het samenleven van partijen. Vermits deze scheiding haar oorzaak vindt in de fout van de andere echtgenoot, is hij het die de fout moet goedmaken.

Het indemnitair karakter mag er dus niet toe leiden dat de onschuldige echtgenoot uiteindelijk terecht komt in een meer comfortabele situatie dan deze van de levensstandaard tijdens het samenleven (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 41, met verwijzing naar Luik 1 oktober 2003, *RTDF* 2004, 163). Evenmin mag dit indemnitair karakter gehanteerd worden als een soort symbolische sanctie lastens de schuldige ex-echtgenoot.

De uitkering is *alimentair* waar, om ze te begroten, de inkomsten, lasten en mogelijkheden van elk van de ex-echtgenoten in overweging worden genomen, zijnde deze op het moment zelf van de echtscheiding.

**754** De uitkering kan alleen gevraagd worden door de “onschuldige” echtgenoot, m.a.w. degene op vraag van wie de echtscheiding werd uitgesproken (Cass. 5 februari 1965, *Pas.* 1965, I, 569).

Dit blijkt niet als zodanig uit de tekst van artikel 301 BW dat gewaagt van “de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft”. Onder de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft, moet begrepen worden “de echtgenoot tegen wie de echtscheiding niet is uitgesproken” (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 253, nr. 387; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001 34).

**755** Het “gerechtigd” zijn op een uitkering is *onverjaarbbaar* staat volkomen los van de graad van ernst van de fout waarop de echtscheiding werd uitgesproken, evenals van de minder of meer lange duur van het huwelijk.

Voor het geval de echtscheiding op hoofdvordering is uitgesproken maar de tegenvordering nog hangende is, kan artikel 301 BW niet zonder meer toegepast worden vermits de uitsluitende schuld van de andere echtgenoot nog niet vaststaat. Anderzijds bestaat de hoedanigheid van echtgenoot niet meer zodat geen onderhoudsgeld bij toepassing van de hulpplicht (art. 213 BW) kan

toegekend worden. In deze hypothese kan een provisionele uitkering worden gevorderd hetzij voor de vrederechter, hetzij voor de rechtbank van eerste aanleg maar dan als accessoire vordering van de echtscheidingsvordering. Deze uitkering heeft dezelfde grondslag (art. 301 BW) als de definitieve uitkering na echtscheiding, zij het dat er wel enkele verschillen zijn (Cass. 30 april 1964, *Pas.* 1964, I, 922 en *RW* 1965-66, 296; Cass. 23 mei 1985, *JT* 1986, 111; Cass. 21 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1155, *Pas.* 1995, I, 1191, *RW* 1996-97, 323, noot, *EJ* 1996, 91, noot K. BROECKX en J. ROODHOOF en *Div.Act.* 1997, 102, noot A.-C. VAN GYSEL). Zie meer uitgebreid, *verder nrs.* 817-820.

**756** Met betrekking tot de aard van de uitkering na echtscheiding werd verder nog beslist dat wanneer na een scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding bij een definitief vonnis is uitgesproken, de voorafgaande overeenkomst met betrekking tot het onderhoudsgeld tussen de echtgenoten vervalt. Enkel de vermogensrechtelijke overeenkomst behoudt haar uitwerking.

Artikel 308 BW heeft volgens het Hof van Cassatie immers geen uitstaans met de scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming. Voormeld artikel bepaalt dat na scheiding van tafel en bed de hulpplicht alleen blijft bestaan ten voordele van de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen. Bij onderlinge toestemming is er geen “schuldige” echtgenoot, terwijl na een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding de regels van artikel 301, 306 en 307bis BW van toepassing zijn (Cass. 19 december 2003, *NJW* 2004, 626, noot G. VERSCHELDEN, *TBBR* 2004, 387 noot J. GERLO, *JLMB* 2004, 635 noot B.C. en *RTDF* 2004, 323; in dezelfde zin Antwerpen 17 december 2003, *NJW* 2004, 628, noot G. VERSCHELDEN en *RW* 2004-05, 468: de onderhoudsverplichting ter uitvoering van de hulpverplichting die de echtgenoten bij de scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming overeenkomen vervalt na de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding ten voordele van de toepassing van de gewone regelen inzake uitkering na echtscheiding; Vred. Soignies-Le Roeulx 29 januari 2004, *RTDF* 2005, 803, noot JLR.).

**757** In een andere casus oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 28 april 2005 dat de rechter de uitkering tot levensonderhoud in het raam van artikel 301 BW niet mag begroten op basis van het bedrag dat de echtgenoten waren overeengekomen in de voorafgaande overeenkomst in een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming, omdat die overeenkomst op grond van artikel 1287, vierde lid Ger.W. geen gevolg heeft door de afstand van die procedure. De bestaansreden van de voorafgaande overeenkomsten is uitsluitend gelegen in de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming en in die echtscheiding zelf (Cass. 28 april 2005, *RW* 2006-07, 998).

**758** De vrederechter van het 2de kanton te Doornik was van oordeel dat de doelstelling van de onderhoudsplicht, bedoeld in artikel 203 BW aanzienlijk ruimer is dan die door de wetgever toegekend aan de uitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten, zodat daaruit een voorrang kan worden afgeleid ten bate van de kinderen in vergelijking met de gewezen echtgenoot. Bijgevolg moet in een eerste fase het bedrag van de onderhoudsuitkeringen bepaald worden die door de gewezen echtgenoot verschuldigd zijn voor zijn kinderen en moet vervolgens zijn

resterende draagkracht worden onderzocht om nog een uitkering na echtscheiding te betalen aan zijn gewezen echtgenote (Vred. Doornik (2de kanton) 25 mei 2004, *JT* 2006, 293 en *RTDF* 2005, 566).

## b. Geldingsduur

**759** Behoudens in geval van ingrijpende wijziging (art. 301, § 3, tweede en derde lid BW) of beperking in de tijd door de rechter blijft de verplichting tot uitkering onbeperkt doorlopen (Cass. 15 maart 1991, *Pas.* 1991, 1, 658, *RW* 1991-92, 45 noot J. GERLO en *JT* 1991, 792; zie voor een toepassingsgeval Rb. Luik 27 april 2000, *T.Vred.* 2001, 268; zie ook J. ROODHOOF, “De beperking in de tijd van de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van feiten”, *EJ* 1995, 118-121).

**760** De uitkering kan worden beperkt in de tijd als vastgesteld wordt dat de uitkeringsgerechtigde na verloop van een zekere tijd in staat moet zijn om zelf in zijn onderhoud te kunnen voorzien zoals tijdens het samenleven (P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 67, nr. 119 en de aldaar aangehaalde onuitgegeven rechtspraak).

De rechter mag de duur van de uitkering beperken indien er slechts een zeer korte periode van samenwoning bestond. Er is dan bezwaarlijk sprake van een opgebouwde levensstandaard. Maar de korte periode van samenwoning mag geen rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de uitkering (P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 68, nr. 120 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

Ingevolge de overgangsbepalingen van de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) is de nieuwe regeling m.b.t. de duurtijd van de uitkering ook van toepassing op de onderhoudsuitkeringen die nog onder de oude wet vallen. De maximumduur is gelijk aan deze van het huwelijk (nieuwe art. 301, § 4 BW). Deze nieuwe duurtijd begint te lopen vanaf 1 september 2007 (art. 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet) voor alle lopende uitkeringen. Het vertrekpunt is niet de datum van het definitief worden van de (oude) echtscheiding maar 1 september 2007 (zie voor een toepassing: Antwerpen 17 oktober 2007, *NJW* 2008, 359, noot G. VERSCHULDEN, het arrest is misleidend, hoewel het niet zo geformuleerd is, geeft het de indruk dat de (nieuwe) duur van de uitkering aanvang neemt vanaf het definitief worden van de echtscheiding, terwijl dit moet zijn vanaf 1 september 2007).

Werd de duur van de uitkering wel bepaald in de titel onder de oude wetgeving dan blijft deze van toepassing zonder echter de bovenvermelde maximumduur te kunnen overschrijden.

**761** Het recht op een uitkering ontstaat op de dag dat het vonnis van echtscheiding in kracht van gewijsde gaat en is op zich onverjaarbaar (dit is anders voor de achterstallen die na verloop van 5 jaren verjaren bij toepassing van art. 2277, tweede lid BW).



Aldus kan de uitkeringsgerechtigde die op het ogenblik van de echtscheiding zelf over voldoende middelen beschikt om een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven te handhaven, op een later tijdstip wanneer hij die middelen niet meer heeft (bv. door werkloosheid of invaliditeit), toch nog een uitkering vorderen. Zijn hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde is immers blijven bestaan.

#### – Overlijden

**762** De uitkering is een persoonlijk recht van de uitkeringsgerechtigde en gaat niet over op zijn erfgerechtigden (dit is wel het geval voor achterstallen verschuldigd ingevolge een vonnis en vervallen vóór het overlijden).

Anderzijds bepaalt artikel 301, § 6 BW dat de uitkering niet meer verschuldigd is bij het overlijden van de uitkeringsplichtige. De ex-echtgenoot aan wie de uitkering toekwam mag echter wel levensonderhoud vorderen ten bezware van de nalatenschap, volgens de voorwaarden bepaald in artikel 205*bis* BW. Zie *verder*, nrs. 1085-1151.

Paragraaf 6 van artikel 301 BW bepaalt: “De uitkering is niet meer verschuldigd bij het overlijden van de tot uitkering gehouden echtgenoot, maar de echtgenoot aan wie de uitkering toekwam mag levensonderhoud vorderen ten bezware van de nalatenschap, dit volgens de voorwaarden voorzien in art. 205 §§ 2, 3, 4 en 5 van het Burgerlijk Wetboek”.

De bestaande uitkering zelf wordt dus niet als een last van de nalatenschap beschouwd. Maar na het overlijden van de echtgenoot-schuldenaar kan een nieuwe uitkering in de plaats komen van de bestaande uitkering. Het is een ander uitgangspunt.

De vraag of onderhoudsgeld ten laste van de nalatenschap verschuldigd kan zijn, zelfs wanneer er voordien geen uitkering was, moet negatief beantwoord worden.

De uitkeringsgerechtigde kan ten laste van de nalatenschap levensonderhoud vragen, indien hij behoeftig is en uitsluitend om in deze behoeften te voorzien. Gelet op het verschillend uitgangspunt, moet bij het bepalen van het bedrag geen rekening gehouden worden met de levensstandaard van de echtgenoten tijdens het samenleven (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 273, nr. 415).

De vordering moet ingesteld worden binnen het jaar sinds het overlijden van de uitkeringsplichtige. Hier is het “recht op” dus wel verjaarbaar. Het is de enige uitzondering op het principe van de onverjaarbaarheid van het recht op een alimentatie.

Dit onderhoud komt ten laste van de erfgenamen en van de algemene en bijzondere legatarissen, in evenredigheid naar wat ze opnemen in de nalatenschap. Heeft de overledene een voorrang bepaald in de uitkering van de legaten, dan dragen die legatarissen slechts bij voor zover de inkomsten uit de andere legaten onvoldoende zijn.

Het levensonderhoud kan onder de vorm van een kapitaal uit de nalatenschap worden genomen; wordt dit niet gedaan dan wordt aan de rechthebbende voldoende zekerheid verschaft om de uitkering van het onderhoud te waarborgen.

De onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap kan slechts ingesteld worden indien er geen kinderen geboren zijn uit het door echtscheiding ontbonden huwelijk van de uitkeringsplichtige en uitkeringsgerechtigde. In dit opzicht verschilt de vordering van deze van de langstlevende echtgenoot (wanneer er dus geen echtscheiding is): deze kan sinds de wet van 14 mei 1981 ook ingeroepen worden indien er kinderen uit het huwelijk met de eerststervende zijn (art. 205*bis*, § 1 BW).

Artikel 301, § 6 BW en artikel 307*bis* BW werden niet aangepast aan deze gewijzigde voorwaarde. Vermits artikel 307*bis* BW nog altijd uitdrukkelijk bepaalt dat de nalatenschap van de schuldenaar slechts onderhoud verschuldigd is, zo deze overleden is zonder kinderen uit zijn huwelijk met de overlevende achter te laten, geldt dit *a fortiori* wanneer artikel 301, § 6 BW dient toegepast te worden: de uitkering van artikel 307*bis* BW sluit meer aan bij de hulpverplichting dan deze van artikel 301 BW (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 274, nr. 416).

#### – Nieuw huwelijk

**763** Wanneer de uitkeringsgerechtigde een nieuw huwelijk sluit, rijst de vraag of dit al dan niet tot de automatische afschaffing leidt van de uitkering. Hierover bestaan er twee strekkingen.

Volgens de eerste strekking is er geen automatische afschaffing en moet de toestand *in concreto* beoordeeld worden. De uitkeringsplichtige die een vermindering of de opheffing van de uitkering wenst te bekomen, moet dan ook het bewijs leveren dat de toestand van de uitkeringsgerechtigde door het nieuwe huwelijk op ingrijpende wijze is verbeterd. Deze opvatting steunt vooreerst op de idee dat geen enkel element uit de voorbereidende werken, de rechtsleer of de rechtspraak aanleiding geeft tot een automatische afschaffing. Daarnaast wordt er op gewezen dat door het aanvaarden van een afschaffing, het recht op gezinsvorming onrechtstreeks kan worden beperkt (Luik 30 juni 1999, *RTDF* 2000, 278; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001 39; zie voor een opsomming van de verdedigers van deze strekking: J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtge-*

*noten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 117, nr. 229, voetnoot 165).

De tweede strekking stelt daarentegen dat na een nieuw huwelijk de uitkering na echtscheiding niet langer verantwoord is, en bijgevolg moet worden afgeschaft. Dit dient zelfs te gebeuren in de hypothese dat de nieuwe huwelijksband de gerechtigde ex-echtgenoot geen gelijkwaardige levensstandaard biedt als tijdens het samenleven gedurende het eerste huwelijk (deze stelling wordt door J. ROODHOOFD verdedigd; zie J. ROODHOOFD, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 118, nr. 229 en 129, nr. 249).

Door het verval van de uitkeringsplicht van de gewezen echtgenoot, bestaat er in dat geval geen probleem van rangorde meer tussen de gewezen echtgenoot en de nieuwe echtgenoot van de uitkeringsgerechtigde.

Ingeval de eerste strekking wordt gevolgd is het logische uitvloeisel daarvan dat de onderhoudsplicht van de nieuwe echtgenoot primeert op deze van de gewezen echtgenoot. Nochtans kan, indien de ex-echtgenoot ondanks de toepassing van de hulp- en bijdrageplicht nog niet in staat is de gelijkwaardige levensstandaard van het samenleven tijdens het vroegere huwelijk te handhaven, deze nog wel degelijk een aanvullende onderhoudsuitkering vorderen van de gewezen partner. Dit is ook de zienswijze die door het Hof van Cassatie wordt gehuldigd (Cass. 3 april 1975, *Pas.* 1975, I, 756).

De rechtbank van eerste aanleg te Eupen was van oordeel dat een nieuw huwelijk van de uitkeringsplichtige echtgenoot waarin vervolgens twee kinderen werden geboren, niet van aard was om de uitkering ten voordele van de ex-echtgenoot op te heffen. De rechtbank beschouwde de hertrouw en de geboorte van kinderen niet als omstandigheden die onafhankelijk waren van de wil van de betrokkene en was bijgevolg niet bereid de uitkering op te heffen op grond van artikel 301, § 3, derde lid BW, noch op grond van de artikelen 8 en 12 EVRM (Rb. Eupen 25 september 2006, *JLMB* 2007, 1578).

#### – Samenwoning

**764** M.b.t. het in concubinaat gaan leven van de uitkeringsgerechtigde is de rechtspraak en rechtsleer het eens dat dit niet de automatische afschaffing van de uitkeringsplicht meebrengt. Tussen feitelijke concubanten bestaat immers geen hulp- en bijdrageplicht en bovendien vertoont de buitenhuwelijkse samenleving een precair karakter. Tussen wettelijk samenwonenden bestaat er wel een bijdrageplicht in de lasten van het samenleven en bestaat er een primair regime dat vergelijkbaar is met dit van het huwelijk (art. 1477 BW). Zoals al gesteld valt deze bescherming echter weg in geval van beëindiging en dit kan op vrij eenvoudige wijze (art. 1476, § 2 BW).

Verder bepaalt de wet zowel in het geval van feitelijke samenwoning als wettelijke samenwoning geen alimentatieverplichting na de beëindiging van het samenwonen.

In dat verband was het Hof van Cassatie van mening dat de openbare orde er zich niet tegen verzet dat de rechter, om uit te maken of de uitkering nog nodig is, de feitelijk verbeterde financiële toestand van de ex-echtgenoot die de uitkering geniet in acht neemt, ook wanneer die verbetering het gevolg is van een buitenechtelijke verhouding. De gepastheid der intrekking moet dus *in concreto* worden beoordeeld, zonder enig onderscheid naar de redenen die ertoe aanleiding geven (Cass. 14 februari 1975, *RW* 1974-75, 2135 en *JT* 1975, 424; zie ook Antwerpen 3 januari 1989, *Turnh.Rechtsl.* 1989, 14; Rb. Brussel 11 februari 1976, *RW* 1976-77, 937; Vred. Merksem 6 november 1981, *RW* 1983-84, 319; Vred. Borgerhout 4 maart 1982, *RW* 1982-83, 471, noot J. PAUWELS; Vred. Antwerpen (5de kanton) 16 juli 1991, *RW* 1991-92, 754; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 268, nr. 408; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 119, nr. 230; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 39).

Zie m.b.t. de *in concreto* beoordeling ook de situatie in het kader van de onderhoudsverplichting tijdens de echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten (art. 1280 Ger.W.). Zie *boven* nr. 659.

### c. Begroting van de uitkering en methodiek

**765** De rechtspraak hanteert nog steeds geen eenduidige methodiek om de uitkering te begroten. In grote lijnen wordt rekening gehouden met de financiële toestand van zowel de onderhoudsgerechtigde als van de onderhoudsplichtige in functie van een zekere referentiestandaard, waarbij deze criteria niet steeds in een welbepaalde volgorde toegepast worden.

Meestal wordt dan een concreet bedrag vastgelegd op basis van een globale evaluatie van deze en soms ook nog andere criteria waaronder de impact van de fiscale behandeling van respectievelijk het betalen en ontvangen van onderhoudsgelden. Concrete berekeningen van deze fiscale impact ontbreken doorgaans (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 8, nrs. 26 en 30, 12, nrs. 48-49; zie ook N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 587-610; N. DANDROY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 593-638).

Het ontbreken van enige systematiek en van enige uitleg over de gebruikte normen bij het begroten, maakt vele beslissingen onbegrijpelijk voor de partijen. Terecht wordt hierover geklaagd in de rechtsleer. De legitimiteit van een beslissing mag niet louter het gevolg zijn van de beslissingsmacht waarover de

rechter beschikt, de beslissing moet ook nog begrijpelijk zijn voor de rechts-onderhorige, anders zal ze niet worden geaccepteerd. Het niet-accepteren van de beslissing brengt dan weer met zich dat overmatig hoger beroep wordt ingesteld of dat de onderhoudsplichtige de veroordeling niet uitvoert met als consequentie dat de onderhoudsgerechtigde dwangmaatregelen moet toepassen hetzij op civielrechtelijk vlak hetzij correctioneel, die dan op hun beurt aanleiding geven tot het aanwenden van rechtsmiddelen, waarna gebeurlijk dan heil wordt gezocht in het aanvoeren van gewijzigde omstandigheden, en zo blijft de procedurele malle-molen maar draaien (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 50).

Zeer relevant voor deze problematiek is de overweging die het hof van beroep te Luik maakte dat een algemene en stereotype motivering niet voldoet aan de motiveringsplicht die aan de rechter wordt opgelegd. Dit is het geval wanneer de rechter in een kernachtige overweging heeft beslist dat “gelet op de huidige netto-inkomsten van partijen en hun levensstandaard tijdens het gemeenschappelijke leven het aan eiseres verschuldigde bedrag van het onderhoudsgeld na echtscheiding moe(s)t worden bepaald op € 200,00 per maand”. Een dergelijke beslissing is nietig en het hof dat uitspraak doet in hoger beroep zou zich deze nietigheid eigen maken indien het dit vonnis zou bevestigen zodat het moet worden vernietigd en er via nieuwe beschikkingen uitspraak moet worden gedaan (Luik 8 maart 2005, *RTDF* 2005, 1151, noot).

**766** In een arrest van 26 juni 1995 verwierp het Hof van Cassatie wel uitdrukkelijk de halveringsregel als berekeningswijze voor de onderhoudsuitkering weliswaar tussen echtgenoten. Volgens het Hof kan men uit artikel 221 BW niet afleiden dat de gezamenlijke inkomsten van de echtgenoten gelijk onder hen moeten worden verdeeld (Cass. 26 juni 1995, *EJ* 1996, 5, noot J. ROODHOOF).

De vrederechter van Westerlo verwierp eveneens de halveringsregel als berekeningswijze voor de onderhoudsuitkering tussen *gewezen* echtgenoten, vermits dergelijke berekeningswijze geen rekening houdt met de fiscale implicaties die gekoppeld zijn aan het betalen/ontvangen van een onderhoudsuitkering, noch met de mogelijke voordelen die één van de ex-echtgenoten geniet, door bijvoorbeeld het huurvrij bewonen van een huis (Vred. Westerlo 2 februari 1996, *EJ* 1996, 57, noot J. ROODHOOF).

Er moet inderdaad rekening gehouden worden met een aantal factoren zoals de fiscale impact van het betalen/ontvangen van onderhoudsgeld, het al dan niet huurvrij wonen, het ten laste hebben van kinderen, exceptionele kosten i.v.m. een zware ziekte of handicap van één van de echtgenoten enz., factoren waardoor de halveringsregel in al zijn eenvoud uiteraard niet kan worden toegepast.

Wij zien echter niet in waarom deze regel niet zou kunnen worden gehanteerd op het beschikbare netto-inkomen, d.w.z. datgene dat overblijft nadat eerst met de voormelde factoren werd rekening gehouden.

**767** De rechtsleer hanteert wel een bepaalde volgorde of methodiek om de uitkering te bepalen.

Hét referentiepunt is de levensstandaard (eerste stap) tijdens het samenleven (art. 301, § 1 BW). Eerst wordt daarnaar gekeken. Vervolgens (tweede stap) wordt rekening gehouden enerzijds met de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoot-schuldeiser en anderzijds de echtgenoot-schuldenaar op het ogenblik van de echtscheiding of later. Blijven de inkomsten van de echtgenoot-schuldeiser beneden een bedrag dat overeenstemt met de becijferde levensstandaard tijdens het huwelijk, dan moet de echtgenoot-schuldenaar een uitkering betalen (derde stap), die in geen geval 1/3de van zijn inkomen overschrijdt (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 263, nr. 402; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 71, nr. 136).

Wanneer de schuldenaar, om de schuldeiser in staat te stellen de levensstandaard van tijdens het samenleven te behouden, zelf tot een levensstandaard zou worden verplicht die daar ver onder ligt dan zou de rechter de uitkering naar billijkheid moeten kunnen bepalen. Ook bijvoorbeeld op grond van de korte duur van het huwelijk of gelet op de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde of de werking van het huwelijksvermogensstelsel, zou de rechter van het criterium kunnen afwijken.

Soms wordt als derde stap niet de beoordeling van de financiële draagkracht van de uitkeringsplichtige genomen, maar wel het nazicht dat de uitkering niet de 1/3de grens van de inkomsten van de uitkeringsplichtige overschrijdt (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 37).

Eigenlijk komt de hierboven beschreven bewerking neer op drie bewerkingen of stappen. M.b.t. deze driestapsredenering werd door J. ROODHOOF een proeve van model uitgewerkt (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 619 p. en het objectief berekeningsprogramma van J. ROODHOOF, *Alimentatierekenen tussen ex-echtgenoten. Een praktische handleiding bij Alibel*, Gent, De Boeck & Larcier, 2000; zie ook Vred. Westerlo 24 januari 1996, *EJ* 1996, 38, noot J. ROODHOOF).

M.b.t. de driestapsredenering na de nieuwe Echtscheidingswet wordt verwezen naar wat uiteengezet werd *boven* nr. 950.

– Het model ROODHOOF

**768** Dit model kan als volgt worden samengevat (S. BROUWERS, “De conventionele kwantificering van onderhoudsgelden”, *Not.Fisc.M.* 1998, 61-68).

De systematiek is opgebouwd rond 3 basisbeginselen t.w.:

1. de referentiestandaard;
  2. de draagkracht van de onderhoudsgerechtigde;
  3. de draagkracht van de onderhoudsplichtige.
- In een eerste fase dient de rechter de referentiestandaard te onderzoeken die toepassing vindt met betrekking tot de concreet voorliggende onderhoudsplicht en deze in een concreet bedrag te vertalen.

Hij dient met andere woorden te onderzoeken welk criterium bepalend is om de hoogte van het bedrag aan te geven waarop de onderhoudsschuldeiser in beginsel recht heeft. Terwijl in het gemene onderhoudsrecht (art. 205 e.v. BW) de referentiestandaard inhoudt dat de schuldeiser in staat dient te worden gesteld "in zijn bestaan te voorzien" stelt artikel 301, § 1 BW de gelijkwaardige levensstandaard als referentiestandaard voorop. Bij gebreke van uitdrukkelijke wettekst wordt aanvaard dat dit laatste criterium ook maatgevend is wat betreft het levensonderhoud na echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding en na twee jaar feitelijke scheiding wegens geestesstoornis.

- Ten einde te weten of de potentieel onderhoudsgerechtigde ook effectief aanspraak kan maken op een uitkering door de alimentatieplichtige bestaat de tweede fase erin de draagkracht, m.a.w. de financiële situatie van de onderhoudsgerechtigde te onderzoeken. Meer concreet dient in deze fase te worden bekeken of deze zelf over een voldoende draagkracht beschikt om het in de eerste fase begrote bedrag te bereiken, of hij m.a.w. in de mogelijkheid verkeert het in de referentiestandaard vooropgestelde zelf te verwerven.

Indien de eigen draagkracht voldoende groot blijkt te zijn, zal de potentiële schuldeiser geen aanspraak op een uitkering kunnen laten gelden.

Hierdoor wordt een onderzoek naar de bestaansmiddelen van de alimentatieplichtige, hetgeen het voorwerp uitmaakt van een derde fase in de begroting, overbodig.

Zijn de middelen van de potentiële schuldeiser daarentegen niet toereikend, dan kan hij in beginsel aanspraak maken op een uitkering ten belope van het verschil tussen de voor hem toepasselijke referentiestandaard en zijn eigen draagkracht.

- In de derde fase ten slotte staat de draagkracht van de onderhoudsschuldenaar centraal. Opdat deze een uitkering dient te betalen, is namelijk eveneens vereist dat hij voldoende vermogend is.

Na de vaststelling van zijn financiële situatie zal dan ook worden nagegaan of zijn draagkracht volstaat om aan de alimentatiegerechtigde het reeds

begrote verschil tussen de voor hem toepasselijke referentiestandaard en zijn eigen middelen te verschaffen. In geen geval mag de uitkering 1/3de van de inkomsten van de onderhoudsplichtige overschrijden.

Hierna volgt meer concreet de stapsgewijze toepassing van de drie voormelde basisbegrippen.

*Eerste stap in de methode ROODHOOFD: de toepasselijke referentiestandaard*

**769** Bij de bepaling van de gelijkwaardige levensvoorwaarden verwijst de wet niet naar een bepaald ogenblik (nl. dat van het ontstaan van de feitelijke scheiding), maar wel naar een bepaalde periode, nl. de gemiddelde levensstandaard van de echtgenoten vanaf de huwelijksluiting tot aan de feitelijke scheiding.

Aangezien de wet uitdrukkelijk verwijst naar het samenleven van de echtgenoten en niet naar hun huwelijk, heeft de positieve evolutie van de financiële positie van de schuldige echtgenoot sinds het ontstaan van de feitelijke scheiding geen weerslag op de in aanmerking te nemen referentiemaatstaf.

Wel moeten de sinds de feitelijke scheiding gestegen kosten van levensonderhoud in aanmerking worden genomen, alsook de meeruitgaven die juist door het uiteengaan worden veroorzaakt. Alleen met het oog op deze factoren mag er bij de bepaling van de gelijkwaardige levensstandaard rekening gehouden worden met de verhoging van de inkomsten van de schuldige sinds de feitelijke scheiding.

De wet waarborgt aan de onschuldige een gelijkwaardige levensstandaard, niet een gelijkwaardige levenswijze. Hij kan geen aanspraak maken op behoud van het oorspronkelijke taakverdelingspatroon dat tussen de echtgenoten was afgesproken. Zo kan de vrouw die het huishouden deed en niet buitenshuis ging werken, dit niet als een verworven recht doen gelden.

Deze gelijkwaardige levensstandaard kan op twee verschillende wijzen in een geldsom worden vertaald.

Een eerste systeem bestaat uit volgende formule:

Referentiestandaard =

$65/100 \times (\text{gezinsinkomsten} + \text{woonvoordeel} - \text{gespaarde fondsen} - \text{uitgaven onderhoudsgerechtigden}).$

Hierbij wordt uitgegaan van 5 componenten, zijnde de helft van het gezinsinkomen van de echtgenoten, de helft van het woonvoordeel dat voortvloeit uit het bewonen van een eigen huis of het huurvrij wonen, minus de helft van de sommen die door het paar werden gespaard om aan vermogensvorming te doen, en de helft van de uitgaven die tijdens het samenleven voor de kinderen of andere onderhoudsgerechtigden werden gedaan. Omwille van de verhoogde behoefte die ontstaat ten gevolge van het uiteengaan van de partners en het gescheiden leven, wordt een forfaitaire verhoging toegepast van 15 % wat verklaart waarom er wordt rekening gehouden met 65 % i.p.v. 50 % (J. ROODHOOFD, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 473).

Een tweede mogelijkheid om de referentiestandaard in te vullen, bestaat erin concreet aan te geven welke elementen daarvoor bepalend waren. Aldus kan bij de beoordeling van de gelijkwaardige levensstandaard bijvoorbeeld worden nagegaan in welk type woning de echtgenoten woonden, wat hun vrijetijdsbesteding inhield en kunnen hun kosten van kleding, voeding, verwarming e.d. worden bekeken.

Vervolgens kan men deze onderscheiden bestanddelen in een geldwaarde uitdrukken en de som ervan maken.



*Tweede stap in het model ROODHOOF: de draagkracht van de onderhoudsgerechtigde*

**770** Om vast te stellen of de onschuldige in staat is zijn vroegere levensstandaard op te houden, wordt aan de actiefzijde rekening gehouden met twee elementen:

- a. De huidige inkomsten van de onschuldige, van welke aard ook (nettoberoepsinkomsten, inkomsten uit vermogen, inzonderheid dat in het kader van de vereffening-verdeling enz.).
- b. De mogelijkheden van de onschuldige: de ex-echtgenoot die in staat is door arbeid geheel of gedeeltelijk in zijn onderhoud te voorzien, is er toe gehouden te arbeiden om zijn levensstandaard te behouden, ook al heeft hij tijdens het huwelijk niet buitenshuis gewerkt.

In het kader van de vaststelling van het passief van de financiële balans kan slechts een beperkt aantal lasten worden ingebracht die een negatieve invloed kunnen hebben op de totale draagkracht:

- Verwervingskosten verbonden aan het verkrijgen van de inkomsten aan de actiefzijde en voor zover niet reeds in rekening gebracht bij het bepalen van de netto-inkomsten: bijvoorbeeld aankoop van gereedschap, kosten voor herstellingswerken aan onroerende goederen, schenkings- en successierechten enz.
- De gezinslasten die op de onderhoudsgerechtigde rusten naar aanleiding van een nieuwe gezinsvorming in zijn hoofdte, of ten gevolge van het bestaan van onderhoudsaanspraken tegenover hem.
- Met schulden wordt in beginsel geen rekening gehouden.

Concreet is de te gebruiken formule de volgende (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 523):

Saldo draagkracht balans = actief – passief.

Nettobedrag alimentatie = Referentiestandaar – saldo draagkracht balans.

Dit is het maximum dat de onderhoudsgerechtigde kan bekomen. Dit zal uiteraard maar bereikt kunnen worden indien de draagkracht van de onderhoudsplichtige dit toelaat (zie verder). Bovendien moet het getoetst worden aan de 1/3de-grens van artikel 301, § 4 BW.

*Derde stap in het model ROODHOOF: de draagkracht van de onderhoudsplichtige*

**771** Dezelfde formule als voor de onderhoudsgerechtigde is van toepassing. Er wordt uitsluitend rekening gehouden met de werkelijke inkomsten. Geen rekening wordt gehouden met mogelijkheden (zie art. 301, § 1 en 4 BW) behalve uiteraard in geval van moedwillig nalaten om bepaalde inkomsten waarop aanspraak gemaakt kan worden, op te vragen en in geval van het bedrieglijk organiseren van zijn onvermogen.

Ongeacht het ogenblik waarop de uitspraak wordt gedaan over de onderhoudsuitkering na echtscheiding, en dus zowel ingeval dit gebeurt door de echtscheidingsrechter in het echtscheidingsvonnis dan wel daarna door de vrederechter, moet er rekening gehouden worden met de inkomsten en baten van de onderhoudsplichtige op het ogenblik van de uitspraak over de uitkering.

Op die stelling moet nochtans een belangrijke beperking worden aangebracht: met een verbetering van de financiële positie van de onderhoudsplichtige sinds de ontbinding van het huwelijk (verhoging van zijn inkomsten, vermindering van zijn lasten) mag in beginsel geen rekening gehouden worden, omdat zulks ook nooit kan leiden tot een verhoging van het initieel vastgestelde bedrag van de onderhoudsuitkering (vgl. echter Cass. 26 mei 2006, *T.Fam.* 2008, 129, noot I. MARTENS, *RW* 2007-08, 703(verkort) en *NJW* 2007, 931 noot G. VERSCHULDEN, dat stelt dat de rechter moet rekening houden met de wijziging die zich in de bestaansmiddelen van de

uitkeringsgerechtigde heeft voorgedaan tussen de uitspraak van de echtscheiding en het over de uitkering gewezen vonnis, ook al betreft het geen aanzienlijke of ingrijpende wijziging).

Slechts uitzonderlijk mag een dergelijke verbetering langs de kant van de onderhoudsschuldenaar wel in rekening gebracht worden, namelijk ingeval zulks noodzakelijk is om de onderhoudsgerechtigde gelijkwaardige bestaansmiddelen te verzekeren als tijdens het samenwonen, d.w.z. indien de uitkeringsgerechtigde niet bekam waarop zij/hij principieel recht had rekening houdend met de levensstandaard van het koppel, en dit omwille van de ontoereikende draagkracht van de uitkeringsplichtige op het ogenblik van de uitspraak.

*De onderhoudsuitkering in het model Roodhooft*

**772** De formule (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtigenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 546-547) is de volgende en wordt verduidelijkt met een voorbeeld:

Alimentatie =

$\frac{1}{2} \times$  (draagkrachtsaldo onderhoudsschuldenaar – draagkrachtsaldo gerechtigde + fiscaal voordeel).

Veronderstellen we dat de referentiestandaard werd vastgesteld op € 20.000. Het saldo van de draagkracht van de onderhoudsgerechtigde bedraagt € 10.000 terwijl dit van de onderhoudsplichtige € 16.500 bedraagt.

In dat geval dient er voor te worden gezorgd dat beide partijen € 13.250 bekomen, hetgeen kan gebeuren doordat de onderhoudsplichtige € 3.250 betaalt aan de alimentatiegerechtigde.

Het fiscale voordeel dat daaruit voortvloeit bedraagt (tarief van 45 %) € 1.170 ( $\text{€ } 3.250 \times 80 \% \times 45 \%$ ).

De helft van dit voordeel (zijnde € 585) dient de onderhoudsplichtige als onderhoudsuitkering te storten aan de onderhoudsgerechtigde, zodat de totale uitkering uiteindelijk € 3.835 bedraagt.

Het bekomen resultaat mag de referentiestandaard van € 20.000 (stap 1) niet overschrijden, evenmin als de maximumgrens vastgesteld in stap 2 en de 1/3de-grens bij toepassing van artikel 301, § 4 BW.

Tot zover het model ROODHOOF dat tot op heden niet echt is doorgebroken in de rechtspraktijk. Inzake de begroting van onderhoudsbijdragen voor kinderen wordt daarentegen wel meer gebruikgemaakt van de objectieve berekeningsformule gekend onder de benaming methode-RENARD, zij het voornamelijk in Franstalig België (Bergen 9 mei 1996, *Div.Act.* 1996, 156; Bergen 28 mei 1997, *JLMB* 1997, 1560; Bergen 16 oktober 2002, *RTDF* 2004, 422; Bergen 10 februari 2003, *RTDF* 2004, 429; Bergen 25 april 2005, *JT* 2006, 628; Bergen 2 mei 2006, *JT* 2006, 585; Bergen (2de kamer) 19 september 2006, *JLMB* 2007, 69, noot B. COMPAGNION; Brussel 21 december 2006, *RTDF* 2008, 228; Brussel 26 juni 2007, *RTDF* 2008, 232; Rb. Brussel 10 januari 2002, *Div.Act.* 2002, 24; Rb. Brussel 15 januari 2002, *Div.Act.* 2002, 22; Vred. Brussel (derde Kanton) 14 december 1994, *Div.Act.* 1996, 13; Vred. Doornik 20 december 2000, *Div.Act.* 2002, 29; Vred. Châtelet 7 oktober 2004, *RTDF* 2006, 650).

**773** Hierboven werd het model ROODHOOF besproken, hierna volgt de bespreking van de gemeenschappelijke criteria bij het begroten van een uitkering na echtscheiding.

– De gemeenrechtelijke criteria

i. De referentiestandaard

– *Wat is een referentiestandaard?*

**774** Voor de onderhoudsuitkering na echtscheiding refereert de wet uitdrukkelijk aan het (gemiddelde) levensniveau van tijdens het samenleven van de echtgenoten (art. 301, § 1 BW).

De uitkering moet de onschuldige echtgenoot in staat stellen in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven (art. 301, § 1 BW; Cass. 2 september 1977, *Pas.* 1978, I, 4; Cass. 29 september 1978, *Pas.* 1979, I, 143; Cass. 15 februari 1979, *Pas.* 1979, I, 712; Cass. 5 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1227).

De uitkering na echtscheiding is de compensatie die door de foutieve echtgenoot verschuldigd is aan de onschuldige tot behoud van dit levensniveau. Zij moet het wegvallen van de hulp- en bijdrageplicht (art. 213 en 221 BW) ingevolgd de tussengekomen echtscheiding, opvangen.

De referentiestandaard is dus de gemiddelde levensstandaard van de echtgenoten tijdens hun samenleven.

Het Hof van Cassatie stelt dienaangaande dat de onderhoudsuitkering moet vastgesteld worden door de toestand te vergelijken die de niet-schuldige echtgenoot tijdens het samenleven genoot, met zijn inkomsten op het ogenblik van de echtscheiding. Het zich louter baseren op de inkomsten van de echtgenoten tijdens het jaar vóór de echtscheiding volstaat in elk geval niet (Cass. 26 november 1999, *EJ* 2000, 54, noot P. SENAEVE, *Arr.Cass.* 1999, 1506, *Bull.* 1999, 1573, *JT* 2000, 365, *RW* 2000-01 (verkort), 784, *RTDF* 2000, 379 en *RTDF* 2000, 631; Rb. Bergen 19 september 2001, *Div.Act.* 2002, 5, noot A.-C. VAN GYSEL).

De gemiddelde levensstandaard is deze van de hele periode van het samenleven zonder rekening te houden met goede of slechte jaren of de periode van de scheiding van de partijen (Cass. 9 januari 2003, *JLMB* 2003, 1137, noot S.T., *RTDF* 2003, 789, noot N. DANDOY, *RW* 2006-07, 855 en *JT* 2003, 255 (verkort); Brussel 28 november 2000, *RTDF* 2002, 684; zie ook P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 38, nr. 68 en de aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak).

Plaatst men zich daarentegen op het ogenblik van de scheiding zelf dan kan dit immers een periode zijn van een nijpend gebrek aan inkomsten of van een bijzondere welvaart (Rb. Brussel 8 juni 1999, *Div.Act.* 1999, 108, noot A.-C.

VAN GYSEL; anders A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 35; N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 605).

**775** Deze referentiestandaard mag niet verward worden met degene die moet gehanteerd worden voor de begroting van een onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure.

Daar gaat het om het aanhouden van de levensstandaard die men gehad zou hebben indien er geen scheiding zou zijn tussengekomen, bijvoorbeeld als gevolg van een beschikking in kort geding (Cass. 9 september 2004, *JT* 2005, 290 noot en *RTDF* 2004, 1030 noot N. DANDOY), terwijl de referentiestandaard voor een uitkering na echtscheiding het behoud van de levensstandaard van tijdens het samenleven betreft.

In het eerste geval kan dus rekening worden gehouden met een verhoging van de levensstandaard ontstaan na de feitelijke scheiding en in het tweede geval niet.

In het eerste geval wordt geen onderscheid gemaakt tussen de periode van tijdens het samenleven en deze van nadien (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 31, nr. 55-57).

In het tweede geval wordt geen rekening gehouden met de toestand ten tijde van het instellen van de vordering tot onderhoudsuitkering (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 36, nr. 63), evenmin als met de situatie van tijdens de feitelijke scheiding maar er moet wel genuanceerd worden in die zin dat wordt rekening gehouden met de inflatie en met de kostenverhoging door het gescheiden leven.

Het Hof van Cassatie oordeelde reeds in die zin dat de rechter moet rekening houden met de stijging van de levensduurte sinds de feitelijke scheiding en de verhoging van de uitgaven die deze scheiding meebrengt (Cass. 23 november 1978, *Arr.Cass.* 1979, 332, *Pas.* 1979, I, 334 en *RW* 1979-80, 771).

**776** De levensstandaard die aan de gerechtigde wordt gewaarborgd moet gelijkwaardig zijn aan deze van de gewezen echtgenoten tijdens de periode van hun samenleven. De wet vereist echter nergens dat de gewaarborgde levensstandaard ook een gelijkwaardig karakter zou vertonen. Dit betekent m.a.w. dat hoewel het welvaartspeil hetzelfde dient te zijn als tijdens het samenleven, de levenswijze na de echtscheiding echter wel kan verschillen.

Aangezien de onderhoudsschuldeiser na de echtscheiding dus geen aanspraak kan maken op het tijdens het samenleven afgesproken taakverdelingspatroon, kan bijvoorbeeld een uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot die gedurende het samenleven geen professionele activiteit uitoefende, zich hierop niet beroepen om ook na de ontbinding van het huwelijk beroepsmatig niet-actief te blijven. De mogelijkheden die hij op het vlak van de arbeid onbenut laat, worden immers in aanmerking genomen bij de beoordeling van zijn draagkracht (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 254, nr. 389; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 73, nr. 139).

**777** Betreffende de vraag of het criterium van de gelijkwaardige levensstandaard er een is waarmede de rechter verplicht moet rekening houden, bestaan er twee strekkingen.

Volgens een eerste strekking is het slechts een facultatief criterium. De rechter mag uit billijkheidsoverwegingen weigeren het toe te passen. Wanneer de schuldenaar, om de schuldeiser in staat te stellen de levensstandaard van tijdens het samenleven op te houden, zelf tot een levensstandaard zou worden verplicht die daar ver onder ligt zou de rechter de uitkering naar billijkheid moeten kunnen bepalen. Ook bijvoorbeeld op grond van de korte duur van het huwelijk zou de rechter van het criterium kunnen afwijken of gelet op de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde of de werking van het huwelijksvermogensstelsel (Rb. Brussel 8 juni 1977, *Pas.* 1977, I, 46 en *RTDF* 1979, 179; J.-L. RENCHON, "Les vicissitudes de la législation belge sur le droit de divorce. Bilan de l'évolution du droit positif depuis 1972", *Ann.dr.Louvain* 1976, 89, nr. 73; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1975-1983), Personnes", *RCJB* 1989, 229, nr. 167; E. VIEUJEAN, "Les effets du divorce pour cause déterminée" in J. DE GAVRE (ed.), *Le divorce en Belgique: controverses et perspectives*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 201, nr. 50; zie ook N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, Larcier, 2006, 219, nr. 194).

De tweede strekking is van mening dat de gelijkwaardigheid van de levensvoorwaarden een verplichte norm is die voor zover het "kan" moet verzekerd worden. Deze interpretatie eerbiedigt het best de tekst van artikel 301, § 1 BW.

In de praktijk zal de rechter allicht genoeg speelruimte genieten, gelet op zijn beoordelingsvrijheid van zowel de levensstandaard tijdens het huwelijk als de inkomsten en mogelijkheden der partijen. Vermits de uitkering kan verlaagd worden als de inkomsten van de schuldenaar verlagen, zal in dat geval de vroegere levensstandaard alleszins verloren gaan (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 264, nr. 402; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 75, nr. 142).

In het algemeen zal het trouwens meestal onmogelijk zijn deze referentiestandaard daadwerkelijk te verwezenlijken. Enerzijds is de uitkering die na echtscheiding op grond van fout wordt toegekend noodzakelijk beperkt tot 1/3de van de inkomsten van de onderhoudsplichtige (art. 301, § 4 BW). Bovendien brengt de splitsing van de huishouding een aantal bijkomende lasten mee (waarmee onder meer kan worden gedacht aan kosten van huisvesting, verwarming, elektriciteit, water, vervoer enz.), die er vaak voor zorgen dat de echtgenoten na de ontbinding van het huwelijk niet langer in staat blijken te zijn de levensstandaard van tijdens het samenleven te genieten.

– *Het bepalen van de referentiestandaard op basis van concrete gegevens*

**778** Met welke feitelijke elementen kan de rechter rekening houden bij de invulling van de gemiddelde levensstandaard tijdens het samenleven?

Vooreerst is er de invulling *in concreto* waarbij o.m. kan worden gedacht aan het **w o o n s t a s p e c t** (werd er gehuurd of bezat men een woonst in eigendom, was dit een appartement of een villa met tuin en zwembad), ook het **c o n s u m p t i e p a t r o o n** is belangrijk (huispersoneel, vakantie en vrijetijdsbesteding, hobby's en vervoermiddelen), verder de aspecten die gekoppeld zijn aan het voorzien in zijn levensonderhoud (kleding, voeding, verwarming, hygiëne en gezondheidszorgen) alsook het bedrag dat gewoonlijk ter beschikking werd gesteld voor de huishoudelijke uitgaven (N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 44 en de aldaar geciteerde rechtspraak; N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005)”, *RTDF* 2005, 1020).

Vervolgens kan men trachten deze onderscheiden bestanddelen in een geldwaarde uit te drukken en de som ervan te maken. Deze methode moet o.i. maar worden toegepast indien de rechter niet kan beschikken over correcte en geloofwaardige inkomstgegevens of wanneer er belangrijke voordelen *in natura* bestaan die het levensniveau aanzienlijk beïnvloeden.

– *Het bepalen van de referentiestandaard op basis van inkomstgegevens*

**779** Naast de voormelde vaststelling *in concreto* kan de referentiestandaard ook worden bepaald op basis van een analyse van het geheel aan **g e z i n s - i n k o m s t e n** op jaarbasis (Antwerpen 4 december 2002, *NJW* 2003, 742; Bergen 3 juni 2003, *RTDF* 2004, 147; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer rechtswetenschappen, 2004, nr. 550).

Bedoeld worden de inkomsten die de echtgenoten effectief ter beschikking hadden, d.w.z. de netto-inkomsten na aftrek van de belastingen en sociale zekerheidsbijdragen. Ook moeten terugbetalingen die werden verricht in het

kader van inkomstenbelastingen in aanmerking worden genomen en moet rekening worden gehouden met de verwervingskosten noodzakelijk om een bepaald inkomen te realiseren.

Evenzo moeten de kosten van de gemeenschappelijke kinderen en de besparingen die konden worden gerealiseerd, worden afgetrokken van het gezinsinkomen.

Om tot een vergelijkbare basis te komen moet dit inkomen vervolgens geïndexeerd worden naar het tijdstip waarop de gevorderde uitkering verschuldigd zal zijn (Bergen 17 februari 2004, *JT* 2004, 483, verkort).

Er mag geen rekening worden gehouden met fictieve inkomsten, vermits de echtgenoten hierover tijdens hun samenleven niet effectief konden beschikken. Met *o n g e o r l o f d e* inkomsten, in zoverre ze bepalend waren voor de levensstandaard tijdens het samenleven, moet wel worden rekening gehouden.

Een praktisch probleem dat daarbij kan rijzen, is het leveren van het *b e w i j s* van de omvang van deze inkomsten. Hiertoe kunnen eventueel fiscale documenten worden overgelegd, of kan worden geoordeeld op basis van indicieën (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 76-77, nrs. 144-150 en 468-469, nrs. 1160-1162) of kan er een expertise worden bevolen.

De rechter is niet gebonden door de fiscale aangifte, ook al is deze door de fiscus aanvaard. Fiscale documenten hebben slechts een indicatieve waarde (Rb. Brussel 22 december 1981, *RTDF* 1982, 453, noot J.-L. RENCHON; Rb. Brussel 20 november 1985, *JT* 1986, 113).

In het geval van *z e e r h o g e* inkomsten van een der echtgenoten tijdens het samenleven is het redelijk om de levensstandaard te bepalen op basis van het bedrag dat de ene echtgenoot tijdens het samenleven aan de andere echtgenoot ter beschikking stelde voor diens persoonlijke uitgaven, te vermeerderen met de vaste kosten zoals die voor de huisvesting die rechtstreeks door de andere echtgenoot ten laste genomen werden (P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 38, nr. 69 en de daar aangehaalde onuitgegeven rechtspraak).

**780** Het akkoord dat werd gesloten in het kader van een niet-beëindigde procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming, kan niet in aanmerking worden genomen voor de beoordeling van de levensstandaard tijdens het samenleven om de uitkering na echtscheiding op grond van bepaalde

feiten vast te stellen (Cass. 28 april 2005, *Div.Act.* 2006, 86, noot N. GALLUS, *RTDF* 2005, 759 en 1063, *RW* 2006-07, 998 en *T.Not.* 2005, 563).

– *Netto inkomsten na/vóór belasting*

**781** Het hof van beroep te Antwerpen berekent het netto belastbare gezinsinkomen als uitgangspunt voor de levensstandaard (Antwerpen 21 juni 2006, *RABG* 2006, 1213, noot S. BROUWERS).

De fiscale impact van het betalen, respectievelijk ontvangen van alimentatie situeert zich nochtans niet op het niveau van het bepalen van de levensstandaard die de echtgenoten hadden, wel op het niveau van het bepalen van het bedrag van de alimentatie.

De bedoeling van het bepalen van de gelijkwaardige levensstandaard is te achterhalen welke “train de vie” of sociale status de echtgenoten voerden tijdens het samenleven. Daarbij kan alleen maar worden rekening gehouden met datgene waarover zij concreet konden beschikken en niet met dat deel van de inkomsten dat bij de fiscus terecht kwam.

Er werd hierboven al op gewezen dat de levensstandaard niet alleen kan bestaan uit de inkomsten van de echtgenoten maar ook uit allerlei voordelen *in natura* (zoals de beschikking over een woning of een wagen) die fiscaal weinig of niet doorwegen.

Door de levensstandaard te bepalen op grond van belastbare inkomsten wordt deze niet alleen overschat maar creëert men bovendien een discriminatie met de gevallen waarin de levensstandaard niet wordt bepaald aan de hand van de inkomstengegevens maar wel van andere gegevens zoals het type van huisvesting, uitgavenniveau enz., gegevens waarbij de fiscale factor niet meer ter sprake komt.

Zie ook *boven* nr. 686 en *verder* nr. 811.

– *Uitgaven*

**782** Bij het bepalen van de levensstandaard op basis van de inkomstengegevens worden deze niet verminderd met de uitgaven. Het uitgavenpatroon van de echtgenoten is immers niets anders dan de weerspiegeling van hun levensniveau.

Indien men die uitgaven in mindering zou brengen dan zou het begrip “levensstandaard” of “levensniveau” (in de zin van art. 301, § 1 BW) geen inhoud meer hebben.



Dit wordt goed geïllustreerd door de situatie van echtgenoten die tijdens het samenleven duidelijk “boven hun stand” leefden middels een overmatig beroep op krediet. Hier zal de rechter een “zuiver rationele” toepassing moeten maken van de beschikbare inkomstegegevens.

Uitzondering wordt gemaakt voor de uitgaven (*in natura* of in geld) die betrekking hebben op het onderhoud van de kinderen of andere prioritaire onderhoudsgerechtigden (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005)”, *RTDF* 2005, 1023). Deze uitgaven verminderen uiteraard het levensniveau van de echtgenoten.

Met uitgaven voor huisvesting zoals huur en hypothecaire aflossing (wat het rentegedeelte betreft) moet evenmin rekening worden gehouden. De tegenwaarde van het woonvoordeel dat koppels genieten die dergelijke uitgaven niet hebben, wordt echter wel bij hun inkomsten gevoegd, omdat dit voordeel de levensstandaard verhoogt.

Bovendien sluit deze werkwijze beter aan bij de finaliteit die artikel 301 BW beoogt, t.w. wat heeft de onderhoudsschuldeiser tekort aan inkomsten (met inbegrip van een eventueel woonvoordeel aan zijn zijde) om al dan niet de levensstandaard van tijdens het samenleven te behouden.

#### – *Besparingen*

**783** De vraag of besparingen al dan niet deel uitmaken van de levensstandaard is omstreden.

Eenzijds kan worden gesteld dat het bedrag dat het spaarvermogen vertegenwoordigt, geen deel uitmaakt van het budget, bestemd voor de huishouding van het gezin, en waaruit de onderhoudsgerechtigde ook geen rechtstreeks voordeel genoot tijdens het huwelijksleven.

Dit zal overeenstemmen met de reële besparingen gemaakt tijdens het echtelijk samenleven, en er zal geen rekening mee gehouden worden bij de begroting van de onderhoudsuitkering waarop de echtgenoot-schuldeiser aanspraak kan maken.

Zodoende worden de besparingen, ter berekening van het bedrag der alimentatie, in mindering gebracht van het gezamenlijk inkomen van de echtgenoten (Bergen 19 oktober 1999, *RTDF* 2001, 664: het arrest weerhoudt als spaarvermogen een bedrag gelijk aan 25 % van het globaal eigen inkomen van de onderhoudsplichtige; zie ook S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming in Bibliotheek Burgerlijk Recht Larcier*, Brussel, Larcier, 2006, 155).

Er kon dus worden gespaard zonder dat dit enige invloed had op de levensstandaard die werd gevoerd.

Weliswaar in het kader van de begroting van een onderhoudsgeld tussen echtgenoten wijst het Hof van Cassatie er in een arrest van 25 november 2005 op dat de inkomsten van de echtgenoten in de eerste plaats moeten worden besteed aan de lasten van het huwelijk maar dat wat overblijft, kan worden aangewend volgens de bepalingen van hun huwelijksvermogensstelsel (Cass. 25 november 2005, *RTDF* 2006, 1079; en in identieke bewoordingen 25 januari 2007, *RTDF* 2007, 454 noot N.D., *Div.Act.* 2007, 74 noot N. GAL-LUS, *JLMB* 2007, 1591 en *Larcier Cass.* 2007, 106). Er mag m.a.w. bij het begroten van een onderhoudsgeld niet worden rekening gehouden met het “spaarpotentieel” of met professionele investeringen die in overeenstemming met artikel 217 BW beheerst worden door het secundaire stelsel en waardoor een “koude” halvering van de gezinsinkomsten niet mogelijk is.

Het spaarvermogen kan gebeurlijk wel in aanmerking komen bij de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen.

Anderzijds kunnen besparingen worden behandeld als uitgaven voor een “uitgestelde” levensstandaard, d.w.z. uitgaven die worden gedaan om later dezelfde levensstandaard min of meer te kunnen behouden.

Veel zal afhangen van de hoegrootheid van het spaarpotentiëel en van het feit dat de meerkost die voortvloeit uit het gescheiden leven van de (ex-)echtgenoten meer of minder aanzienlijk is en zal moeten worden opgevangen door het spaarpotentiëel (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence (Année 2005)”, *RTDF* 2005, 1021).

#### – Herwaardering

**784** Terecht worden in de rechtspraak geherwaardeerde inkomstencijfers gehanteerd om de levensstandaard van tijdens het samenleven te bepalen (Antwerpen 21 juni 2006, *RABG* 2006, 1213, noot S. BROUWERS).

In het bijzonder in een situatie waarin het samenleven vele jaren vóór de vaststelling van de onderhoudsuitkering beëindigd werd, zou het niet opgaan bij het bepalen van de referentiestandaarde inflatie te verwaarlozen. Het is aldus redelijk om het bedrag dat overeenstemt met het levensniveau van tijdens het samenleven te herwaarderen in functie van de stijging van de levensduurte volgens de evolutie van het indexcijfer der consumptieprijzen (Bergen 17 februari 2004, *RTDF* 2004, 1086; Bergen 24 mei 2005, *JT* 2005, 501, waarbij als berekeningsdatum voor het verleden een (gemiddelde) datum wordt genomen naar “billijkheid”; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde*

*feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 36, nr. 65).

## ii. Draagkracht van de uitkeringsgerechtigde

### – Algemeen

**785** Indien de inkomsten en mogelijkheden van de uitkeringsgerechtigde beneden een bedrag blijven dat overeenstemt met (zijn aandeel in) de becijferde levensstandaard tijdens het samenleven dan moet de echtgenoot-schuldenaar een uitkering betalen die beperkt wordt tot 1/3de van zijn inkomsten.

Bij het al dan niet toekennen van een onderhoudsuitkering moet er dus nagegaan worden of de gerechtigde met zijn eigen middelen en mogelijkheden in staat is in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven, wat ook de tijd is die sindsdien is verlopen (Cass. 7 juni 2001, *Pas.* 2001, 1068 en *RTDF* 2001, 466; zie ook P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 42, nr. 78 en de aldaar aangehaalde onuitgegeven rechtspraak).

Het wordt zelfs de plicht geacht van elke echtgenoot om voor zichzelf in een inkomen te voorzien (Luik 24 juni 2003, *RTDF* 2004, 157).

Aldus kan de rechter rekening houden met de levensstandaard die de uitkeringsgerechtigde sinds de feitelijke scheiding heeft kunnen voeren dankzij het verrichten van kleine huishoudelijke taken en het uitoefenen van toezicht op een woonhuis, ook al zorgde de uitkeringsplichtige tijdens het samenleven voor een groot gedeelte voor diens onderhoud (Cass. 7 juni 2001, *Pas.* 2001, 1068 en *RTDF* 2001, 466).

Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat een vrouw die tijdens het samenleven nooit buitenshuis gewerkt had en nauwelijks in staat was een andere winstgevende arbeid te verrichten dan huishoudelijk werk, volgens haar mogelijkheden in haar behoeften kon voorzien door kosteloos een woonhuis te betrekken in ruil voor klusjes en oppas (Brussel 28 maart 2002, nr. 2001/KR/448, geciteerd door P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 52, voetnoot 174; zie ook Rb. Luik 27 april 2000, *T.Vred.* 2001, 268).

Er wordt voor het overige ook verwezen naar wat hierboven al werd uiteengezet m.b.t. de draagkracht van de onderhoudsgerechtigde in het kader van de onderhoudsplicht tijdens de echtscheidingsprocedure. Nochtans mag niet zonder meer veralgemeend worden vermits de situatie tijdens de procedure niet altijd vergelijkbaar is met deze na de echtscheiding bv. voor de beoordeling van de “mogelijkheden” op korte termijn dan wel op lange termijn na de procedure. Zie *boven* nrs. 656-671.

Tal van overwegingen die hierna aan bod komen gelden zowel voor de uitkeringsgerechtigde als de uitkeringsplichtige.

– *Inkomsten*

**786** Het gaat om inkomsten van alle aard (professionele, roerende, onroerende) en ook deze die te verwachten zijn na de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel (Luik 22 maart 1994, *JLMB* 1994, 1178; Antwerpen 22 april 1980, *RTDF* 1981, 27).

Er dient rekening te worden gehouden met de beroepsinkomsten van de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot in de hypothese dat deze pas beroepsactief werd nadat hij werd verlaten door zijn huwelijkspartner, zij het met enige nuancering (bv. in het geval dat de uitkeringsgerechtigde wordt gedwongen om te gaan werken als arbeidster of poetsvrouw omdat haar echtgenoot zijn onderhoudsverplichting niet nakomt) (Cass. 10 december 1971, *Arr.Cass.* 1972, 358 en *Pas.* 1972, I, 353; Vred. Sint-Kwintens-Lennik 23 november 1981, *RW* 1983-84, 1100; P. HERMANS, noot onder Cass. 12 november 1976, *RW* 1977-78, 183; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 83, nr. 161 en 526, 1311).

I.v.m. inkomsten uit bijberoep of overuren dient de vraag te worden gesteld of deze activiteiten occasioneel zijn of ook reeds tijdens het huwelijk werden verricht.

**787** *Vervangingsinkomsten*, zoals werkloosheidsuitkeringen, pensioenen, ziekte- en invaliditeitsuitkeringen, en schadevergoedingen voor arbeidsongeschiktheid na een gemeenrechtelijk ongeval enz. komen ook in aanmerking (Rb. Brussel 11 februari 1976, *RW* 1976-77, 937, wat de draagkracht van de onderhoudsschuldenaar betreft; zie ook Cass. 12 januari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 563 en *RTDF* 1980, 139).

Dit is evenzo het geval voor uitkeringen van het OCMW in het kader van het recht op maatschappelijke integratie. Het gaat dan wel over onderhoudsaanpakken ten opzichte van de echtgenoot, de ouders, de kinderen en in sommige gevallen de ex-echtgenoot. Dit betekent dat een aanvrager van het bestaansminimum nooit kon verplicht worden deze alimentatieplichtigen aan te spreken. Dit is wel het geval voor alimentatieplichtige grootouders, kleinkinderen, schoonouders, aangetrouwde kinderen enz. (P. SENAËVE en D. SIMOENS, *OCMW-dienstverlening en bestaansminimum; praktische handleiding*, Brugge, die keure, 1995, 66, nr. 148 en 344, nr. 791).

Dit kan verwondering wekken want op die manier kan de uitkeringsplichtige ex-echtgenoot een stuk van zijn uitkering afschuiven op de gemeenschap. Bovendien wordt de hulp van het OCMW bepaald in functie van de inkomsten van de uitkeringsgerechtigde waaronder de onderhoudsuitkering en niet

omgekeerd (zie in die zin Bergen 16 november 1999, *JT* 2000, 201; *anders*: Bergen 6 december 2000, *RTDF* 2002, 665; zie ook N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 594).

Er is dan ook een andere strekking die stelt dat met de steun die door het OCMW wordt toegekend aan de uitkeringsgerechtigde geen rekening kan worden gehouden nu de onderhoudsplicht van de echtgenoot en de ex-echtgenoot voorgaat op die van het OCMW die residuair is (zie de onuitgegeven rechtspraak geciteerd door P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 49, nr. 87).

Er wordt verder verwezen *boven* naar de nrs. 665-666.

**788** Opbrengsten uit kapitaal, waaronder begrepen worden deze uit kasbons, obligaties, spaarboekjes, dividenden van aandelen enz. zijn inkomsten; hetzelfde geldt voor opbrengsten van onroerende goederen, zoals huurgeden, pachtopbrengsten, jachtrechten enz.

Bij *huurinkomsten* werd geoordeeld dat het redelijk is om van de brutohuuropbrengsten forfaitair 25 % in mindering te brengen voor de onroerende lasten (onroerende voorheffing, verzekeringspremies, onderhoudskosten en huurleegstand), behoudens indien degene die de huuropbrengsten geniet, nog hogere uitgaven voor zijn onroerend goed kan bewijzen (Brussel 22 september 2005, AR 2003/KR/330, geciteerd in P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 48, voetnoot 149).

Ook met gratis woonst en voordelen *in natura* kan rekening gehouden worden zoals bijvoorbeeld verblijf op de zetel van een vennootschap, of logement, kleding en voeding tijdens beroepshalve verplaatsingen (Antwerpen 29 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 114; Brussel 4 mei 1995, *Echtsch.* 1995, 111).

Indien de inkomsten van de onderhoudsgerechtigde niet stabiel blijken te zijn en sterk variëren (wat het geval kan zijn bij zelfstandigen), dan is het billijk het gemiddelde ervan over verschillende jaren in aanmerking te nemen. Dit systeem kan ook worden toegepast voor bijvoorbeeld onderwijzend personeel met steeds wisselende uurroosters (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 88, 169).

– *Mogelijkheden*

**789** Volgens de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 301, § 1 BW moet met de mogelijkheden van de uitkeringsgerechtigde worden rekening gehouden.

Concreet betekent zulks dat bij het niet-benutten van alle mogelijkheden, zowel op het vlak van de arbeid als met betrekking tot het kapitaal en de goederen e.d., de onderhoudsgerechtigde onder bepaalde voorwaarden fictieve inkomsten aangerekend kan krijgen langs de actiefzijde van zijn financiële draagkracht (Cass. 17 oktober 2002, *RTDF* 2003, 341, noot N. DANDROY, *JLMB* 2003, 1135 en *RW* 2002-03, 1507, noot).

In verband met de inkomsten van kapitaal en goederen lijkt het beter te spreken van *virtuele inkomsten* d.w.z. inkomsten die zulke goederen normalerwijze zouden moeten kunnen opbrengen (Cass. 17 oktober 2002, *RTDF* 2003, 341, noot N. DANDROY, *JLMB* 2003, 1135 en *RW* 2002-03, 1507, noot; N. DANDROY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 45).

Zo ook kan er geen rekening gehouden worden met het feit dat de uitkeringsgerechtigde haar inkomsten verminderde door een kapitaal uit haar vermogen te schenken aan haar dochter (Brussel 2 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1144). Aldus komen in aanmerking de mogelijkheden waarover de uitkeringsgerechtigde beschikt om daadwerkelijk een beroep uit te oefenen, gelet op zijn opleiding, zijn gezondheidstoestand, zijn gezinslasten en de toestand van de arbeidsmarkt (Rb. Brussel 10 september 1996, *T.Vred.* 1997, 87; KG Brussel 7 juni 1996, *JT* 1997, 83, *Div.Act.* 1997, 71 en *RTDF* 1997, 615; zie ook de rechtspraak aangehaald door K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 11, nr. 46).

Veelal zal de rechter dienen na te gaan of de uitkeringsgerechtigde voldoende inspanningen geleverd heeft om een plaats te veroveren op de arbeidsmarkt (Brussel 3 februari 1994, *RTDF* 1996, 170; Luik 11 februari 1997, *RTDF* 1997, 362).

Bij dit alles moet de nodige nuancering aan de dag gelegd worden. Kan men van een echtgenote, weliswaar gediplomeerd, die volgens afspraken binnen het huwelijk steeds gezorgd heeft voor de public-relations van haar echtgenoot-kunstenaar verlangen dat zij na de echtscheiding om het even welke job aanvaardt op de arbeidsmarkt? Of kan men de uitkeringsgerechtigde die steeds een creatief en spiritueel verrijkend werk heeft uitgeoefend gaan verplichten een meer lucratief werk te zoeken dat echter saai en vreugdeloos is?

Er kan wel rekening gehouden worden met de mogelijkheid om werkloosheidsuitkeringen te verwerven terwijl die in realiteit niet echt worden uitbetaald omwille van de nalatigheid van de uitkeringsgerechtigde (Vred. Doornik 8 januari 2003, *JLMB* 2003, 1155).

De mogelijkheden van de uitkeringsgerechtigde kunnen ook voortvloeien uit zijn te verwachten aandeel in de vereffening-verdeling van zijn

huwelijksvermogensstelsel. In afwachting daarvan kan dan een provisionele uitkering worden toegekend (Brussel 24 oktober 2002, *RTDF* 2004, 132; Rb. Aarlen 28 april 2000, *JT* 2001, 492, verkort).

**790** Het hertrouwen van de uitkeringsgerechtigde of het in concubinaat gaan leven kan zijn draagkracht gunstig of ongunstig beïnvloeden, maar leidt niet automatisch tot het tenietdoen van de uitkering (Brussel 20 april 1995, *RTDF* 1996, 178; Bergen 30 januari 1996 *Div.Act.* 1996, 143 en *JT* 1996, 560; Luik 30 juni 1999, *RTDF* 2000, 278).

Het feit dat de onderhoudsschuldeiser samenleeft met een derde persoon en daardoor zijn lasten ziet verminderen, kan o.m. worden geleverd door middel van het getuigenbewijs (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – Het onderhoudsgeld tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 12, nr. 47 met verwijzing naar F. APS, “Enkele beschouwingen omtrent het bewijs inzake onderhoudsuitkeringen” (noot onder Cass. 13 maart 1997), *EJ* 1998, 106-108).

Niet elke affectieve relatie met een derde wordt dus in aanmerking genomen. Er moet een effectieve verdeling van de lasten zijn (Antwerpen 8 april 2003, *NJW* 2003, 1265). Het delen van de woonkosten met een partner houdt een besparing in van de huisvestingslasten (Gent 12 februari 2004, *NJW* 2004, 1426, noot G.VERSCHULDEN). Een “lat-relatie” echter heeft op zich geen invloed op de draagkracht van de onderhoudsplichtige dan wel gerechtigde (Brussel 13 december 2001, *JLMB* 2004, 200; anders: Gent 22 juni 2007, *NJW* 2008, 741, noot G. VERSCHULDEN en *Act.dr.fam.* 2008, 197, weliswaar in een geval van begroting van onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure, het hof neemt aan dat de onderhoudsgerechtigde uit zulke relatie *ipso facto*, zij het beperkte, materiële voordelen geniet).

Het kunnen beschikken over de voormalige echtelijke woonst verhoogt de financiële draagkracht. Zo ook het vervullen van betalingen voor die woonst (zie de talrijke verwijzingen o.m. naar onuitgegeven rechtspraak weliswaar meestal i.v.m. de hulpplicht tussen de echtgenoten in P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 45, nr. 81).

Het hof van beroep te Luik was terecht van mening dat er geen rekening kan gehouden worden met de integrale aflossing van de hypothecaire lening na echtscheiding bij de begroting van de (provisionele) uitkering na echtscheiding. De ex-echtgenote had in het kader van de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel de gewezen gezinswoning bekomen en was ook gehouden tot het aflossen van een hypothecaire lening. Het hof oordeelde dat het betalen van de hypothecaire aflossingen niet vergelijkbaar was met het betalen van huur vermits die aflossingen niet verloren waren en progressief bijdroegen tot het verwerven van een onroerende patrimonium. Bovendien strekten die aflossingen ook de kinderen tot voordeel vermits zij in de gezinswoning konden blijven tot hun zelfstandigheid terwijl er voor die kinderen ook nog een onderhoudsbijdrage werd betaald (Luik 27 juni 2005, *Div.Act.* 2006, 97).

Er kan van partijen niet verwacht worden dat zij hun spaarcenten opgebruiken wel de intresten daarop (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 46, nr. 83).

De feitenrechter houdt rekening met de professionele mogelijkheden *in concreto* niet met toekomstige gebeurtenissen die enkel als *eventualiteiten* worden aangevoerd (Cass. 16 mei 2003, *NJW* 2003, 1399, noot M. DE SWAEF).

Beslist werd dat de echtgenoot die aangesproken wordt tot het betalen van onderhoudsgeld, zich niet aan zijn verplichting kan onttrekken door de mogelijkheid van hulp door de ouders of grootouders aan de onderhoudsschuldeiser in te roepen. Zijn onderhoudsverplichting heeft immers voorrang op deze van bloedverwanten en van aanverwanten (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 53, nr. 91). Dit impliceert echter niet noodzakelijk dat bij de vaststelling van de uitkering geen rekening zou mogen gehouden worden met de hulp die de onschuldige echtgenoot goedschiks van zijn ouders ontvangt.

#### – *Kapitaal en goederen*

**791** Bedoeld wordt hier het kapitaal en de goederen op zich en niet de opbrengsten ervan.

Van de uitkeringsgerechtigde kan in beginsel worden verwacht dat hij zijn kapitaal en goederen te gelde maakt, behoudens in de hypothese dat deze verwezenlijking gebeurt in ongunstige omstandigheden of indien daardoor de behoefte in de toekomst enkel zou toenemen.

Hoewel volgens de tekst van artikel 301 BW in hoofde van de uitkeringsgerechtigde geen rekening wordt gehouden met de *goederen* is dit blijkbaar een vergetelheid tenzij onder de term “mogelijkheden” ook de goederen moeten begrepen worden.

Het feit dat het kapitaal niet voldoende inkomsten oplevert, maakt de bezitter daarom nog niet behoeftig. Het kapitaal kan immers gerealiseerd worden. Toch kan de eiser behoeftig zijn alhoewel hij over een vermogen beschikt.

Dit zal het geval zijn indien hij dit vermogen slechts kan te gelde maken in bijzonder ongunstige voorwaarden, indien de omzetting in geld slechts binnen geruime tijd mogelijk is of als het gaat om een bescheiden kapitaal, waarvan de tegeldemaking, gezien de leeftijd of de gezondheidstoestand van de schuldeiser, zijn behoefte in de toekomst slechts kan vergroten (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 19, nr. 20 en 257, nr. 393; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 92, 178).



– *Lasten*

**792** Bij het bepalen van de graad van behoefte van een uitkeringsgerechtigde, wordt rekening gehouden met de personen die “te zijnen laste” zijn, bv. een tweede echtgenote en een kind uit het tweede huwelijk, ten opzichte van wie de uitkeringsgerechtigde krachtens de wet levensonderhoud verschuldigd is.

Het in aanmerking nemen van deze gezinslasten mag, zeker wat de uitkering na echtscheiding betreft, niet zover gaan dat de uitkeringsplichtige een bijkomende, onbestaande, onderhoudsplicht wordt opgelegd. Wel is het een feitelijk gegeven, dat de mogelijkheden van de uitkeringsgerechtigde ongunstig kan beïnvloeden (Cass. 2 januari 1969, *RW* 1968-69, 1372 en *Pas.* 1969, I, 392; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 259, nr. 394).

Bij de beoordeling van de draagkracht van de partijen mogen ook de lasten die voortvloeien uit het bij zich hebben van de kinderen (bv. in het kader van de verblijfsregeling) worden meegerekend, evenals de kosten die rechtstreeks aan de kinderen verbonden zijn (Rb. Brussel 8 augustus 1985, *Pas.* 1986, III, 43; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 48).

Omgekeerd vormt bij de begroting van de onderhoudsbijdrage voor de gemeenschappelijke kinderen het persoonlijke onderhoudsgeld dat een ouder geniet, een bestanddeel van diens inkomsten waarmede moet worden rekening gehouden (P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 54, nr. 93).

Wij kunnen het met deze rechtspraak niet eens zijn in de mate dat de onderhoudsplichtige voor de kinderen én voor de andere ouder, dezelfde is. Het zou niet zinvol zijn een gedeelte van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen in te calculeren in de uitkering van de onderhoudsgerechtigde ouder terwijl de betaler dezelfde is. Bovendien wordt bij het begroten van de draagkracht van de onderhoudsplichtige het aandeel daarin dat bestemd is voor de kinderen in mindering gebracht en bij het bepalen van dat aandeel wordt dan toch rekening gehouden met het feit dat de geldelijke bijdrage van de andere ouder nihil is. Wordt voormelde rechtspraak gevolgd dan betaalt de onderhoudsplichtige dubbel voor de kinderen.

**793** Met s c h u l d e n en verbintenissen van de uitkeringsgerechtigde kan in principe geen rekening worden gehouden. Bij het bepalen van de referentiestandaard d.w.z. de gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven werd met dit soort uitgaven reeds rekening gehouden (bv. de huisvestingskost of afkortingen op de aanschaf van een vervoermiddel).

De in een geldsom uitgedrukte referentiestandaard vormt immers het bedrag dat de schuldeiser kan besteden om verbintenissen die kaderen in een gelijkwaardige levensstandaard aan te gaan. Het nogmaals in aanmerking nemen van deze sommen langs de passiefzijde van de draagkrachtbalans van de uitkeringsgerechtigde (waardoor diens draagkracht vermindert) zou dan ook een dubbele weging ervan meebrengen.

Er kan geen rekening gehouden worden met de integrale aflossing van de hypothecaire lening na echtscheiding bij de begroting van de provisionele uitkering na echtscheiding; het aflossen van een hypothecaire lening is niet vergelijkbaar met het betalen van huur. Zie *boven* nr. 790 (Luik 27 juni 2005, *Div.Act.* 2006, 97).

Evenwel moet er ook hier genuanceerd worden. Zo kan wel rekening gehouden worden met het intrestbestanddeel van schulden die werden aangegaan om de noodzakelijke middelen van bestaan te verwerven, alsook met het intrestbestanddeel van schulden aangegaan om het verschil tussen het verschuldigde en het effectief gestorte onderhoudsgeld te compenseren.

Ook uitgaven die noodzakelijk zijn om activa te verwerven (die de draagkracht van de uitkeringsgerechtigde positief beïnvloeden) kunnen in rekening worden gebracht. Aldus de kosten van huishoudelijke hulp, noodzakelijk voor een langdurige werkloze om een omscholing te kunnen volgen (Vred. Kontich 9 mei 1972, *RW* 1972-73, 423 aangehaald door J. ROODHOOFT, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 94, nr. 184).

**794** Ten slotte is er de *m e e r k o s t* van het gescheiden leven (de huisvestingskost, verwarming, elektriciteit enz. worden niet gehalveerd door een gescheiden gezinsvorming), tenzij bij het bepalen van de referentiestandaard daarmee reeds werd rekening gehouden (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 36).

**795** Dikwijls worden in het kader van de procesvoering door de partijen indrukwekkende *l i j s t e n* met (overdreven) uitgaven voorgebracht, ten einde hun beschikbaar inkomen zoveel mogelijk te drukken.

Meestal gaat het om huishoudelijke lasten en uitgaven die in hoofde van elk van de partijen bestaan (bv. de huisvestingskosten) en daarom reeds niet relevant zijn bij de beoordeling door de rechtbank, althans niet voor de begroting van een uitkering na echtscheiding.

Bovendien is het uitgangspunt fundamenteel verkeerd. Bij het begroten van een onderhoudsuitkering moet vertrokken worden van de reële netto-inkomsten waarover elk van de echtgenoten kan beschikken.

Het is in functie daarvan en de correctie die door de onderhoudsuitkering moet worden aangebracht, dat elkeen zijn budget zal moeten beheren en in zijn uitgavenpatroon die prioriteiten zal moeten leggen die hij of zij belangrijk vindt.

M.a.w. de uitgaven zijn afhankelijk van de inkomsten en niet omgekeerd. Over het algemeen zal de rechter overigens zijn begroting van de uitkering niet laten beïnvloeden door een *a posteriori* berekening op basis van voorgebrachte lopende uitgaven (N. DANDOY, “Critères et méthodes de calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce”, *RTDF* 2001, 615; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 48).

– *Bewijs*

**796** De feitenrechter beoordeelt soeverein de elementen die het actief en het passief van de draagkrachtbalans van de uitkeringsgerechtigde mee bepalen (Cass. 15 maart 1991, *RW* 1991-92, 45, noot J. GERLO; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 257, nr. 393; D. TILLEMANS, “Het onderhoudsgeld na echtscheiding op grond van fout en op grond van feitelijke scheiding” in P. SENAËVE (ed.), *Echtscheiding*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1990, 269, nr. 409).

De rechter kan van de ex-echtgenoten en zelfs van derden zoals de administratie van de directe belastingen inlichtingen vragen waaruit het bedrag van de inkomsten en schuldvorderingen van de echtgenoten kan blijken (art. 301*bis* BW en 1253*quinquies* Ger.W.)

Geeft de derde aan de vordering van de rechter binnen de door hem gestelde termijn geen gevolg of lijken de verstrekte inlichtingen onvolledig of onjuist te zijn, dan kan de rechter de verschijning van de derde bevelen. Indien de derde uiteindelijk weigert inlichtingen te verstrekken of als hij niet verschijnt, kan hij dezelfde straf opgelegd krijgen als deze die toepasselijk zijn voor een gedagvaarde getuige die niet verschijnt (art. 926 Ger.W.).

Indien de rechter aan een openbaar bestuur beveelt hem gegevens te verstrekken over de inkomsten en schuldvorderingen van de echtgenoten, zijn de ambtenaren ontslagen van hun plicht tot geheimhouding. Het recht op geheimhouding blijft daarentegen wel bestaan voor de andere personen die zich op het beroepsgeheim kunnen beroepen.

Tevens kan de rechter eventueel een *deskundige* aanstellen om de juiste vermogenstoestand van de partijen te achterhalen en te begroten (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 96, nr. 188; zie m.b.t. de aanstelling van een deskundige Luik 12 februari 1996, *JT* 1996, 559).

Op grond van het beginsel *actori incumbit probatio* rust de bewijslast van de toestand van “behoefte” (in de zin van het niet zelf kunnen bereiken van de referentiestandaard) op de potentieel uitkeringsgerechtigde. Deze moet meer bepaald aantonen dat hij niet over voldoende middelen beschikt om in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven. De uitkeringsplichtige die niet akkoord gaat met de door de potentiële uitkeringsgerechtigde aangebrachte elementen, moet op zijn beurt het tegenbewijs leveren.

Indien gebruik wordt gemaakt van de door de fiscus aanvaarde aangifte inzake directe belastingen van de betrokken ex-echtgenoot, dan wordt terecht aangenomen dat de rechter hierdoor geenszins gebonden is. Hij is evenmin gebonden door fiscale constructies via vennootschappen (Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN; Rb. Brussel 8 januari 1991, *JT* 1991, 372; Vred. Brussel (8ste Kanton) 6 december 1989, *JJP* 1997, 87; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 43 en 44).

**797** Bij de vaststelling van de vermogenstoestand van de onderhoudsgerechtigde kunnen ook *g e t u i g e n v e r k l a r i n g e n* worden aangewend. Daarnaast kan de feitenrechter rekening houden met uiterlijke tekenen die wijzen op de financiële toestand van de bedoelde ex-echtgenoot of met vermoedens (art. 1353 BW) om vervolgens het inkomen forfaitair te begroten (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 32 en 45 en de verwijzingen aldaar naar onuitgegeven rechtspraak).

Wanneer vermoedens worden gehanteerd dan mag het evenwel niet gaan om persoonlijke opvattingen of persoonlijke kennis van de rechter maar om regelmatig voorgelegde feiten en op uit die feiten afgeleide algemeen bekende gegevens (Cass. 23 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 288 en *Pas.* 1982, I, 278; Cass. 19 juni 2003, *RTDF* 2004, 123).

In de laatste uitspraak verbreekt het hof een arrest van de appelrechter die op basis van de vaststelling dat de debiteur over een kapitaal van 122.000.000,- BEF kon beschikken, afleidt dat deze hiervan, indien goed beheerd, tussen de 8 à 9.000.000,- BEF inkomsten kon genereren, hetzij 700.000,- BEF per maand.

Hetzelfde geldt wanneer de rechter zich steunt op een feit dat alleen bevestigd wordt door de loutere bewering van één der partijen.

*In casu* had een partij zeer aannemelijk gemaakt dat de onderhoudsplichtige die een drankgelegenheid uitbaatte, zoals algemeen bekend was, over meer inkomsten beschikte dan dat uit zijn belastingaangiften bleek. Het hof oordeelde dat de appelrechter door zich alleen hierop te steunen de artikelen 1315, 1349 en 1353 BW had geschonden (Cass. 9 november 2007, *RTDF* 2008, 223; zie hierover N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre

époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1112).

De rechter is niet gebonden door de vaststelling van de bestaansmiddelen in hoofde van de gerechtigde zoals deze gebeurde in een rechterlijke beslissing genomen in het kader van hetzij dringende voorlopige (art. 223 BW), hetzij voorlopige maatregelen (art. 1280 Ger.W.; Brussel 16 maart 1977, *RTDF* 1978, 31, noot M.F. LAMPE).

In het geval waarin blijkt dat met het fiscaal aangegeven inkomen onmogelijk de uitgaven bekostigd kunnen worden die de betrokkene zelf opgeeft en/of die blijken uit de door hem gevoerde levensstandaard, dient de rechter rekening te houden met de tastbare situatie waarin de partij verkeert, eerder dan met de boekhoudkundige en fiscale constructies die de partij heeft opgesteld (Antwerpen 5 oktober 2005, *EJ* 2005, 186, noot E. VAN DER VELPEN; zie ook P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 44, nr. 80 en de daar aangehaalde onuitgegeven rechtspraak).

Wanneer een zelfstandige jaar na jaar aan de administratie der personenbelasting verliezen aan geeft maar intussen zijn zelfstandige activiteit onverminderd voortzet zonder te verantwoorden waar hij de middelen haalt om deze verliezen te dekken en bovendien het door hem betaalde onderhoudsgeld alsook zijn onderhoud te financieren, dan kan rekening gehouden worden met een minimaal inkomen dat voor dit alles noodzakelijk is (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 44, nr. 80).

#### – Tijdstip

**798** Er dient op het temporele vlak vooreerst een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de vaststelling van de referentiestandaard en anderzijds de vaststelling van de draagkracht van de partijen.

Wat dit laatste betreft bestond er geen eensgezindheid (S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 299-301).

Volgens de oudere rechtsleer en rechtspraak moest de draagkracht van partijen worden geëvalueerd op het moment van de huwelijksontbinding. Er werd dan geen rekening meer gehouden met de latere positieve of negatieve vermogens evolutie in hoofde van de onderhoudsgerechtigde of onderhoudsplichtige. Deze visie werd verantwoord door verwijzing naar het indemnitaire karakter van de uitkering na echtscheiding (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil Belge, II. Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, 808, nr. 788; Vred. Deurne 21 september 1979, *Pas.* 1980, III, 58 en *RW* 1981-82, 827).

Volgens recentere rechtsleer en rechtspraak was deze oplossing onverenigbaar met het principieel veranderlijke karakter van de onderhoudsuitkering zoals dit voortvloeide uit de wet van 9 juli 1975 (wet van 9 juli 1975 betreffende de uitkering na echtscheiding, *BS* 23 juli 1975). Volgens deze strekking zou het onlogisch en onbillijk zijn dat er bij de initiële toekenning van de onderhoudsuitkering na de ontbinding van het huwelijk geen rekening zou kunnen worden gehouden met de vermogensevolutive die zich na de huwelijksontbinding en vóór de toekenning van de uitkering had afgetekend terwijl dezelfde vermogensevolutive volgens artikel 301, § 3 (oud) BW wel in aanmerking zou kunnen komen als grond tot wijziging van een reeds toegekende uitkering. Binnen deze strekking bestonden echter uiteenlopende standpunten over de vraag op welk ogenblik de rechter concreet de vermogenstoestand van de partijen moest bepalen (I. MARTENS, “Tijdstip van evaluatie van de draagkracht van partijen bij de begroting van de onderhoudsuitkering na echtscheiding” (noot onder Cass. 26 mei 2006), *T.Fam.* 2008, 132).

Anderen waren daarentegen van oordeel dat de rechter zijn evaluatie van de draagkracht van partijen, net zoals bij de wijziging van een reeds vastgestelde uitkering, steeds diende uit te voeren op het ogenblik van zijn uitspraak over de gevorderde uitkering en stelden bovendien dat het al dan niet ingrijpende karakter van de vermogensevolutive sinds de huwelijksontbinding zonder belang was, aangezien de *ratio* van deze voorwaarde, namelijk het aantal geschillen tussen gewezen echtgenoten aangaande de wijziging van een reeds toegekende onderhoudsuitkering zoveel mogelijk te beperken, hier niet speelde (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 99, nr. 192 en 528, nrs. 1319 en 1320; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 698, nr. 1884).

Volgens J. ROODHOOF dient de rechter zich steeds te stellen op het moment van de uitspraak over de vordering, en dit ongeacht of de uitkering al dan niet voor het eerst wordt gevorderd geruime tijd na de echtscheiding. Deze opvatting vloeit volgens deze auteur voort uit het standpunt dat wordt ingenomen met betrekking tot de wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 99, nr. 192).

Waar vóór de wetwijziging van 9 juli 1975 (wet van 9 juli 1975 betreffende de uitkering na echtscheiding, *BS* 23 juli 1975) de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout enkel kon worden ingetrokken indien ze niet meer nodig was, werd sindsdien een systeem van beperkte wijzigbaarheid ingevoerd. Op grond van de derde paragraaf van artikel 301 BW kan de uitkering na echtscheiding op grond van fout namelijk onder bepaalde in de wet opgesomde omstandigheden worden aangepast. *Ratio* voor de wijziging waren de grote onrechtvaardigheden waar het systeem van de onveranderlijkheid aanleiding toe kon geven.

**799** Sommigen opteerden voor een keuze tussen ofwel het ogenblik van de huwelijksontbinding, maar dan moest de rechter ook wel rekening houden met de positieve en/of negatieve vermogensevoluties die zich nadien voordeden en die krachtens het oude artikel 301, § 3 BW aanleiding zouden kunnen geven tot een wijziging van een reeds vastgestelde uitkering, ofwel evalueerde de rechter de draagkracht op het ogenblik van de uitspraak van de onder-

houdsuitkering maar dan moest hij de wijzigingen die overeenkomstig datzelfde oude artikel 301, § 3 BW niet zouden kunnen leiden tot herziening van een reeds toegestane uitkering, buiten zijn beoordeling laten. Zie voor de eerste visie J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 262, nr. 399; E. VIEUJEAN, "Les effets du divorce pour cause déterminée" in X (ed.), *Le divorce en Belgique: controverses et perspectives*, Brussel Story-Scientia, 1991, 198, nr. 48; zie voor de tweede visie N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 224-225, nrs. 203 en 204).

Volgens J. GERLO moet een onderscheid worden gemaakt tussen een aantal hypothesen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 260-262, nrs. 396-400; zie ook E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence: Personnes (1976 à 1983)", *RCJB* deel 3, 1989, 232, nr. 168).

Ingeval de onderhoudsuitkering wordt gevorderd als *accessorium* van de echtscheidingseis, moet de rechter zich voor de begroting van de inkomsten van de uitkeringsgerechtigde plaatsen op het ogenblik van de ontbinding van het huwelijk. Wel kan als de uitkering wordt gevorderd vóór de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel, een voorlopig bedrag worden toegekend.

Indien de potentieel gerechtigde ex-echtgenoot daarentegen voor de eerste maal een uitkering vordert enige tijd na de ontbinding van het huwelijk, heeft de rechter, volgens deze strekking, de keuze om zich wat de evaluatie van de draagkracht van de alimentaire schuldeiser betreft, te stellen hetzij op het moment van de ontbinding van het huwelijk, hetzij op het ogenblik van de uitspraak over de vordering. Indien hij zich plaatst op het moment van de ontbinding dient hij wel rekening te houden met de omstandigheden die zich nadien voordeden en die van die aard zijn dat zij tot een wijziging van de uitkering op grond van artikel 301, § 3 BW zouden kunnen leiden. Deze laatste vereiste wordt echter niet gesteld door het Hof van Cassatie (zie *verder*).

Ook in de hypothese dat de rechter zich voor de evaluatie zou stellen op het ogenblik van de nieuwe uitspraak, moet hij de omstandigheden die op basis van artikel 301, § 3 BW geen wijziging van de uitkering mee kunnen brengen en die zich voordeden sinds het huwelijk werd ontbonden, uit zijn beoordeling sluiten. Indien deze laatste restrictie niet zou worden ingelast zou immers ook de behoefte in hoofde van de gerechtigde die wordt veroorzaakt door omstandigheden die niet onafhankelijk van zijn wil zijn, in aanmerking kunnen worden genomen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 260-262, nrs. 396-400).

In een geval waarin de vrederechter een uitkering na echtscheiding op grond van fout heeft vastgesteld, moet de rechtbank van eerste aanleg, in hoger beroep, volgens het Hof van Cassatie wel degelijk rekening houden met eventuele wijzigingen in de inkomsten van de onderhoudsgerechtigde die hebben plaatsgevonden tussen het ogenblik van de uitspraak van de echtscheiding en het vonnis waarin het bedrag van de uitkering wordt bepaald. Verduidelijkt wordt dat het echter niet moet gaan om een "ingrijpende wijziging" in de zin van artikel 301, § 3 (oud) BW, aangezien dit criterium enkel geldt voor eisen tot herziening van een reeds toegekende uitkering (Cass. 26 mei 2006, *RW* 2007-08, 703 (verkort), *T.Fam.* 2008, 129, noot I. MARTENS en *NJW* 2007, 931, noot G. VERSCHULDEN). Volgens het Hof van Cassatie strekt de vereiste van een ingrijpende wijziging in de toestand van de uitkeringsgerechtigde er enkel toe om een toename van eisen tot herziening te vermijden.

Het hof besliste als volgt: “De uitkering waarop de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen aanspraak kan maken krachtens artikel 301, § 1 (oud) BW moet, in de regel, worden vastgesteld op basis van de inkomsten op de dag dat het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt, in kracht van gewijsde is getreden.

De rechter moet evenwel ook rekening houden met de wijziging die zich in de bestaansmiddelen van de uitkeringsgerechtigde heeft voorgedaan tussen de uitspraak van de echtscheiding en het over de uitkering gewezen vonnis, ook al betreft het geen aanzienlijke of ingrijpende wijziging”.

Het hof bevestigt weliswaar dat de uitkering in de regel moet worden vastgesteld op basis van de inkomsten die partijen bezaten op het tijdstip waarop het huwelijk tussen partijen ontbonden is maar oordeelt dat de rechter ook rekening moet houden met de wijzigingen die zich in de bestaansmiddelen van de onderhoudsgerechtigde hebben voorgedaan tussen het ogenblik van de uitspraak van de echtscheiding en het over de uitkering gewezen vonnis. Bovendien moet het daarbij niet gaan om een aanzienlijke of ingrijpende wijziging in de zin van het oude artikel 301, § 3, tweede lid BW, nu deze vereiste enkel tot doel heeft een proliferatie van het aantal vorderingen tot herziening te voorkomen.

Voordien nam het Hof van Cassatie ook reeds hetzelfde standpunt in (Cass. 28 september 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 132, *Pas.* 1990, I, 119, *Rev.not.b.* 1990, 35, noot, *RTDF* 1990, 346 en *T.Not.* 1991, 479; Cass. 11 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 966, *JT* 1992, 699, *Pas.* 1992, I, 899 en *Rev. not. b.* 1992, 416).

De problematiek m.b.t. het juiste tijdstip van de vaststelling van de draagkracht van de partijen blijft zijn relevantie ook behouden na de datum van inwerkingtreding van de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) vermits de rechter ook onder het nieuwe recht het bedrag van de uitkering na een echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting moet bepalen rekeninghoudend met de “inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoten” (art. 301, § 3, tweede lid BW).

### iii. Draagkracht van de uitkeringsplichtige

#### – Algemeen

**800** Er kan worden gesteld dat de regels die moeten worden toegepast om de draagkracht van de onderhoudsplichtige vast te stellen, dezelfde zijn als deze toe te passen in hoofde van de gerechtigde. Het beoordelen van de financiële toestand van de partijen moet immers in beginsel op dezelfde wijze gebeuren.

Er moet rekening gehouden worden met alle concrete feitelijke omstandigheden, in het bijzonder met de leeftijd, de door partijen opgebouwde spaarmiddelen en de sociologische realiteit. Indien dankzij de opgebouwde aanzienlijke spaarmiddelen een comfortabel leven kan worden geleid dan kan van de onderhoudsplichtige in alle redelijkheid niet worden verwacht dat hij op oudere leeftijd nog een veeleisende job zou uitoefenen (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 54, nr. 94).



Ook de terbeschikkingstelling van de gewezen gezinswoning aan de uitkeringsgerechtigde zonder dat daarvoor een woonstvergoeding wordt aangerekend komt in aanmerking (als bijdrage *in natura*) (Vred. Brussel (4de kanton) 19 januari 2005, *Div.Act.* 2006, 78, noot J. BEERNAERT; zie ook de aangehaalde onuitgegeven rechtspraak in P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 55, nr. 94).

Er kan geen rekening gehouden worden met de integrale aflossing van de hypothecaire lening na echtscheiding bij de begroting van de provisionele uitkering na echtscheiding; het aflossen van een hypothecaire lening is niet vergelijkbaar met het betalen van huur. Zie *boven* nr. 790 (Luik 27 juni 2005, *Div.Act.* 2006, 97).

– *Inkomsten en mogelijkheden*

**801** Er werd aangenomen dat wanneer de uitkeringsplichtige geregeld steun ontvangt van zijn ouders, die bij zijn inkomsten kan geteld worden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 255, nr. 391; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 55, nr. 95).

Het Hof van Cassatie neemt echter het tegenovergestelde standpunt in. Een regelmatige maandelijkse onderhoudssteun die aan de uitkeringsplichtige wordt betaald door zijn ouders maakt geen deel uit van de “inkomsten” waarvan sprake in artikel 301, § 1 BW en op basis waarvan de uitkering na echtscheiding moet worden bepaald (Cass. 30 oktober 2008, *RABG* 2009, 253, noot S. BROUWERS).

*In casu* had de uitkeringsplichtige in cassatie met succes aangevoerd dat indien het onderhoudsgeld dat hij op regelmatige basis van zijn ouders ontving, bij zijn inkomsten zou worden gevoegd, op die manier een niet door de wet voorziene onderhoudsschuldenaar zou worden toegevoegd aan de verplichtingen die voor zijn ouders voortvloeiden uit de artikelen 205 BW en 207 BW (t.w. de ex-schoondochter). Terwijl indien hun geldelijke hulp zou worden beschouwd als een opeenvolgende reeks van giften, deze een kapitaal zouden vormen in zijne hoofde, dat op zich niet in aanmerking kan komen voor de begroting van de uitkering na echtscheiding.

De rechter mag, bij het bepalen van de uitkering, ook rekening houden met de inkomsten die de schuldenaar normaliter had kunnen verwerven. Ook te verwachten inkomsten kunnen eventueel in aanmerking genomen worden.

De draagkracht van de uitkeringsplichtige kan eventueel gunstig beïnvloed worden door een nieuw huwelijk of concubinaat (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 255, nr. 391).

In tegenstelling tot de situatie van de onderhoudsgerechtigde, leidt een nieuw huwelijk echter niet tot een automatisch verval van de onderhoudsverplichting. In dergelijke hypothese moet daarentegen worden aanvaard dat de onderhoudsaanspraken van de huidige en gewezen echtgenoot op dezelfde hoogte staan (Cass. 21 april 1983, *JT* 1983, 663, noot T. AFSCHRIFT).

Anderzijds kan krachtens artikel 301, § 3 BW de uitkeringsplichtige wiens toestand door omstandigheden onafhankelijk van zijn wil ingrijpend is gewijzigd de vermindering of opheffing van de uitkering vragen. In een arrest van 16 juni 1995 erkent het Hof van Cassatie impliciet dat een nieuw huwelijk een omstandigheid is onafhankelijk van de wil van de uitkeringsplichtige (Cass. 16 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, 626, *Pas.* 1995, I, 648, *Div.Act.* 1997, 27, noot A. VAN GYSEL, *EJ* 1996, 23, noot J. ROODHOOF, *AJT* 1995-96, 495, noot P. HOFSTRÖSSLER, *RW* 1995-96, 1234 en *RTDF* 1996, 523).

In de rechtspraktijk is discussie gerezen omtrent de vraag of de rechter bij de beoordeling van de draagkracht van de onderhoudsschuldenaar de mogelijkheden die deze onbenut laat in aanmerking mag nemen. Artikel 301 BW beperkt zich er toe te stellen dat de inkomsten en de goederen van de uitkeringsplichtige in aanmerking worden genomen bij de begroting van diens draagkracht (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 102, nr. 198; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 37).

Een meerderheid in rechtspraak en rechtsleer aanvaardt op basis van de billijkheid dat de rechter ook rekening mag en moet houden met de mogelijkheden die de onderhoudsplichtige onbenut laat. Het is immers logisch dat niet kan worden aanvaard dat de schuldenaar geen arbeid verricht of doelbewust zijn goederen of kapitaal ongebruikt laat om zich op deze wijze aan zijn alimentaire verplichtingen te onttrekken. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de uitkeringsplichtige die eigenaar is van een vennootschap en daarin de reserves laat accumuleren (Cass. 4 april 1963, *Pas.* 1963, I, 853; Cass. 20 december 1973, *Pas.* 1974, I, 438).

Er kan hier nog verwezen worden naar het cassatiearrest van 17 oktober 2002 waarin wordt gesteld dat niet alleen moet worden rekening gehouden met de effectieve inkomsten van de goederen van de onderhoudsplichtige maar ook met de virtuele inkomsten van die goederen d.w.z. de inkomsten die zulke goederen normalerwijze kunnen opbrengen (Cass. 17 oktober 2002, *RTDF* 2003, 341 noot N. DANDOY en *JLMB* 2003, 1135; Antwerpen 4 december 2002, *NJW* 2003, 742).

**802** Balansen en jaarverslagen van een naamloze vennootschap vormen geen absoluut bewijs van inkomsten en lasten zodat het feit dat de jaarrekening geen vergoeding vermeldt voor de bestuurder van een naamloze vennootschap ter zake niet dienend is. Bij gebrek aan voldoende bewijzen betreffende het inkomen van de onderhoudsplichtige, kan de rechter overgaan tot de aanstelling van een boekhoudkundige expert.

Ingeval de rechter van oordeel is dat er sprake is van een vooropgezet spel zoals een georganiseerd faillissement op bekentenis, mag hij ook rekening houden met het inkomen dat de onderhoudsplichtige normalerwijze zou kunnen verdienen.

De rechter is dus geenszins gebonden door constructies waarbij het onvermogen op bedrieglijke wijze georganiseerd wordt.

Zie voor toepassingsgevallen: Brussel 3 februari 1994, *RTDF* 1996, 170 (ongemotiveerde beperking tot deeltijdse arbeid); Brussel 24 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 83 (georganiseerd ontslag); Brussel 30 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 73; Brussel 4 mei 1995, *Echtsch.* 1995, 111 (vrijwillige beperking van inkomsten uit een vennootschap); Antwerpen 4 december 2002, *NJW* 2003, 742, noot (vrijwillige beperking van inkomsten uit een vennootschap).

De criteria die bij de beoordeling van de mogelijkheden van de onderhoudsplichtige in aanmerking moeten worden genomen, zijn dezelfde als in hoofde van de uitkeringsgerechtigde. Aldus moet rekening worden gehouden met een aantal subjectieve factoren in hoofde van de onderhoudsplichtige zoals leeftijd, diploma's, kinderlast, beroepservaring enz. alsook met de objectieve toestand van de arbeidsmarkt.

De hierbovenvermelde potentiële inkomsten komen in aanmerking zelfs indien ze werden verworven na de feitelijke scheiding (Cass. (1ste k.) 7 juni 2001, *RTDF* 2001, 466, het ging hier weliswaar om de mogelijkheden van de uitkeringsgerechtigde).

Niet-officiële inkomsten zal de rechter begroten op een forfaitair bedrag dat volgens hem overeenstemt met de reëel genoten inkomsten (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 592 en 603). De rechter kan ook aangifte doen aan de procureur des Konings van het niet-officiële karakter van de inkomsten en de behandeling van de zaak opschorten (zie Luik 27 juni 2001, *JT* 2002, 28, weliswaar in kort geding en met betrekking tot spaartegoeden).

Op die manier voldoet de feitenrechter aan zijn verplichting de inkomsten van de uitkeringsplichtige te preciseren zodat de legaliteitscontrole van het Hof van Cassatie mogelijk is m.b.t. de 1/3de-grens (Cass. 19 oktober 2000, *RTDF* 2001, 658, *Div.Act.* 2002, 10, noot A.-C. VAN GYSEL, *RW* 2001-02, 451 en *RCJB* 2001, 5 noot A. MEEUS; Cass. 7 december 2001, *RTDF* 2002, 463).

**803** Ten slotte zal naast inkomsten uit arbeid eveneens rekening gehouden worden met *h u u r i n k o m s t e n* uit roerende en onroerende goederen als ook met de voordelen die de onderhoudsplichtige *in natura* geniet (Antwerpen 29 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 114, huisvesting en luxe sportwagen; Brussel 30 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 73; Brussel 20 april 1995, *RTDF* 1996, 178).

De *h a a r d - e n s t a n d p l a a t s v e r g o e d i n g* die aan de onderhoudsplichtige als personeelslid van een internationale organisatie wordt betaald, maakt deel uit van zijn bezoldiging en derhalve van zijn beschikbare inkomsten (Bergen 6 oktober 1994, *JT* 1995, 217).

Voor zover het niet gaat om eenmalige vrijgevheden moet ook met de voordelen *in natura* die de onderhoudsplichtige geniet van de vennootschap van zijn ouders of de ouders zelf, rekening worden gehouden, zulks in de mate dat ze bovenop zijn inkomsten komen en zijn levensstandaard in ruime mate verhogen (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 55, nr. 95). Dit standpunt wordt niet gehuldigd door het Hof van Cassatie, althans wat de regelmatig betaalde onderhoudssteun betreft (Cass. 30 oktober 2008, *RABG* 2009, 253, noot S. BROUWERS).

– *Kapitaal en goederen*

**804** Bedoeld wordt hier het kapitaal en de goederen op zich en niet de opbrengsten ervan.

Er wordt in artikel 301, § 1 BW uitdrukkelijk verwezen naar de goederen, naast de inkomsten van de schuldenaar, enerzijds om diens draagkracht te bepalen en anderzijds omdat hij goederen – roerende en onroerende – onproductief zou kunnen laten (schilderijen, juwelen, diamant, niet-verhuurde onroerende goederen enz.).

Evenals wat de onderhoudsgerechtigde betreft, bepalen de goederen van de onderhoudsplichtige mede diens draagkracht. Aangezien in beginsel dezelfde regels toepasselijk zijn voor de vaststelling van de draagkracht van zowel onderhoudsgerechtigde als onderhoudsplichtige, kan men met betrekking tot diens mogelijkheden om het kapitaal dat deze heeft te vervreemden, verwijzen naar de bespreking van de situatie van de onderhoudsgerechtigde (boven nr. 791).

– *Lasten*

**805** In dit verband kunnen de regels uiteengezet bij de bespreking van de draagkracht van de onderhoudsgerechtigde niet zonder meer naar analogie worden toegepast. Wel kan worden aanvaard dat ook hier de verwervingskosten eventueel in rekening kunnen worden gebracht.

Verwervingskosten zijn onder meer beroepskosten voor zover niet terugbetaald door de werkgever, kosten van het woon-werkverkeer (doch dan ook in rekening te brengen bij de uitkeringsgerechtigde), aanschaf gereedschap, uitrustingskosten, herstellingskosten van onroerende goederen enz. (ROODHOOFD, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 510-516, nrs. 1266-1284; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 38).

Bij de beoordeling van de lasten van de onderhoudsplichtige kan de rechter rekening houden met het feit dat deze afnemen ingeval ze gedeeld worden met een nieuwe levensgezel.

**806** De onderhoudsplichtige kan niet alleen zijn eigen uitgaven in rekening brengen, maar ook zijn gezinslasten. Waar het Hof van Cassatie reeds in 1983 oordeelde dat de rechter bij de begroting van een onderhoudsuitkering rekening moet houden met de kosten verbonden aan de opvoeding en het onderhoud van de kinderen uit het tweede huwelijk van de onderhoudsplichtige, bevestigde het hof dit beginsel opnieuw in een arrest van 5 september 1997 wat betreft de kosten verbonden aan de opvoeding en het onderhoud van overspelige kinderen van de onderhoudsplichtige echtgenoot (Cass. 21 april 1983, *JT* 1983, 663, noot T. AFSCHRIFT; Cass. 5 september 1997, *Rev. not.b.* 1998, 97, *JLMB* 1998, 356, noot Y.H. LELEU, *JT* 1998, 339 (verkort) en *Div.Act.* 1998, 76, noot A.-C. VAN GYSEL; Brussel 30 maart 1995, *Echtsch.* 1995, 73; Luik 11 februari 1997, *RTDF* 1997, 362; K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 11, nr. 45).

Het hof van beroep te Luik gaat nog verder door rekening te houden met dergelijke kosten van de kinderen van de tweede echtgenote van de onderhoudsplichtige uit een vorig huwelijk. Wel moet dan prioriteit gegeven worden aan de onderhoudsplicht van de beide ouders van die kinderen (waaronder dus die tweede echtgenote) (Luik 24 april 2001, *JLMB* 2002, 1497, *RRD* 2001, 268, *RTDF* 2002, 688 en *JT* 2001, 577 (verkort); zie ook de niet-gepubliceerde rechtspraak in P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 55, nr. 96).

Daarentegen gaat de onderhoudsplicht van een persoon ten aanzien van zijn ex-echtgenote voor op vrijgevheden aan de kinderen (bv. een maandelijks zakgeld) die niet meer onderhoudsgerechtigd zijn (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 56, nr. 97).

Volgens P. SENAËVE moet worden aangenomen dat de verplichtingen die een persoon heeft t.a.v. zijn huidige echtgenoot op grond van artikel 213 en artikel 221, eerste lid BW voorgaan op zijn onderhoudsplicht t.a.v. zijn ex-echtgenoot na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Het gaat hier om twee onderhoudsverplichtingen van verschillende aard waarbij door de wetgever aan de onderhoudsplicht binnen het huwelijk een grotere intensiteit werd toegekend.

Daarentegen gaat de onderhoudsverplichting die men heeft t.a.v. zijn ex-echtgenoot na echtscheiding door onderlinge toestemming – tenzij andersluidend beding in de voorafgaande overeenkomsten – voor op de onderhoudsplicht t.a.v. de nieuwe echtgenoot, gelet op de contractuele aard van de eerstgenoemde onderhoudsplicht (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 57, nrs. 101 en 102).

Wat de uitgaven betreft, geldt dat courante uitgaven en de investeringsuitgaven die de onderhoudsplichtige doet in principe niet in rekening kunnen gebracht worden bij het bepalen van het bedrag van de door hem verschuldigde onderhoudsuitkering.

Een uitzondering moet echter gemaakt worden voor de afbetaling van schulden van het gezin van partijen die gemaakt werden vóór het begin van de feitelijke scheiding. Elke (ex-)echtgenoot – en niet enkel de onderhoudsplichtige – dient de gevolgen voor de te voeren levensstandaard te ondergaan van een gemeenschappelijke schuld, ongeacht wie deze *de facto* afbetaalt.

Het voorgaande geldt evenzeer voor de afbetaling door de onderhoudsplichtige van beroepsschulden gemaakt vóór het ontstaan van de feitelijke scheiding.

Ook de uitgaven die de onderhoudsplichtige reeds ten laste neemt ter ontlasting van het gezin van zijn echtgenote (en de gemeenschappelijke kinderen) zoals de afbetaling van de hypothecaire lening op de gezinswoning en de afbetaling van andere leningen aangegaan ten behoeve van het gezin, dienen wel in mindering te worden gebracht van diens inkomsten (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 58, nrs. 103 en 104 en de aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak).

**807** Volgens J. ROODHOOFD kan de alimentatieplichtige in om het even welke hypothese de lasten die hij heeft om een levensminimum te bereiken, inbrengen. De schuldenaar kan m.a.w. nooit worden verplicht een uitkering te verstrekken waardoor hij zelf in een toestand zou komen waarin hij geen bestaansminimum meer heeft. Een onderhoudsplichtige wiens inkomsten en mogelijkheden hem toelaten net het bestaansminimum te bereiken kan, uitgaande van artikel 301 BW, dan ook niet als voldoende vermogend worden beschouwd om een uitkering te betalen (ROODHOOFD, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 106, nr. 205).

Met de lasten voortvloeiend uit een tijdens het samenleven aangegane hypothecaire lening of een dergelijke lening die werd aangegaan om het aandeel van de tegenpartij in de gemeenschappelijke woning te kunnen inkopen, wordt in de rechtspraak wel rekening gehouden (Luik 28 februari 1989, *RTDF* 1990, 185; Vred. Sint-Kwintens-Lennik 23 november 1981, *RW* 1983-84, 1097).

– *Bewijs en tijdstip*

**808** Evenals bij de begroting van de draagkracht van de uitkeringsgerechtigde, is de rechter soeverein in zijn beoordeling van de financiële toestand van de onderhoudsplichtige. Hij beschikt over dezelfde ruime onderzoeksbevoegdheden.

De bewijslast van de financiële toestand van de onderhoudsplichtige rust op de uitkeringsgerechtigde. De draagkracht van de alimentaire schuldenaar vormt namelijk een van de bestaansvoorwaarden voor de uitkering.

Inzake het tijdstip van de evaluatie wordt er verwezen naar wat hierover werd uiteengezet met betrekking tot de situatie van de onderhoudsgerechtigde. Zie *boven nrs. 798-799*.

iv. Fiscale impact

– *Algemeen*

**809** Op fiscaal vlak heeft het bepalen, respectievelijk het ontvangen van een onderhoudsuitkering bepaalde gevolgen. Enerzijds is overeenkomstig artikel 104, eerste lid, 1° en 2° *WIB* 1992, 80 % van de betaalde onderhoudsuitkering aftrekbaar van het totale netto-inkomen in hoofde van de alimentatieplichtige. Anderzijds vloeit uit artikel 90, 3° en 4° *juncto* artikel 99 *WIB* 1992 voort dat de uitkering voor 80 % belastbaar is in hoofde van de gerechtigde. De belastingheffing en de fiscale aftrekbaarheid van onderhoudsgelden vormen als het ware elkaars spiegelbeeld (J.-E. BEERNAERT, “Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale”, *Div.Act.* 2008, 93-109).

Achterstallen zijn in beginsel niet aftrekbaar tenzij zij het gevolg zijn van een gerechtelijke beslissing waarin een onderhoudsgeld retroactief werd toegerekend of verhoogd. Het Grondwettelijk Hof acht dit onderscheid niet in strijd met de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet (GwH 27 mei 2008, nr. 87/2008, *RTDF* 2008, 1003).

Hoewel in rechtspraak en rechtsleer vrij algemeen wordt aanvaard dat bij de begroting van de onderhoudsuitkering rekening dient te worden gehouden met deze fiscale consequenties in hoofde van beide echtgenoten, wordt deze redenering in de rechtspraak nagenoeg nooit op een consequente manier doorgetrokken door aan te geven wat de precieze impact is van de fiscale

regeling op de vaststelling van de uitkering. Meestal ontbreekt m.a.w. de concrete berekening (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, 109, nr. 211; K. VANLEDE, "Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2000, 12, nr. 48).

Een oplossing zou er kunnen in bestaan dat de belasting die weegt op de uitkeringsgerechtigde jaarlijks, wordt ten laste genomen door de uitkeringsplichtige.

Een vraag daartoe werd afgewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel om reden dat zulks zou leiden tot een aanzienlijke (verborgen) verhoging van de onderhoudsuitkering (Rb. Brussel 9 april 1997, *RTDF* 1997, 400). Door het hof van beroep te Brussel werd dan weer wel een uitkering toegekend die netto, d.w.z. vrij van belastingen, diende te zijn (Brussel 20 januari 2000, *RTDF* 2003, 796 noot N. DANDOY).

Anderzijds leidt het jaarlijks overleggen van de noodzakelijke belastingaanslag tot eindeloos gekibbel en geruzie tussen de ex-echtgenoten vooral als de uitkeringsgerechtigde nog andere inkomsten heeft dan de uitkering en het aandeel hiervan in de totale belasting moet worden bepaald. Bovendien riskeert deze oplossing ook te leiden tot een ingewikkeld sneeuwbaaleffect, nu de door de uitkeringsplichtige bijkomend betaalde belasting eventueel (voor 80 %) afgetrokken zou kunnen worden van zijn belastbaar inkomen en door de fiscus (eveneens voor 80 %) beschouwd zou kunnen worden als een bijkomend belastbaar inkomen in hoofde van de uitkeringsgerechtigde (P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 66, nr. 117).

Het voorgaande nadeel kan enigszins worden opgevangen door, vertrekkend van het netto-alimentatiebedrag dat de uitkeringsgerechtigde alleszins moet hebben, het brutobedrag te berekenen dat de uitkeringsplichtige moet betalen om in hoofde van de uitkeringsgerechtigde het gewenste nettobedrag over te houden.

Zulks kan voor gevolg hebben dat in hoofde van de uitkeringsplichtige de 1/3de-grens van zijn netto-inkomen wordt overschreden. Zolang hij echter kan blijven beschikken over 2/3de van zijn netto-inkomen (door de impact van de fiscale aftrek van de betaalde uitkeringen) is er dan nog steeds volgens bepaalde auteurs voldaan aan het vereiste van artikel 301, § 4 BW (N. DANDOY, "Pension après divorce nette d'impôts" (noot onder Brussel 20 januari 2000), *RTDF* 2003, 806, die verwijst naar J. ROODHOOF).

**810** Ten einde voormeld brutobedrag te berekenen kunnen dan twee verschillende methodes worden aangewend (S. GYSEN, *Het fiscaal regime voor onderhoudsgelden*, Antwerpen, CBR, Studievond 19 maart 1987, niet gepag.)



Zo bestaat een eerste methode erin, uitgaande van het marginale belastingtarief, te komen tot een brutobedrag aan alimentatie dat de onderhoudsplichtige in beginsel verschuldigd is. De formule die daarvoor dient te worden aangewend luidt dan:

Nettobedrag aan alimentatie =  $1/5$ de brutobedrag +  $(4/5$ de bruto bedrag  $\times$  (100 %-marginaal tarief belasting op alimentatie)).

Vermits de onderhoudsuitkering immers slechts voor 80 % belastbaar is in hoofde van de schuldeiser, wordt  $1/5$ de van het ontvangen bedrag in zijnen hoofde niet belast, en krijgt hij dit breukdeel alvast netto in handen. Om vervolgens te weten hoeveel de onderhoudsgerechtigde netto overhoudt van de resterende 80 % van het bruto-onderhoudsgeld, moet het marginale belastingtarief dat daarop toepassing vindt in aanmerking worden genomen.

Een tweede methode bestaat erin door “trial and error” met behulp van een computerprogramma of manueel steeds opnieuw berekeningen te maken om op dergelijke wijze het brutobedrag aan alimentatie vast te stellen. Meer bepaald gebeurt dit door eerst de belasting op de inkomsten van de onderhoudsgerechtigde te berekenen, daarbij abstractie makend van het door de onderhoudsschuldeiser te ontvangen bedrag aan alimentatie. Vervolgens wordt dan een benaderend brutobedrag aan alimentatie ingevoegd in de fiscale simulatie en dan verder stapsgewijze verfijnd om tot het gewenste nettobedrag te komen.

Eens is vastgesteld tussen welke twee bedragen het brutobedrag moet liggen om het vooropgestelde nettobedrag als resultaat te verkrijgen, kan door het toevoegen of aftrekken van afnemende bedragen het exacte brutobedrag aan alimentatie worden bekomen.

M.b.t. de fiscale impact van de aftrek van de betaalde alimentatie in hoofde van de uitkeringsplichtige en de return die hij aldus krijgt, wordt verwezen naar wat nu volgt.

– *Netto- of bruto-inkomsten?*

**811** Bij het bepalen van de draagkracht van de uitkeringsplichtige en -gerechtigde kan de vraag worden gesteld of dit dient te gebeuren op basis van de netto-inkomsten dan wel de bruto-inkomsten (d.w.z. netto vóór belasting). Meestal gaat de rechtspraak en rechtsleer uit van de netto-inkomsten omdat rekening moet worden gehouden met inkomsten waarover de betrokken partijen werkelijk beschikken, na betaling van de lasten die hen worden opgelegd door de fiscale en de sociale wetgeving, en na aftrek van de noodzakelijke uitgaven (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2021, nr. 569).

Het is bovendien nogal logisch dat, wanneer men als criterium de levensstandaard neemt van tijdens het samenleven, d.w.z. het nettobudget waarover de echtgenoten konden beschikken om hun persoonlijke uitgaven te dekken, en dit vergelijkt met het budget waarover zij elk na de echtscheiding kunnen beschikken om dezelfde uitgaven te bekostigen, zulks dient te geschieden volgens dezelfde netto basis (N. DANDOY, “Pension après divorce nette d’impôts” (noot onder Brussel 20 januari 2000), *RTDF* 2003, 801).

J. GERLO is hier zeer duidelijk. Dat de onderhoudsuitkering voor 80 % belastbaar is in hoofde van de uitkeringsgerechtigde, rechtvaardigt niet dat het bruto-inkomen van de uitkeringsplichtige als berekeningsbasis wordt genomen. De uitkering moet worden becijferd op basis van het *nettovermogen*, maar rekening houdend met het feit dat ze zal worden vermindert

ingevolge de belastbaarheid en dat ze in hoofde van de uitkeringsplichtige voor 80 % aftrekbaar is voor de vaststelling van zijn belastbaar inkomen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 215, nr. 339; zie ook in dezelfde zin A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 38).

Het Hof van Cassatie lijkt dit standpunt te volgen waar het oordeelde dat de vergelijking tussen een nettobelastbaar inkomen enerzijds en een werkloosheidsuitkering anderzijds niet opgaat nu het erop toepasselijke belastingtarief aanzienlijk verschillend is. Het hof bevestigde hiermee impliciet dat de rechter bij de vergelijking van inkomsten rekening dient te houden met de sociale en fiscale lasten die het inkomen bezwaren (Cass. 13 oktober 1994, *Div.Act.* 1997, 30, noot A.-C. VAN GYSEL en *RW* 1995-96, 28; K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 10, nr. 40). *De facto* komt dit erop neer dat alleen de netto-inkomsten van beide echtgenoten objectief met elkaar zullen kunnen vergeleken worden vermits de fiscale lasten zelden voor beiden identiek zullen zijn (P. SENAEEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 42, nr. 77).

Het hof van beroep te Antwerpen oordeelt daarentegen dat het netto-belastbaar inkomen als basis voor de begroting van de alimentatie dient genomen te worden, gelet op het fiscaal voordeel dat genoten wordt door de aftrekbaarheid van 80 % van de betaalde alimentatie (Antwerpen 22 februari 1993, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 118; Antwerpen 7 juni 1993, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 119; Antwerpen 7 maart 2000, *AJT* 2000-01, 812; Antwerpen 11 april 2000, *AJT* 2000-01, 694; Antwerpen 4 december 2002, *NJW* 2003, 742).

Hierbij worden o.i. twee verschillende wijzen van berekening vermengd tot één enkele.

E n e r z i j d s is er de inkomstenbasis van waaruit het fiscale voordeel resp. de fiscale belasting kan worden berekend; deze basis is het netto vóór belasting, anders kan die berekening niet gemaakt worden. D.i. het f i s c a a l aspect. A n d e r z i j d s is er de inkomstenbasis op grond waarvan de draagkracht van de uitkeringsplichtige resp. -gerechtigde moet bepaald worden. D.i. het a l i m e n t a t i e r e c h t e l i j k aspect. Deze basis kan niet anders zijn dan het inkomen waarover zij beiden elk daadwerkelijk kunnen beschikken en dat moet afgewogen worden tegen de levensstandaard van tijdens het samenleven die toch ook bepaald wordt door datgene dat reëel beschikbaar was en niet datgene dat bij de fiscus belandde. De inkomstenbasis is dus het nettobeschikbare, d.w.z. na belasting en sociale lasten. Hierbij moet men er zich van bewust zijn dat het inkomen ook uit fiscaal niet of minder relevante bestanddelen kan bestaan zoals inkomsten uit effecten, buitenlandse inkomsten, niet-officiële inkomsten enz.

De eerste berekening beïnvloedt natuurlijk wel de tweede; de fiscale aftrekbaarheid resp. belastbaarheid van de uitkering zelf, wijzigt de reële draagkracht van de partijen, doch dit wil nog niet zeggen dat de uitkering moet worden begroot op basis van het nettobelastbaar inkomen.

Het is m.a.w. onjuist dat de berekeningsbasis voor een enkel element van de draagkracht van partijen, wordt veralgemeend tot de berekeningsbasis van de draagkracht zelf. Bovendien leidt dit tot een aanzienlijke overschatting van de draagkracht van de uitkeringsplichtige.

Er bestaat o.i. geen formule die beide berekeningswijzen integreert. Zolang zulke formule niet gevonden werd zal men de beide berekeningen moeten maken. Zoals hierboven al vermeld, ontbreekt het echter in de rechtspraak meestal aan concrete berekeningen van zelfs maar de fiscale impact.

v. 1/3de-grens

**812** De uitkering tussen gewezen echtgenoten na echtscheiding op grond van fout (art. 301, § 4 BW) is beperkt tot maximaal 1/3 van de inkomsten van de uitkeringsplichtige, dit is na aftrek van de door fiscale en sociale wetten opgelegde lasten (Cass. 11 juni 1987, *RTDF* 1987, 360, noot G. HIERNAUX; Cass. 23 april 1992, *RW* 1992-93, 412, noot).

Paragraaf 4 van artikel 301 BW bepaalt: “Het bedrag van de uitkering mag in geen geval hoger zijn dan een derde van de inkomsten van de tot uitkering gehouden echtgenoot”.

De begrenzing bestond reeds onder de *Code civil des Français* (1804) en dit onder de volgende tekst (Vlaamse versie volgens de *Bulletin flamand* van 1804): “(...) zoo zal de rechtbanke aen hem, uyt de goederen van dan anderen conjoint, een alimentair pensioen mogen vergunnen, het welk het derden der inkomen van dezen anderen conjoint niet zal mogen exederen. (...)”.

Deze 1/3de-grens werd behouden in de nieuwe Echtscheidingswet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007; art. 301, § 3, laatste lid BW).

Andere beroepskosten dan fiscale en sociale lasten kunnen bijgevolg niet afgetrokken worden van de bruto-inkomsten van de onderhoudsplichtige voor de berekening van deze maximumgrens (Rb. Brussel 8 juni 1999, *Div. Act.* 1999, 108, met critische noot A.-C. VAN GYSEL).

A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT bekritisieren dit en zijn van mening dat professionele uitgaven of investeringen ook moeten kunnen afgetrokken worden (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 37-38).

Ook over de aftrek van andere lasten zoals de onderhoudsbijdragen voor de kinderen bestaat geen eensgezindheid (zijn o.a. tegen zulke aftrek: P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 663; E.

VIEUJEAN, "Les effets du divorce pour cause déterminée" in *Le divorce en Belgique: controverses et perspectives*, Brussel, Story-Scientia 1991, 205; voorstander is: A.-C. VAN GYSEL, "Les effets alimentaires du divorce" in J.-P. MASSON, P. DEPAGE en G. HIERNAUX (eds.), *Démariage et coparentalité*, Diegem, Story-Scientia, 1997, 118).

De vraag rijst in welke fase van de begroting met de 1/3de-begrenzing precies rekening dient te worden gehouden. Dit moet gebeuren nadat de rechter in een derde fase van zijn beoordeling de totale draagkracht van de uitkeringsplichtige heeft begroot en heeft nagegaan of deze in staat was aan de schuldeiser datgene te verschaffen wat deze nodig heeft om een gelijkwaardige levensstandaard te bereiken. Na in een derde fase het bedrag te hebben vastgesteld dat principieel aan de alimentatiegerechtigde zou moeten worden betaald, dient de bevoegde rechter m.a.w. als volgende stap na te gaan of dit principieel toe te kennen bedrag de 1/3de-grens al dan niet overschrijdt.

Sommige auteurs laten de 1/3de-begrenzing samenvallen met de begroting van de draagkracht van de uitkeringsplichtige (dus in de derde fase en niet daarna). Andere beschouwen de begroting van de draagkracht van de uitkeringsgerechtigde en -plichtige als één fase, namelijk de tweede, waarin ook de toepassing van de begrenzing valt (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 37; N. DANDOY, "La limitation de la pension alimentaire après divorce au tiers des revenus du débiteur" (noot onder Bergen 4 december 2001), *RTDF* 2002, 471).

In welke fase ook de begrenzing wordt toegepast, van belang is een onderscheid te maken tussen enerzijds de begroting van de draagkracht van de debiteur (art. 301, § 1 BW) en anderzijds de controle van de 1/3de-begrenzing (art. 301, § 4 BW). Beide berekeningen mogen niet samengesmolten worden tot één. Zij hebben elk hun eigen criteria.

In een arrest van het Hof van Cassatie van 23 april 1992 wordt verder uitdrukkelijk gesteld dat de uitkering 1/3de van de inkomsten van de onderhoudsplichtige niet mag overschrijden. Voor de vaststelling van de 1/3de-grens mag immers, volgens het Hof van Cassatie enkel rekening worden gehouden met de inkomsten van de onderhoudsplichtige en niet met diens inkomsten en goederen (Cass. 23 april 1992, *RW* 1992-93, 412, noot J.G., *RTDF* 1994, 707 en *Pas.* 1992, I, 743).

Het feit dat de 1/3de-grens aldus niet wordt toegepast op het patrimonium (kapitaal en andere goederen) impliceert niet dat geen rekening kan worden gehouden met de inkomsten van die goederen (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 37; N. DANDOY, "La limitation de la pension alimentaire après divorce au tiers des revenus du débiteur" (noot onder Bergen 4 december 2001), *RTDF* 2002, 474).

In het arrest van 17 oktober 2002 wordt dit standpunt bevestigd: er moet niet alleen rekening gehouden worden met de effectieve inkomsten van die

goederen maar ook met de virtuele inkomsten d.w.z. datgene wat die goederen geacht worden normalerwijze te kunnen opbrengen (Cass. 17 oktober 2002, *RTDF* 2003, 341, noot M. FALLON en noot N. DANDROY en *RW* 2002-03, 1507).

J. ROODHOOF gaat o.i. terecht nog verder waar hij meent dat de aftopping tot 1/3de moet gebeuren op het geheel van actiefbestanddelen (inkomsten, goederen en mogelijkheden) die de draagkracht van de betrokkene bepalen. Immers indien de uitkering nadien alsnog zou worden beperkt tot 1/3de van de inkomsten alleen, wordt het resultaat van het in aanmerking nemen van de mogelijkheden op het niveau van de draagkracht grotendeels ongedaan gemaakt (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 113-114, nr. 220; zie ook N. DANDROY, "La limitation de la pension alimentaire après divorce au tiers des revenus du débiteur" (noot onder Bergen 4 december 2001), *RTDF* 2002, 474).

**813** Het feit dat de uitkering na echtscheiding voor 80 % aftrekbaar is in hoofde van de uitkeringsplichtige en voor 80 % belastbaar in hoofde van de uitkeringsgerechtigde is eveneens een element waarmee bij de begroting van de uitkering moet rekening gehouden worden: vermits de wettelijke fiscale lasten van de uitkeringsplichtige erdoor verminderen zal dit tot een verhoging van zijn netto-inkomen leiden (art. 104, 1° WIB en art. 90, 3° *juncto* art. 99 WIB). Het zijn dus de reëel betaalde belastingen die moeten worden afgetrokken of, anders uitgedrukt, de fiscale return moet bij het netto-inkomen gevoegd worden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 256, nr. 392; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 200138; J.-E. BEERNAERT, "Les limites de la limite du tiers" (noot onder Vred. Namen 9 januari 2004), *Div.Act.* 2004, 62).

De vrederechter van het eerste kanton te Namen neemt een afwijkend standpunt in waar deze stelt dat moet worden vertrokken van de belastbare inkomsten zonder rekening te houden met het belastingvoordeel ingevolge de fiscale aftrek (Vred. Namen (1ste kanton) 9 januari 2004, *Div.Act.* 2004, 61, noot J.-E. BEERNAERT).

Door niet het bedrag te bepalen van de inkomsten die hij toeschrijft aan de echtgenoot, onderhoudsplichtige na echtscheiding krachtens artikel 301 BW, laat de rechter ten gronde niet toe te controleren of het toegekende bedrag niet het derde van de inkomsten van de onderhoudsplichtige overtreft en motiveert hij dus niet op regelmatige wijze zijn beslissing (Cass. 19 oktober 2000, *Div.Act.* 2002, 10, noot A.-C. VAN GYSEL, *RCJB* 2001, 5, noot A. MEEUS, *RW* 2001-02, 451 en *RTDF* 2001, 658; Cass. 7 december 2001, *Pas.* 2001, 2033, concl. J. DUJARDIN, *JT* 2002, 516, concl. J. DUJARDIN en *RTDF* 2002, 463, noot N. DANDROY).

**814** De 1/3de-begrenzing geldt volgens de wet niet voor de begroting van de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding (art. 307bis (oud) BW). Het Arbitragehof oordeelde dat dit onderscheid met de uitkering ex artikel 301 BW de artikelen 10 en 11 Gw. schendt (Arbitragehof nr. 48/2000, 3 mei 2000, *BS* 5 juli 2000 (ed.

2), 23843, *EJ* 2000, 78, noot K. VANLEDE, *TBBR* 2000, 507, noot E. VIEUJEAN, *JT* 2000, 539, *RW* 2000-01, 339, *Rev.not.b.* 2000, 381, *RTDF* 2000, 371 en *JLMB* 2000, 1060, noot Y.-H. L.; Arbitragehof nr. 163/2001, 19 december 2001, *BS* 9 maart 2002, 9664, *Div.Act.* 2002, 45, noot A.-C. VAN GYSEL en *RTDF* 2002, 268, noot).

**815** Met andere lasten – buiten de sociale en fiscale lasten – die de onderhoudsplichtige draagt in het kader van zijn bestedingspatroon of die hij draagt ten behoeve van derden, onder meer zijn onderhoudsbijdrage voor zijn kinderen, wordt geen rekening gehouden voor het bepalen van de maximumgrens van één derde.

Daarentegen moet er bij het bepalen van de 1/3de-grens wel rekening gehouden worden met de fiscaal aanvaarde beroepsuitgaven, vermits er vertrokken moet worden van de belastbare inkomsten, te verminderen met de sociale en fiscale lasten (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 69, nr. 125).

De grens van 1/3de van de netto-inkomsten houdt een absolute maximumgrens in die in geen geval overschreden kan worden, maar deze bovengrens houdt helemaal niet het bedrag in waarop de onderhoudsschuldeiser a u t o m a t i s c h recht zou hebben.

Ingeval er twee ex-echtgenoten t.a.v. dezelfde ex-partner aanspraak maken op een onderhoudsuitkering, dan geldt de 1/3de-grens voor het totaal van de aan beide ex-echtgenoten toegekende onderhoudsuitkering en niet voor elke uitkering afzonderlijk (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 70, nr. 128 en 129).

**816** De regel dat de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding niet hoger mag liggen dan 1/3de van de inkomsten van de uitkeringsplichtige echtgenoot (art. 301, § 3 BW) raakt de openbare orde niet. Geen enkele wetsbepaling verbiedt de echtgenoten een dading aan te gaan waarin een hogere uitkering wordt bedongen (Cass. 23 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198).

## 2. Modaliteiten

### a. Provisionele uitkering

**817** Op grond van artikel 301(oud) BW kan een vordering tot het toekennen van een provisionele onderhoudsuitkering zich voordoen in twee gevallen, namelijk wanneer:

1. de echtscheiding op grond van artikel 229 of 231 BW reeds werd uitgesproken, terwijl nog een tegeneis op dezelfde gronden of op grond van artikel 232, eerste lid BW hangende is;

2. de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid BW reeds werd uitgesproken maar omtrent de betwisting in verband met het schuldvermoeden krachtens artikel 306 BW nog geen uitspraak is gedaan.

In verband met het eerste geval werd een arrest van het hof van beroep te Brussel vernietigd door het Hof van Cassatie omdat het de vordering tot het bekomen van een provisionele uitkering had afgewezen zich daarbij steunende op het vermoeden van beledigend karakter van het overspel van de eiseres zonder de definitieve beslechting van de tegen haar ingestelde echtscheidings-eis af te wachten (Cass. 12 oktober 2006, *RTDF* 2007, 449 en *RABG* 2007, 749).

De vraag rijst welk criterium dient te worden toegepast bij het bepalen van de provisionele uitkering: het behoud van de gelijkwaardige levensstandaard dan wel de staat van behoeftigheid?

Het Hof van Cassatie weerhoudt de gelijkwaardige referentiestandaard als tijdens het samenleven in een arrest van 21 december 1995 bij de begroting van een provisionele onderhoudsuitkering conform artikel 301 BW voor het geval het huwelijk reeds ontbonden is terwijl nog een echtscheidingseis hangende is (Cass. 21 december 1995, *EJ* 1996, 91, noot K. BROECKX en J. ROODHOOF, *Div.Act.* 1997, 102, noot A.-C. VAN GYSEL, *RW* 1996-97, 323, noot en *Arr. Cass.* 1995, 1155).

In een arrest van 6 juni 2002 bevestigt het Hof van Cassatie nogmaals dit standpunt hoewel dit niet steeds weerklank vindt bij de feitenrechtters: sommigen blijven de gemeenrechtelijke referentiestandaard toepassen (d.w.z. de staat van behoeftigheid), anderen volgen de gevestigde cassatierechtspraak (K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 47, nr. 48; N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse de décisions de jurisprudence (juin 2001-juin 2002)”, *RTDF* 2002, 601; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2052, nr. 605; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 40, nr. 73 en de aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak; zie ook Brussel 13 december 2001, *JLMB* 2004, 200; Brussel 16 december 2003, *Div. Act.* 2005, 33; Brussel 11 mei 2004, *NJW* 2004, 1062, noot G.V.; Gent 12 februari 2004, *NJW* 2004, 1426, noot G.V.; Bergen 2 mei 2006, *JT* 2006, 584; Vred. Doornik 22 januari 2002, *Div.Act.* 2004, 38 noot. A.-C.VAN GYSEL).

Deze laatste strekking lijkt toch de meederheidsstrekking te vormen (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour

cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 42).

Het gemeenrechtelijke criterium is de situatie van “onmiddellijke nood”, het criterium dat het Hof weerhoudt is de “onmiddellijke nood om te kunnen voorzien in een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven” (Cass. 6 juni 2002, *RABG* 2003, 111 noot K. TIMMERMANS en *Pas.* 2002, I, 1300).

Indien echter op het ogenblik van de echtscheiding de inkomsten nog voldoende hoog zijn om alle kosten te betalen, is aan de voorwaarde van onmiddellijke nood voor het bereiken van een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven niet voldaan en bestaat er geen aanleiding tot het toekennen van een provisionele uitkering na echtscheiding. Daardoor wordt echter geen afbreuk gedaan aan de rechten om te gepasten tijde een definitieve uitkering na echtscheiding te vorderen, waartoe geen specifiek voorbehoud moet worden verleend (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 41, nr. 75).

In de provisionele uitkering is niet in de wet voorzien; het gaat om een constructie van de rechtspraak. Een “provisionele” en “provisoire” (of “voorlopige”) uitkering is niet hetzelfde.

Een uitkering is “voorlopig” in afwachting van haar juiste begroting afhankelijk bijvoorbeeld van het resultaat van de bewerkingen van vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen.

Elke echtgenoot kan, om zijn onmiddellijke behoeften te voldoen, onverschillig of hij schuldig bevonden wordt of niet, een voorschot vragen op de goederen die hem bij de vereffening en de verdeling van de gemeenschap zullen te beurt vallen, eventueel onder de vorm van een onderhoudsuitkering (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 226, nr. 355; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 75, nr. 139 en de aldaar aangehaalde onuitgegeven rechtspraak).

**818** Gelet op het voormelde standpunt van het Hof van Cassatie mag worden aangenomen dat ook de andere criteria van artikel 301 BW, en meer bepaald de beperking tot maximum 1/3de van de inkomsten van de schuldenaar, van toepassing zijn (Luik 15 mei 1997, *JT* 1997, 709; Luik 15 februari 2000, *JLMB* 2000, 1201).

Dit laatste werd toegepast in een arrest van het hof van beroep van Gent: wanneer na een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, de aanvullende vordering omtrent de omkering van het schuldvermoeuen nog hangende is, kan enkel een provisionele uitkering na echtscheiding



worden toegekend. Deze wordt begroot overeenkomstig artikel 301 BW (Gent 12 februari 2004, *NJW* 2004, 1426).

In tegenstelling tot de onderhoudsplichten bepaald in de artikelen 213 en 221, eerste lid BW is ook de uitvoering van een provisionele uitkering *in natura* (*in casu* door het exclusieve en gratis gebruik van de gemeenschappelijke of onverdeelde woning) niet mogelijk. De uitkering na echtscheiding heeft immers een gemengd alimentair/indemnitaair karakter waarbij ook de andere beperkingen en modaliteiten bepaald in artikel 301 BW slechts aanleiding kunnen geven tot een prestatie in speciën met uitsluiting van elke andere wijze van uitvoering (Brussel 24 oktober 2002, *EJ* 2004, 8, noot T. ROBERT en *RTDF* 2004, 132; zie Vred. Brussel (4de kanton), 19 januari 2005, *JT* 2005, 419 en *Div.Act.* 2006, 78, noot J.-E. BEERNAERT; let wel dat er in de *JT* als jaartal 2004 i.p.v. 2005 wordt vermeld).

In dit laatste vonnis werd de provisionele uitkering als een tegenhanger beschouwd van de vordering tot het bekomen van een woonstvergoeding in het kader van de vereffening-verdeling. De vrouw had gedurende 15 jaar haar gewezen echtgenoot kosteloos in de echtelijke woning gelaten zonder van hem ooit een woonstvergoeding te eisen. De vrederechter was van mening dat zij daardoor haar onderhoudsverplichting *in natura* was nagekomen. Voor zover zij nu voor die 15 jaar een woonstvergoeding eiste, is zij voor dezelfde periode een gelijkwaardig onderhoudsgeld verschuldigd.

De toekenning van een provisionele uitkering mag niet afhankelijk gemaakt worden van een negatieve beoordeling van de kansen tot slagen van de nog hangende echtscheidingsvordering of van een onderzoek door de rechter naar de mogelijkheid van een effectieve terugvordering, hetzij op het deel van de uitkeringsgerechtigde in de gemeenschap, hetzij op zijn eigen goederen of inkomsten, ook al is de voorlopige uitkeringsgerechtigde tot terugbetaling gehouden indien ook de nog hangende echtscheidingseis wordt ingewilligd (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2052, nr. 605; zie ook N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce pour cause déterminée – Analyse annuelle de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2004, 42).

**819** De vaststelling van de provisionele uitkering, de wijziging of de opheffing na echtscheiding (zelfs als er nog één echtscheidingseis hangende is) valt in beginsel onder de bevoegdheid van de vrederechter (Cass. 15 september 2006, *RABG* 2007, 241, noot R. VERBEKE (in de noot wordt de vraag gesteld of de vrederechter ook bevoegd is voor de ontvangstmachtiging m.b.t. een vordering tot provisionele uitkering die nog hangende is voor de echtscheidingsrechter), *T.Fam.* 2007, 51, noot P. SENAEEVE, *RW* 2006-07, 1758, noot F. SWENNEN, *RTDF* 2007, 104 en *RTDF* 2008, 105).

Eiser in cassatie had ten onrechte aangevoerd dat niet de vrederechter maar wel de rechtbank van eerste aanleg die de provisionele uitkering had toegekend, ter zake bevoegd bleef tot aan de

afhandeling van de hoofdvordering tot echtscheiding (het ging om een geval van wederzijdse echtscheidingsrechten). In de beslissing van het Hof wordt de bevoegdheid van de vrederechter echter temporeel afgewogen tegen de bevoegdheid van de voorzitter in kortgeding.

In de motieven van het hof staat het volgende: “Uit de samenhang van die bepalingen volgt dat ingeval de beide echtgenoten wederzijdse vorderingen tot echtscheiding hebben ingesteld en de echtscheiding op vordering van één van hen is uitgesproken en het vonnis in kracht van gewijsde is getreden, terwijl de vordering van de andere echtgenoot hangende blijft, alleen de vrederechter bevoegd is om kennis te nemen van een vordering tot het verkrijgen van een provisionele uitkering in overeenstemming met artikel 301 BW of de wijziging of afschaffing van een al voordien toegekende provisionele uitkering”.

Dit belet echter niet dat de echtscheidingsrechter zelf, op het ogenblik dat hij de echtscheiding uitspreekt op één eis, al een provisionele uitkering toekent aan de echtgenoot die de echtscheiding eerst verkrijgt of dat de rechter in kortgeding na de echtscheiding uitspraak doet, wanneer hoogdringendheid is bewezen (Arrondrb. Luik 18 februari 1999, *Div.Act.* 2000, 130; zie ook m.b.t. de echtscheidingsrechter: S. MOSSELMANS, “Provisionele onderhoudsuitkering na echtscheiding” (noot onder Cass. 30 maart 2007), *T.Fam.* 2007, 212).

Alleszins is er geen afhankelijkheid tussen enerzijds de vordering tot omkering van het schuldvermoeden hangende voor de rechtbank van eerste aanleg en een vordering tot het bekomen van een provisionele uitkering ingesteld voor de vrederechter. Laatstgenoemde vordering heeft immers niet tot voorwerp het bekomen van een definitieve uitkering na echtscheiding (Vred. Schaarbeek (1ste kanton) 29 juni 2001, *Div.Act.* 2002, 40).

**820** Op de betalingen, verricht als gevolg van de uitspraak die voorziet in een provisionele uitkering na echtscheiding is artikel 1398, tweede lid Ger.W., niet van toepassing. Deze wetsbepaling voorziet in de uitvoering bij voorraad, die geschiedt op risico van de gedingpartij die de gedwongen uitvoering nastreeft. Bijgevolg zal de betaalde provisionele onderhoudsuitkering wel dienen terugbetaald te worden, zonder echter de wettelijke interest (Cass. 30 maart 2006, *RTDF* 2007, 695 en *T.Fam.* 2007, 208, noot S. MOSSELMANS).

## b. Indexatie

**821** Paragraaf 2 van artikel 301 (oud) BW bepaalt niet alleen de automatische koppeling van de uitkering aan het indexcijfer van de consumptieprijzen, maar stelt bovendien met nauwkeurigheid het mechanisme van aanpassing vast:

“De rechtbank die de uitkering toekent stelt vast dat deze van rechtswege aangepast wordt aan de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen.

Het basisbedrag van de uitkering stemt overeen met het indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand gedurende welke het vonnis of het arrest dat de echtscheiding uitspreekt, kracht van gewijsde heeft gekregen, tenzij de rechtbank er anders over beslist. Om de twaalf maanden wordt het bedrag

van de uitkering van rechtswege aangepast in verhouding tot de verhoging of de verlaging van het indexcijfer van de consumptieprijzen van de overeenstemmende maand.

Deze wijzigingen worden op de uitkeringen toegepast vanaf de vervaldag die volgt op de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van het in aanmerking te nemen nieuwe indexcijfer.

De rechtbank kan nochtans in bepaalde omstandigheden een ander systeem van aanpassing van de uitkering aan de kosten van levensonderhoud toepassen”.

Het nieuwe artikel 301, § 6 BW herneemt woordelijk de tekst van het oude artikel 301, § 2 BW (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

De rechtbank die de uitkering toekent stelt vast dat deze van rechtswege aangepast wordt aan de schommelingen van het indexcijfer der consumptieprijzen. Indien de rechter zou nalaten deze indexering vast te stellen, dan moet toch aangenomen worden dat het bedrag op wettelijke basis geïndexeerd wordt.

Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 7 mei 1998 dat de rechter die krachtens artikel 301, § 2, eerste lid (oud) BW van rechtswege een indexatie van de onderhoudsuitkering aan het indexcijfer van de consumptieprijzen toekent, zonder dat dit uitdrukkelijk door de schuldeiser gevraagd wordt, het beschikkingsbeginsel niet miskent (Cass. 7 mei 1998, *EJ* 1999, 22, noot K. BROECKX, *AJT* 1998-99, 499 en *RW* 1998-99, 1189).

Anderzijds stelde het Hof van Cassatie in een arrest van 5 november 1998 dat artikel 301, § 2 BW geschonden wordt indien de rechter nalaat om een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding te indexeren. Volgens het hof geniet de rechter weliswaar een grote mate van vrijheid voor het aanpassen van dergelijke onderhoudsuitkering, doch is hij in ieder geval verplicht “om een systeem van aanpassing van de uitkering tot levensonderhoud aan de levensduurte in zijn beslissing op te nemen” (Cass. 5 november 1998, *RW* 1999-2000, 477; K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 12, nrs. 50-51).

Wanneer de automatische koppeling aan het indexcijfer tot gevolg heeft dat de uitkering 1/3de van het inkomen overschrijdt moet zij herzien worden. Ook indien er een te grote discrepantie zou ontstaan tussen het niet-geïndexeerde loon en het geïndexeerde alimentatiegeld kan de alimentatieplichtige zich tot de rechter wenden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 267, nr. 406).

**822** De toepasselijke index is deze der consumptieprijzen en niet de gezondheidsindex (Cass. 7 mei 1998, *Div.Act.* 2000 108; Vred. Waver 12 november 1998, *Div.Act.* 1999, 30; anders J. ROODHOOF, “Is de gezondheidsindex toepasselijk inzake onderhoudsuitkeringen na echtscheiding”, *EJ* 1995, 9-10).

De aanpassing gebeurt op basis van het indexcijfer van de consumptieprijzen om de twaalf maanden, waarbij het basisindexcijfer dat is van de maand waarin het vonnis van echtscheiding kracht van gewijsde bekomt en de aanpassing gebeurt telkens twaalf maanden later op basis van het nieuwe indexcijfer dat gepubliceerd wordt in het *Belgisch Staatsblad*. De aanpassing op basis van het nieuwe indexcijfer treedt pas in voege op de eerste vervalddag na de publicatie in het *Belgisch Staatsblad*.

Praktisch voorbeeld van een indexberekening.

Bij vonnis van 1 februari 1991 wordt een uitkering toegekend van € 250.

Het vonnis treedt in kracht van gewijsde op 15 april 1991.

Basisindex: april 1991: 147.27.

Eerste aanpassing: april 1992, 151.34.

Berekening: € 250 × 151.34 (nieuwe index) : 147.27 = € 254.74, toepasbaar vanaf de vervalddag die volgt op de publicatie van het nieuwe indexcijfer in het *BS*.

Tweede aanpassing: april 1993: 155.73.

Berekening: € 250 × 155.73 (nieuwe index) : 147.27 = € 262.12, toepasbaar vanaf de vervalddag die volgt op de publicatie van het nieuwe indexcijfer in het *BS*.

**823** In een arrest van 7 juli 2004 waarin het Arbitragehof een prejudiciële vraag diende te beantwoorden, meende het hof dat volgende vraag betreffende artikel 203bis BW in vergelijking met artikel 301, § 2 BW, gesteld door de vrederechter van het kanton Hoië II-Hannuit geen antwoord behoefde.

“Schenkt artikel 203bis BW, betreffende de vordering, door een van de ouders, ten aanzien van de andere ouder, van diens bijdrage in de kosten die voortvloeien uit artikel 203 BW, zoals het niet alleen van kracht was op het ogenblik dat het vonnis van 29 april 1983 door de heer vrederechter van deze rechtbank werd gewezen, maar ook zoals het thans van kracht is, de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet, in zoverre het niet erin voorziet – en nog altijd niet erin voorziet – dat de onderhoudsbijdrage waartoe de ouder aan wie het hoederecht niet werd toegekend, zou zijn veroordeeld, jaarlijks en van rechtswege geïndexeerd wordt volgens de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen, terwijl in de gevallen waar de rechtbank van eerste aanleg aan de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen een uitkering toekent, artikel 301, § 2, BW, zoals het van kracht was op het ogenblik dat de heer vrederechter van deze rechtbank zijn beslissing heeft uitgesproken (29 april 1983), en dat sindsdien niet werd gewijzigd, voorschrijft dat dit van rechtswege gebeurt?”

Het Arbitragehof verantwoordde zijn beslissing door er op te wijzen dat de twee categorieën die de verwijzende rechter met elkaar vergeleek, niet vergelijkbaar zijn, vermits het stelsel van de bijdrage waarin artikel 203bis BW voorziet verschillend is van dat van de uitkering waarin artikel 301, § 1 BW voorziet. De bijdrage bedoeld in artikel 203bis is vermeld in boek I, titel V, hoofdstuk V BW, dat de verplichtingen die uit het huwelijk of de afstamming ontstaan regelt, terwijl de uitkering bedoeld in artikel 301, § 1, is ingeschreven in boek I, titel VI, hoofdstuk IV BW, dat de gevolgen van de echtscheiding

beschrijft (Arbitragehof 7 juli 2004, nr. 122/2004, (prejudiciële vraag), *AA* 2004, afl. 3, 1387 en *BS* 5 oktober 2004 (uittreksel), 70266).

#### c. Beperking in de tijd

**824** De uitkering kan worden beperkt in de tijd als vastgesteld wordt dat de uitkeringsgerechtigde na verloop van een zekere tijd in staat moet zijn om zelf in zijn onderhoud te kunnen voorzien zoals tijdens het samenleven (P. SENAEVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 67, nr. 119 en de aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak; zie ook J. ROODHOOF, “De beperking in de tijd van de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van feiten”, *EJ* 1995, 118-121).

Ingevolge de overgangsbepalingen van de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) is de nieuwe regeling m.b.t. de duurtijd van de uitkering van toepassing op de onderhoudsuitkeringen die nog onder de oude wet vallen. De maximumduur is gelijk aan deze van het huwelijk (nieuw art. 301, § 4 BW). Deze nieuwe duurtijd begint te lopen vanaf 1 september 2007 (art. 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet) voor alle lopende uitkeringen. Het vertrekpunt is niet de datum van het definitief worden van de (oude) echtscheiding maar 1 september 2007 (zie voor een toepassing Antwerpen 17 oktober 2007, *NJW* 2008, 359, noot G. VERSCHULDEN; het arrest is misleidend, hoewel het niet zo geformuleerd is, geeft het de indruk dat de (nieuwe) duur van de uitkering een aanvang neemt vanaf het definitief worden van de echtscheiding, terwijl dit moet zijn vanaf 1 september 2007).

Werd de duur van de uitkering wel bepaald in de gerechtelijke titel onder de oude wetgeving dan blijft deze van toepassing zonder echter de bovenvermelde maximumduur te kunnen overschrijden.

#### d. Wijzigbaarheid

**825** Een systeem van beperkte wijzigbaarheid is bepaald in paragraaf 3 van artikel 301(oud) BW: “Indien de uitkering, in gevolge omstandigheden onafhankelijk van de wil van de uitkeringsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend is geworden om de in § 1 bedoelde toestand te waarborgen, kan de rechtbank de uitkering verhogen.

Indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is, kan de rechtbank de uitkering verminderen of opheffen.

Dit geldt eveneens bij ingrijpende wijziging van de toestand van de uitkeringsplichtige ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil”.

Deze bepalingen werden gewijzigd door de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007)). Zie hierover *verder*, de nrs. 953-956.

**826** Slechts in drie wettelijke hypothesen kan de uitkering gewijzigd worden. Hierbij dient telkens een ingrijpende wijziging van de omstandigheden aangetoond te worden (art. 301, § 3 BW; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 269-270, nr. 409).

– Vermindering of opheffing

**Eerste hypothese:** indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is, bijvoorbeeld ten gevolge van nieuwe beroepsinkomsten, een beter bezoldigde beroepsactiviteit, een nieuw huwelijk, concubinaat of erfenis.

**Tweede hypothese:** indien de toestand van de uitkeringsplichtige ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, ingrijpend gewijzigd is, bijvoorbeeld ten gevolge van oppensioenstelling of onvrijwillige werkloosheid. De wijziging van de draagkracht zoals bedoeld in paragraaf 3 van artikel 301 BW kan zowel te wijten zijn aan een daling van de actiefbestanddelen van de draagkracht, als aan een stijging van de passiva.

Een nieuw huwelijk en een concubinaat van de schuldenaar vormen niet automatisch een rem op een verzoek tot wijziging van de uitkering op grond van artikel 301, § 3 BW.

– Verhoging

**Derde hypothese:** indien de uitkering ingevolge omstandigheden onafhankelijk van de wil van de uitkeringsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend is geworden bijvoorbeeld ten gevolge van ziekte of ongeval, oppensioenstelling, diefstal, afbranden van een woning enz.

Voorbeelden van omstandigheden die niet onafhankelijk van de wil zijn en bijgevolg geen wijziging van de uitkering kunnen verantwoorden, zijn: het worden ontslagen om een dringende reden, het wegschenken van een onroerend goed dat belangrijke huuropbrengsten opleverde, gokken e.d. (J. ROODHOOFT, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 117, nr. 227 en de aldaar opgenomen verwijzingen).

**827** Bij dit alles zijn er ook drie bemerkingen te maken (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 270-271, nrs. 410-412):

a. De rechtbank kan de uitkering niet verhogen, louter omwille van het feit dat de inkomsten van de uitkeringsplichtige groter geworden zijn. De uitkering mag in geen geval een parallellisme tot stand brengen tussen de levensstandaard van de uitkeringsgerechtigde echtgenoot en de nieuwe levensstandaard van de tot uitkering gehouden echtgenoot, welke na de echtscheiding verhoogd is. Dit is niet het geval voor de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting (art. 209 BW). De wijzigbaarheid bepaald in artikel 301, § 3 BW is dus beperkter dan deze van het gemeen recht.

Gelet op het voorgaande kan de uitkering dus niet worden verhoogd bij een loutere stijging van de inkomsten van de schuldenaar. Nochtans heeft het Hof van Cassatie aanvaard dat, als de oorspronkelijk toegekende uitkering niet volstond om de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot een gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen, de loutere verhoging van de inkomsten van de onderhoudsplichtige gewezen echtgenoot wel degelijk kan leiden tot een verhoging van de uitkering (Cass. 15 februari 1979, *RW* 1979-80, 641 en *Pas.* 1979, I, 712; Rb. Bergen 7 juni 1989, *JT* 1990, 186).

b. Het vergroten van de behoeften van de uitkeringsgerechtigde of het verminderen van de inkomsten (vermogen) van de uitkeringsplichtige kunnen slechts tot herziening van de uitkering aanleiding geven indien ze het gevolg zijn van omstandigheden onafhankelijk van hun wil.

Bovendien moet het gaan om *nieuwe* omstandigheden, d.w.z. chronologisch nieuwe gegevens die nog niet bestonden op het ogenblik van de oorspronkelijke vaststelling van de uitkering, maar ook gegevens waarvan de vorige rechter op het ogenblik van diens uitspraak geen kennis kon hebben en zulks omdat ze door beide partijen of de belanghebbende partij niet gekend waren (J. ROODHOOFT, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 124, nr. 239; J. GERLO, “Gezag van gewijsde, nieuwe feiten en wijziging van de onderhoudsuitkering” (noot onder Cass. 8 november 1991), *RW* 1991-92, 1392).

c. De wijzigingen moeten zich “ingrijpend” of “in ruime mate” voordoen om tot de herziening te kunnen leiden. Het moet dus gaan om een gevoelige verbetering van de financiële situatie van de uitkeringsgerechtigde dan wel een gevoelige vermindering van deze van de uitkeringsplichtige (Cass. 12 april 2002, *Pas.* 2002, 875 en *RTDF* 2003, 89), ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. Dit staat in tegenstelling tot het gemeen recht inzake onderhoudsplicht (art. 209 BW), en is geïnspireerd door de bedoeling de contacten tussen gewezen echtgenoten na de echtscheiding zoveel mogelijk te beperken. Ook zou volgens het Arbitragehof het meer indemnitare karakter van deze uitkering na echtscheiding de beperkte wijzigingsmogelijkheid ervan verklaren (Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 105/2002, *NJW* 2003, 15, *RW* 2002-03, 900 en *EJ* 2002, 114, noot P. SENAËVE; Arbitragehof 27 november 2002, nr. 171/2002, *Div.Act.* 2003, 28 noot A.-C. VAN GYSEL).

**828** Zie wat het onderscheid betreft met de uitkering op grond van artikel 307*bis* BW die wel onbeperkt wijzigbaar is, *verder* nrs. 866-868.

**829** Bij de wijziging van de onderhoudsuitkering, dient de rechter zich wat de evaluatie van de bestaansmiddelen van de gewezen echtgenoten betreft, te stellen op het ogenblik van de uitspraak over de vordering tot wijziging. De rechter moet m.a.w. rekening houden met de actuele inkomsten en mogelijkheden van de partijen, zoals deze gewijzigd zijn sinds de oorspronkelijke vaststelling (zie voor een toepassingsgeval m.b.t. kostendelend samenwonen: Antwerpen 8 april 2003, *NJW* 2003, 1265).

In dezelfde lijn ligt een uitspraak van het Hof van Cassatie van 26 mei 2006. Het betrof een geval waarin de vrederechter een uitkering na echtscheiding op grond van fout had vastgesteld. Volgens het Hof moet de rechtbank van eerste aanleg, in hoger beroep, wel degelijk rekening houden met eventuele wijzigingen in de inkomsten van de onderhoudsgerechtigde die hebben plaatsgevonden tussen het ogenblik van de uitspraak van de echtscheiding en het vonnis waarin het bedrag van de uitkering wordt bepaald. Verduidelijkt wordt dat het echter niet moet gaan om een "ingrijpende wijziging" in de zin van artikel 301, § 3 (oud) BW, aangezien dit criterium enkel geldt voor eisen tot herziening van een reeds toegekende uitkering (Cass. 26 mei 2006, *RW* 2007-08, 703 (verkort), *NJW* 2007, 931, noot G. VERSCHULDEN en *T.Fam.* 2008, 129, noot I. MARTENS). Volgens het Hof van Cassatie strekt de vereiste van een ingrijpende wijziging in de toestand van de uitkeringsgerechtigde er enkel toe om een toename van eisen tot herziening te vermijden.

**830** Er is geen wijziging in de toestand van de onderhoudsplichtige als de "nieuwe toestand" reeds bestond vóór het echtscheidingsvonnis en de onderhoudsplichtige de relevante feitelijke gegevens of bewijsstukken betreffende zijn werkelijke toestand aan de beoordeling van de rechter kon voorleggen, maar nagelaten heeft dit te doen (Cass. 18 april 2002, *RW* 2002-03, 1298 en *Pas.* 2002, 925, concl. DUBRULLE). Anders is de toestand wanneer de gewijzigde omstandigheden al bestonden ten tijde van het echtscheidingsvonnis, doch de echtscheidingsrechter er bij de bepaling van de uitkering geen rekening mee hield (Vred. Kraainem-Sint-Genesius-Rode 20 februari 2003, *RW* 2003-04, 272).

**831** Wat de evaluatie van de referentiestandaard betreft, verzet het gezag van gewijsde zich ertegen dat de rechter voor wie de vordering tot wijziging hangende is, deze referentiestandaard anders gaat begroten. Hij dient daarentegen terug te grijpen naar de beoordeling van de referentiestandaard zoals deze gebeurde door de oorspronkelijk bevoegde rechter.

Indien de referentiestandaard daarentegen niet uitdrukkelijk zou zijn vastgesteld in de oorspronkelijke beslissing, is de wijzigingsrechter wel bevoegd om dat te doen (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 125, nrs. 240-241; Vred. Westerlo 31 januari 1997, *RW* 1997-98, 1509 en *AJT* 1998-99, 137, noot B. POELEMANS).

**832** De mogelijkheid van de rechter om een uitkering tussen ex-echtgenoten eveneens retroactief te wijzigen werd door het Hof van Cassatie uit-



drukkelijk bevestigd in een arrest van 16 juni 1995 waarin het hof oordeelde dat “Artikel 301 BW, noch enig rechtsbeginsel, noch de rechtspreuk ‘onderhoud laat geen achterstallen toe’ er aan in de weg staan dat de opheffing of vermindering van een rechtelijk vastgestelde uitkering na echtscheiding wordt toegestaan voor een tijdvak verlopen vóór de dag van de vordering tot opheffing of vermindering” (Cass. 16 juni 1995, *EJ* 1996, 23, noot J. ROODHOOF, *Div.Act.* 1997, 27, noot A.-C. VAN GYSEL, *RTDF* 1996, 523, *AJT* 1995-96, 495, noot P. HOFSTRÖSSLER, *Arr.Cass.* 1995, 626 en *Pas.* 1995, I, 648).

Anderzijds mag niet uit het oog verloren worden dat de rechter niet verplicht is een wijziging in de alimentatieverplichting retroactief te doen ingaan vanaf de dag dat de inkomsten van een van de partijen gewijzigd is. Andere gegevens kunnen verantwoorden dat de wijziging slechts op een later tijdstip ingaat (Cass. 20 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2160 en *Pas.* 2003, 1860).

**833** Indien op grond van nieuwe omstandigheden een herziening (of afschaffing) van het bedrag van een onderhoudsuitkering wordt bevolen, dan brengt deze beslissing automatisch de verplichting met zich mee om terug te geven wat ten onrechte werd geïnd in uitvoering van de beslissing die werd herzien. Zij is vatbaar voor gedwongen uitvoering en maakt de weg vrij voor de teruggave van wat onverschuldigd werd betaald (Bergen 14 maart 2002, *Div.Act.* 2002, 122, noot J.-C. BROUWERS; Antwerpen 8 december 2004, *NJW* 2005, 668, noot G. VERSCHULDEN).

**834** Concreet betekent het voorgaande dat de vrederechter overeenkomstig de voorwaarden van artikel 301, § 3 BW na echtscheiding een onderhoudsuitkering tussen gewezen echtgenoten toegekend door de echtscheidingsrechter, retroactief kan wijzigen vanaf het ogenblik dat de toestand van de uitkeringsgerechtigde of van de uitkeringsplichtige een ingrijpende wijziging heeft ondergaan, ongeacht de datum van de inleiding van de vordering (Cass. 16 juni 1995, *EJ* 1996, 23, noot J. ROODHOOF, *Div.Act.* 1997, 27, noot A.-C. VAN GYSEL, *RTDF* 1996, 523, *AJT* 1995-96, 495, noot P. HOFSTRÖSSLER, *Arr.Cass.* 1995, 626 en *Pas.* 1995, I, 648).

**835** Bij een wijzigingsprocedure kan de volgende systematiek gevolgd worden in drie of vier stappen.

*Stap 1:*

Allereerst dient te worden gewezen op het algemene vereiste vervat zowel in artikel 301, § 3, tweede lid als in artikel 301, § 3, derde lid BW, dat de rechtbank de uitkering slechts kan verminderen of opheffen als de toestand van hetzij de uitkeringsgerechtigde, hetzij de uitkeringsplichtige een ingrijpende wijziging heeft ondergaan.

*Stap 2:*

Het gezag van gewijsde verbonden aan de oorspronkelijke alimentatietitel verzet er zich tegen dat opnieuw de referentiestandaard wordt beoordeeld.

De referentiestandaard staat voor een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven.

*Stap 3:*

In voorkomend geval dient te worden onderzocht, hetzij of er zich enige ingrijpende wijziging heeft voorgedaan in de materiële-financiële situatie van de uitkeringsgerechtigde met verhoogde draagkracht als gevolg, hetzij of de uitkering in ruime mate ontoereikend is geworden ingevolge omstandigheden onafhankelijk van diens wil.

*Stap 4:*

Eveneens in voorkomend geval dient te worden nagegaan of er uit de toestand van de uitkeringsplichtige een verminderde draagkracht resulteert ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. Zulks kan te wijten zijn, zowel aan een daling van de actiefbestanddelen van de draagkracht als een stijging van de passiva.

e. Kapitalisatie

**836** Overeenkomstig artikel 301, § 5 (oud) BW kan de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten door een kapitaal worden vervangen op grond van een overeenkomst tussen de partijen, gehomologeerd door de rechtbank of op aanvraag van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot.

Paragraaf 5 van artikel 301 BW bepaalt: “De uitkering kan te allen tijde door een kapitaal worden vervangen op grond van een overeenkomst tussen de partijen gehomologeerd door de rechtbank. De rechtbank kan de kapitalisatie te allen tijde toekennen op aanvraag van de tot uitkering gehouden echtgenoot”.

Derhalve kan de onderhoudsgerechtigde zelf geen gekapitaliseerde uitkering vorderen wat door de wetgever bewust uitgesloten werd uit vrees voor misbruiken (Gent 2 februari 1998, *TGR* 1998, 109).

Op de prejudiciële vraag van de vrederechter van het kanton Vielsalm, La Roche-en-Ardenne en Houffalize of er geen discriminatie bestaat tussen de uitkeringsplichtige en de -gerechtigde waar enkel de eerstgenoemde het recht heeft een kapitalisatie te vragen, antwoordde het Arbitragehof negatief (Arbitragehof 14 september 2006, *Div.Act.* 2007, 6, noot J.-C. BROUWERS).

Het Hof kwam tot deze beslissing omdat het oordeelde dat het verplicht opleggen van een kapitalisatie aan de debiteur van de uitkering overdreven zware en onmiddellijke gevolgen zou kunnen hebben op diens vermogen die moeilijk te dragen zouden zijn.

**837** Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen:

a. De vervanging door een kapitaal op grond van een overeenkomst tussen partijen

De overeenkomst kunnen ze te allen tijde afsluiten, zowel vóór als na de echtscheiding en zelfs zonder dat eerst de periodieke uitkering vastgesteld werd.

Het kapitaal is een forfaitair bedrag vastgesteld middels een dading tussen de vroegere echtgenoten met de daaraan verbonden onvermijdelijke wederzijdse toegevingen. Precies daarom wordt ook in de verplichte homologatie door de rechtbank voorzien. Terwijl de periodieke uitkering aangepast en gewijzigd kan worden, is de vervanging door een kapitaal uiteraard forfaitair en definitief.

Voor de vaststelling ervan wordt geen berekeningsformule aangegeven. Wel is het zo dat het bij omzetting vastgestelde kapitaal gelijk kan zijn met het door kapitalisatie verkregen bedrag. Dit kapitaal kan ook bestaan in de toebedeling van bijvoorbeeld een onroerend goed.

In ieder geval moet de omzetting door de rechtbank bekrachtigd worden. Zij zal daarbij nagaan of de omzetting de aangewezen oplossing is, in acht genomen de belangen van de onderhoudsgerechtigde en/of ze een redelijke oplossing is. Indien de levensstandaard van tijdens het huwelijk door het toegekende kapitaal duidelijk niet gewaarborgd wordt, zal de homologatie kunnen geweigerd worden.

#### b. De kapitalisatie op aanvraag van de tot uitkering gehouden echtgenoot

Hier gaat het niet om een transactie maar om de omzetting van de werkelijke waarde van de uitkering in kapitaal, waarbij rekening gehouden wordt met (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 279, nr. 426; J. SCHRIJVERS, *De betere tafels voor het jaar 2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 156 p.; J.-E. BEERNAERT en D. DE CALLATAY, “La capitalisation en question(s)”, *Div.Act.* 2002, 113 e.v.):

- de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde;
- zijn overlevingskansen volgens de zgn. sterftetafels;
- een kapitalisatietafel, zijnde een tabel met de coëfficiënten van de huidige waarde van toekomstig te betalen periodieke uitkeringen;
- de toepasselijke rentevoet;
- de inflatie.

**838** Een door de rechtbank gehomologeerde kapitalisatieovereenkomst kan achteraf nietig verklaard worden op grond van een wilsgebrek.

Gelet op de marginale controle van de homologatierechter, besloot het hof van beroep te Brussel dat een homologatievonnis geenszins wilsgebreken dekt die niet manifest tot uiting kwamen op het ogenblik van de homologatie zodat de kapitalisatieovereenkomst op deze grond achteraf nog nietig verklaard kan worden (Brussel 18 mei 1998, AR 1997/1681, aangehaald door K. VANLEDE,

“Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 13, nr. 54).

**839** Gekapitaliseerde onderhoudsuitkeringen kennen een eigen fiscaal regime (G. POPPE, “Belastbaarheid van gekapitaliseerde onderhoudsuitkeringen”, *EJ* 1995, 79-80; G. VAN DEN BERG, “Déduction fiscale des capitaux tenant lieu de rentes alimentaires”, *Div.Act.* 1996, 42-45; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 132; J.-E. BEERNAERT, “Les rentes alimentaires et leur incidence fiscale”, *Div.Act.* 2008, 106-107).

**840** Het sluiten van een kapitalisatieovereenkomst kan fiscale voordelen hebben vermits het bedrag voor de eiser omgezet kan worden in een fictieve rente die gunstiger uitvalt en de debiteur heeft ook een zekere vrijheid om het uitgekeerde kapitaal fiscaal in rekening te brengen over een korte periode mits te stipuleren dat het kapitaal zal betaald worden in bijvoorbeeld twee of drie opeenvolgende annuïteiten. Zoniet – en dit is de regel – dient het kapitaal ten belope van 80 % in éénmaal te worden afgetrokken in het jaar van de betaling (art. 104, 1° WIB 1992 voor de schuldenaar en art. 170 WIB 1992 voor de uitkeringsgerechtigde; zie nopens de annuïteiten J.-P. BOURS en N. PIROTTE, “Les conséquences fiscales du divorce” in *Divorce commentaires pratiques*, Diegem, Kluwer Ed. Juridiques Belgique, 1996, IX. 3.5-11; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2002, 438, nr. 604; J.-E. BEERNAERT en D. DE CALLATAY, “La capitalisation en question(s)”, *Div.Act.* 2002, 113 meer in het bijzonder 120; het best is o.i. hierover eerst te overleggen met de fiscus).

#### f. Ontvangstmachtiging

**841** Zowel voor de onderhoudsuitkering tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280, zesde lid Ger.W.) als voor de uitkering na echtscheiding (art. 301bis BW) kan de onderhoudsgerechtigde (ex-)echtgenoot aan de rechter een ontvangstmachtiging vragen teneinde het onderhoudsgeld rechtstreeks in ontvangst te nemen bij de derden-schuldenaars van de onderhoudsplichtige. Volgens het Hof van Cassatie kan dergelijke ontvangstmachtiging niet ambtshalve door de rechter worden verleend (Cass. 24 maart 1994, *RW* 1994-95, 829 en *Pas.* 1994, I, 303).

In beginsel kan de rechter slechts een ontvangstmachtiging toestaan voor zover hij kan vaststellen dat de onderhoudsplichtige zijn onderhoudsverplichting niet naleeft of voor zover er een gegronde vrees bestaat dat hij dit niet zal naleven (K. VANLEDE, “Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2000, 19, nr. 79 en 81). Hij kan dan in voorkomend geval bepalen dat de ontvangstmachtiging slechts van toepassing wordt voor zover de uitkeringsplichtige één of meerdere mensualiteiten

van de uitkering nalaat te betalen (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 86, nr. 167 en de aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak).

De ontvangstmachtiging kan voorkomen in twee gedaanten, nl. als uitvoeringsmodaliteit of als autonome sanctie (zie over dit onderscheid S. BROUWERS, “Pleidooi voor meer uniformiteit in het alimentatierecht” in CBR (ed.), *Arm Recht Kansarmoede en Recht*, Antwerpen, Maklu, 1997, 342-343).

In artikel 301bis BW wordt de ontvangstmachtiging uitdrukkelijk wettelijk geconcipieerd als uitvoeringsmodaliteit van een voorafgaande veroordeling tot betaling van een onderhoudsuitkering, als een vereenvoudigde beslagtechniek ter uitvoering van een bestaande schuldvordering, een titel waarover de uitkeringsgerechtigde tegenover de uitkeringsplichtige beschikt.

In artikel 221, tweede lid BW en blijkbaar ook in artikel 203ter BW wordt de ontvangstmachtiging daarentegen opgevat als autonome sanctie op de niet-naleving van de verplichting om bij te dragen in de lasten van het huwelijk en van bepaalde onderhoudsverplichtingen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 281, nr. 429).

**842** Voor de vaststelling van het bedrag van de uitkering na echtscheiding kan de bevoegde rechter informatiemaatregelen bevelen en de derden onthefven van de geheimhoudingsverplichting, o.m. het bestuur van de directe belastingen.

Het vonnis dat uitgesproken werd kan ingeroepen worden tegen alle tegenwoordige of toekomstige derden-schuldenaars, nadat het op verzoek van een der partijen door een gerechtsdeurwaarder is betekend. De opheffing wordt op dezelfde wijze ter kennis gebracht.

Een sommendelegatie kan niet alleen bevolen worden voor de lopende termijnen, maar ook voor de verschuldigde achterstallen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 282, nr. 430).

g. Dading

**843** Behoudens de hypothese van overeenkomsten m.b.t. de kapitalisatie van onderhoudsuitkeringen gelden sedert het cassatiearrest van 14 november 1974 de volgende regels (Cass. 14 november 1974, *Pas.* 1975, I, 304 en *RW* 1974-75, 1767):

– de overeenkomsten gesloten vóór de echtscheiding zijn nietig, behoudens homologatie door de rechter;

- de overeenkomsten gesloten na de echtscheiding zijn geldig, behalve indien ze strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden;
- overeenkomsten en verzakingen na het definitief worden van de echtscheiding, zonder tussenkomst van de rechter, zijn geldig (Cass. 26 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1359 en *Pas.* 1980, I, 1335; Cass. 30 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198, *EJ* 2006, 149, noot C. AERTS en *RABG* 2007, 148, in dit arrest wordt nog gepreciseerd dat de enige juridische grondslag dan de overeenkomst is tussen partijen en de wettelijke modaliteiten – *in casu* deze van art. 307bis BW – niet meer van toepassing zijn, zie ook *verder*).

**844** De theorie van de wilsgebreken geldt op dit vlak en in het geval van een verzaking moet zulks bewust en met kennis van zaken geschieden.

In een arrest van 9 september 1994 bevestigde het Hof van Cassatie enerzijds de mogelijkheid van gewezen echtgenoten om een dading te sluiten over een onderhoudsuitkering toegekend op grond van artikel 301 BW en voegde hier anderzijds aan toe dat dergelijke dading onwijzigbaar is, ook al is de toestand van de onderhoudsgerechtigde of van de onderhoudsplichtige sindsdien gewijzigd.

Krachtens artikel 2052 BW hebben dadingen tussen partijen immers kracht van gewijsde in hoogste aanleg. Bijgevolg kan een onderhoudsplichtige na een vermindering van de uitkering bij dading, achteraf niet meer de afschaffing van deze uitkering vorderen (Cass. 9 september 1994, *EJ* 1995, 25 noot J. ROODHOOF, *Div.Act.* 1995, 123, noot J. ROODHOOF, *RW* 1994-95, 1070, *R.Cass.* 1995, 6, noot B. POELEMANS, *Arr.Cass.* 1994, 726 en *Pas.* 1994, I, 709; K. VANLEDE, "Overzicht van rechtspraak (1994-1999) – De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2000, 15, nr. 62).

**845** De regel dat de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding niet hoger mag liggen dan 1/3de van de inkomsten van de uitkeringsplichtige echtgenoot (art. 301, § 3 BW) raakt de openbare orde niet. Geen enkele wetsbepaling verbiedt de echtgenoten een dading aan te gaan waarin een hogere uitkering wordt bedongen (Cass. 23 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198).

Gewezen echtgenoten kunnen bij overeenkomst de uitkering vaststellen die krachtens de artikelen 301 en 306 BW is verschuldigd. Bij gebreke van een beding van herziening of beperking van die uitkering, moet de rechter zich houden aan de duidelijke bewoordingen van de overeenkomst (Cass. 30 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198, *EJ* 2006, 149, noot C. AERTS en *RABG* 2007, 148).

### 3. Procedure

**846** De (provisionele) uitkering na echtscheiding kan worden gevorderd als *accessorium* van de echtscheidingsvordering. In dat geval is de echtscheidingsrechter bevoegd.

Na de echtscheiding is de vrederechter bevoegd (art. 591, 7° Ger.W.; Cass. 15 september 2006, *RTDF* 2007, 104, *RABG* 2007, 241, noot R. VERBEKE, *T.Fam.* 51, noot P. SENAËVE en *RW* 2006-07, 1758, noot F. SWENNEN; Vred. Meise 24 juli 2003, *RW* 2003-04, 514; Vred. Brussel (4de kanton) 19 januari 2004, *JT* 2005, 419 en *Div.Act.* 2006, 78, noot J.-E. BEERNAERT).

De nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) heeft niets veranderd aan de regels van de materiële en territoriale bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg en de vrederechter. Dit belet nochtans niet dat er inhoudelijke wijzigingen zijn die zich op het procedurele vlak laten gevoelen. Terwijl onder het oude recht de schuldvraag gekoppeld was aan de echtscheidingsvordering en het de rechtbank van eerste aanleg was die daarover moest oordelen, zal nu ook de vrederechter te maken krijgen met de vraag of er aldan niet een “zware fout” kan worden weerhouden. De nieuwe wet heeft ook een procedure uitgewerkt voor het homologeren en bekrachtigen van akkoorden over de uitkering na echtscheiding. Terwijl zulk akkoord gehomologeerd wordt door de rechtbank van eerste aanleg, is het mogelijk dat de bekrachtiging wordt gevraagd aan de vrederechter (art. 1256 en 1257 Ger.W.). Zie hierover meer uitgebreid *verder* nr. 961.

Ook inzake de homologatie van kapitalisatieovereenkomsten en de gerechtelijke kapitalisatie is de vrederechter bevoegd (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 284, nr. 437).

Sedert 1994 (wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994) is de voorzitter zetelend in kort geding niet meer bevoegd voor uitkeringen na echtscheiding zelfs niet voor provisionele uitkeringen (art. 1280 Ger.W.).

Er moet wel onderscheid worden gemaakt voor het geval er *urgentie* is. Het hof van beroep te Antwerpen meende dat het eenzijdig stopzetten van een vrijwillig betaalde uitkering in afwachting van de behandeling van de definitieve uitkering na echtscheiding, een brutale vorm was van *eigen richting*. Zulks volstond op zich voor het hoogdringend karakter van het kort geding (art. 584 Ger.W.; Antwerpen 17 februari 2004, *NJW* 2005, 51 noot G.VERSCHIEDEN).

Een vordering tot het verkrijgen van een uitkering na echtscheiding kan zelfs in graad van hoger beroep worden gewijzigd in een vordering tot het bekomen van een provisionele uitkering gelet op het feit dat de echtscheidingseis van de andere echtgenoot nog niet beslecht werd (Cass. 18 mei 2000, *RW* 2000-01, 482; P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 100, nr. 193).

**847** Op het vlak van de bevoegdheid *ratione loci* worden de keuzemogelijkheden die artikel 624 Ger.W. aan de eisende partij biedt, nog uitgebreid door artikel 626 Ger.W. dat bepaalt dat “de vorderingen betreffende de uitkeringen tot levensonderhoud bedoeld in artikel 591, 7°, kunnen worden gebracht voor de rechter van de woonplaats van de eiser”. Bedoeld wordt de onderhoudschuldeiser en niet de eiser in het geding.

De alimentatieplichtige die de vermindering of de opheffing van de alimentatie vordert, kan artikel 626 Ger.W. niet in zijn voordeel inroepen om de rechter van zijn woonplaats te adiëren. Hierover bestaat echter geen eensgezindheid (K. UYTTERHOEVEN, “Bevoegdheid en rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 222, nr. 343).

**848** Behoudens andersluidende bepalingen is de rechtspleging bepaald in de artikelen 1320 e.v. Ger.W. toepasselijk op alle vorderingen tot toekenning, verhoging, verlaging of afschaffing van de onderhoudsuitkering. De vordering tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde onderhoudsgelden moet daarentegen worden ingeleid en behandeld overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels.

Overeenkomstig artikel 1320 Ger.W. kunnen de vorderingen tot toekenning, wijziging of afschaffing van de uitkering tot levensonderhoud worden ingesteld bij verzoekschrift.

Het betreft een verzoekschrift op tegenspraak zodat de artikelen 1034*bis* tot 1034*sexies* Ger.W. cumulatief moeten worden toegepast in zoverre de artikelen 1320 tot 1322 Ger.W. van deze bepalingen niet afwijken. Het inleidende verzoekschrift moet op straffe van nietigheid de vermeldingen bevatten die worden opgesomd in artikel 1034*ter* Ger.W. Eveneens op straffe van nietigheid moet bij dit verzoekschrift een getuigschrift van woonst worden gevoegd van de personen die moeten worden opgeroepen (art. 1034*quater* Ger.W.).

Met het gebruik van de term “kunnen” heeft de wetgever uitdrukkelijk te kennen gegeven dat artikel 1320 Ger.W. de eisende partij slechts een bijkomende mogelijkheid biedt om de vordering bij verzoekschrift in te leiden. Het staat de eisende partij dan ook vrij om te opteren voor een dagvaarding (art. 700 Ger.W.).

De meerkost van de dagvaarding mag evenwel niet zonder meer ten laste worden gelegd van de verwerende partij. Op de procespartijen rust immers de verplichting om zich de onthouden van nutteloze gerechtskosten. Aangezien artikel 1320 Ger.W. toelaat om de onderhoudsvordering in te leiden bij verzoekschrift, mag de eisende partij niet zonder gegronde reden kiezen voor de dagvaarding. Op grond van artikel 1017, eerste lid Ger.W., samengelezen met artikel 1382 BW, kan de eisende partij dan ook in voorkomend geval worden verwezen in de overbodige dagvaardingskosten, zelfs indien zij volledig in het gelijk werd gesteld.

Het verzoekschrift kan vanzelfsprekend ook steeds worden vervangen door een vrijwillige verschijning (art. 706 Ger.W.).

Voor het overige zijn de gemeenrechtelijke regels van het geding van toepassing op de procedure inzake de uitkeringen tot levensonderhoud (art. 1322 Ger.W.). Aldus beschikken de partijen over de gewone termijnen om te concluderen. De behandeling van de zaak gebeurt in openbare zitting.



De vonnissen of arresten die worden gewezen in het kader van de bijzondere procedure inzake de uitkeringen tot levensonderhoud, zijn niet van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad. Ook op de provisionele uitkering na echtscheiding is artikel 1398, tweede lid Ger.W. niet van toepassing (Cass. 30 maart 2006, *RTDF* 2007, 695 en *T.Fam.* 2007, 208, noot S. MOSSELMANS).

Noch de artikelen 1320 e.v. Ger.W., noch de gemeenrechtelijke bepalingen inzake het tegensprekelijk verzoekschrift wijken immers af van de gewone beginselen inzake de uitvoerbaarheid (K. UYTTERHOEVEN, “Bevoegdheid en rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 229-234, nrs. 357-373; S. BROUWERS, “Ger.W. Art. 1320-1322” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.).

## B. UITKERING NA ECHTSCHEIDING OP GROND VAN GEWONE FEITELIJKE SCHEIDING (ART. 301, 306 EN 307BIS (OUD) BW)

### 1. Grondslagen

#### a. Aard

**849** De uitkering vindt haar grondslag in de artikelen 306, 301 en 307bis BW en het verdient aanbeveling ze in die volgorde te lezen.

Artikel 306 BW bepaalt (opnieuw ingevoegd door art. 4 wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek, betreffende de echtscheiding, *BS* 17 augustus 1974, in werking getreden op 1 februari 1975 (art. 1 KB 14 januari 1975, *BS* 21 januari 1975)): “Voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301, wordt de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid, geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken; de rechtbank kan er anders over beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot”.

Artikel 307bis BW bepaalt (ingevoegd door art. 6 wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding, *BS* 17 augustus 1974, in werking getreden op 1 februari 1975 (art. 1 KB 14 januari 1975, *BS* 21 januari 1975)): “De uitkering tot levensonderhoud krachtens de artikelen 306 en 307 mag een derde gedeelte van de inkomsten van de schuldenaar te boven gaan en worden aangepast of afgeschapt al naar de wijzigingen in de behoeften en de bestaansmiddelen van partijen. De nalatenschap van de schuldenaar, vooroverleden zonder kinderen uit zijn huwelijk met de overlevende achter te laten, is aan de laatstgenoemde levensonderhoud verschuldigd volgens de regels van artikel 205”.

**850** In een arrest van 3 mei 2000 oordeelde het Arbitragehof dat artikel 307*bis* de artikelen 10 en 11 Gw. schendt in zoverre het een verschil in behandeling invoert tussen de schuldenaar van een uitkering tot levensonderhoud verleend krachtens de artikelen 306 en 307 BW, die meer mag bedragen dan 1/3de van de inkomsten van de schuldenaar, en de schuldenaar van een uitkering tot levensonderhoud verleend op grond van artikel 301 BW die, met toepassing van paragraaf 4 ervan, in geen geval hoger mag zijn dan 1/3de van de inkomsten van de tot uitkering gehouden echtgenoot (Arbitragehof 3 mei 2000, nr. 48/2000, *BS* 5 juli 2000 (tweede uitgave), 23843, *JLMB* 2000, 1060, noot Y.-H. L., *JT* 2000, 539, *EJ* 2000, 78 noot K. VANLEDE, *Div.Act.* 2000, 50, *RW* 2000-01, 339; *RTDF* 2000, 371, *TBBR* 2000, 507, noot E. VIEUJEAN, *TBP* 2001, 270 en *Rev.not.b.* 2000, 381).

Het Arbitragehof herneemt het voormelde standpunt in een tweede arrest van 19 december 2001 (Arbitragehof 19 december 2001, nr. 163/2001, *BS* 9 maart 2002, *JLMB* 2002, 172, *Div.Act.* 2002, 45, noot A.-C. VAN GYSEL en *RTDF* 2002, 268, noot; zie ook Cass. 12 april 2002, *Pas.* 2002, 875 en *RTDF* 2003, 89; Cass. 19 juni 2003, *RTDF* 2004, 121 en *JT* 2003, 735 (verkort); P. SENAËVE, “Niet-toepasselijkheid van de één derde-grens is discriminatoir (*bis*)”, *EJ* 2002, 15-16).

De feitenrechter mag dus niet langer artikel 307*bis* toepassen en een onderhoudsuitkering na echtscheiding toekennen die één derde van de inkomsten van de onderhoudsplichtige overschrijdt.

Volgens het hof van beroep te Gent geldt voormelde plafonering zowel vanuit het standpunt van de uitkeringsplichtige als dit van de uitkeringsgerechtigde (Gent 20 maart 2001, *EJ* 2001, 64, noot).

Er weze opgemerkt dat het Arbitragehof zich er niet over uitspreekt of het de niet-toepasselijkheid van de een derde-grens ook discriminerend acht in zoverre deze betrekking heeft op de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid (art. 232, tweede lid BW). Volgens P. SENAËVE is dit niet het geval en blijft de niet-begrenzing tot de een derde-grens van toepassing (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 73, nr. 134; zie ook I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 BW)”, *EJ* 2002, 106, nr. 50).

**851** Op de vraag of de onbeperkte veranderlijkheid van de uitkering ex artikel 307*bis* BW in tegenstelling tot de beperkte veranderlijkheid bepaald in artikel 301 BW, strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, werd door het Arbitragehof ontkennend geantwoord (Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 105/2002, *BS* 28 augustus 2002 en *EJ* 2002, 114, noot P. SENAËVE; zie ook *boven* nr. 827).

Niettegenstaande artikel 306 BW niet verwijst naar de mogelijkheid van een *ontvangstmachting* zoals bepaald in artikel 301bis BW, wordt dit door de meerderheid van de feitenrechters toch aanvaard (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 47; zie ook K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex)-echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven Acco, 2001, 55, nr. 68).

De uitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding moet beantwoorden aan de criteria van artikel 301 BW onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 307bis BW. Zij heeft tegelijk een indemnitair en alimentair karakter en moet de onderhoudsgerechtigde in staat stellen in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven (Cass. 20 december 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1246, *Pas.* 1996, I, 1317, *RW* 1997-98, 1258, *JT* 1997, 585 en *Div.Act.* 1998, 8, noot A.-C. VAN GYSEL).

**852** Voor de toepassing van artikel 301 BW wordt de echtgenoot die de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding verkrijgt, geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken.

De verweerder in echtscheiding is principieel uitkeringsgerechtigd. De eiser is uitkeringsgerechtigd zo hij het *schuldvermoeden* weerlegt, d.i. zo hij bewijst dat de verweerder exclusief schuld heeft aan ontstaan en voortduren van de feitelijke scheiding (zie voor talrijke voorbeelden van de fouten en tekortkomingen bedoeld in art. 306 BW: I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (artikel 232 BW)”, *EJ* 2002, 98, nrs. 35-42).

Het Arbitragehof oordeelde dat dit systeem niet discriminatoir is t.o.v. de echtgenoot-eiser op wie het schuldvermoeden rust (Arbitragehof 8 november 2006, *RTDF* 2007, 95 en *Div.Act.* 2007, 11).

Als de eiser in echtscheiding het schuldvermoeden relativeert door te bewijzen dat de verweerder eveneens (gedeeltelijk) schuld heeft aan het ontstaan en/of het voortduren van de feitelijke scheiding – die dus aan beide partijen te wijten is – heeft geen van beide ex-echtgenoten recht op een onderhoudsuitkering (zie voor een toepassingsgeval Antwerpen 24 december 2003, *NJW* 2004, 699).

Dit betekent dat indien blijkt dat de feitelijke scheiding mede te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van *in casu* de vrouw, zij geen aanspraak kan maken op een onderhoudsuitkering, zelfs niet indien zij de echtscheiding op grond van feiten verkregen heeft (I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 BW)”, *EJ* 2002, 105, nr. 46 en de daar aangehaalde rechtspraak).

**853** In een arrest van 16 april 1993 besliste het Hof van Cassatie dat de rechter, bij de beoordeling van de vraag aan wie de feitelijke scheiding te wijten is, rekening kan houden met feiten die het tijdstip waarop de feitelijke scheiding een aanvang nam, geruime tijd voorafgaan (Cass. 16 april 1993, *RW* 1993-94, 505 en *JT* 1994, 477).

Wanneer zowel de hoofdeis tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding als de tegeneis tot echtscheiding op grond van fout bij in kracht van gewijsde getreden vonnis werd ingewilligd, is de eiseres op tegeneis, verweerster op hoofdeis, enkel gerechtigd om een uitkering op grond van artikel 301 BW te vorderen, welke 1/3de van de inkomsten van de uitkeringsplichtige niet mag overtreffen: zij kan niet aanvoeren dat zij tot echtscheiding werd gedwongen, nu zij zelf expliciet en zeker de wil geuit heeft om de echtelijke band te verbreken (Gent 20 mei 1996, *JT* 1996-97, 263, noot B. POELEMANS).

Het belang van deze uitspraak wordt enigszins afgezwakt nu als gevolg van de rechtspraak van het Arbitragehof de 1/3de-grens ook van toepassing is op de uitkering na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding (*boven* nr. 850).

De rechter kan niet beslissen dat geen van beide echtgenoten schuld heeft aan de feitelijke scheiding (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 287, nr. 440).

Het bewijs van de eisende partij dat deze zelf of geen van beide echtgenoten schuld heeft aan de totstandkoming van de feitelijke scheiding en het voortduren ervan, volstaat dus niet. De weerlegging van het schuldvermoeden zal evenmin aanvaard worden, indien blijkt dat beide echtgenoten de feitelijke scheiding hebben doen ontstaan (Rb. Namen 10 mei 1995, *RTDF* 1997, 384; Luik 27 april 1998, *RTDF* 1999, 634).

Vroegere vonnissen die een echtgenoot veroordelen tot het betalen van een onderhoudsgeld of die een ontvangstmachtiging bevelen, bevatten geen onweerlegbaar bewijs van de schuld van die echtgenoot. De eiser kan pogen het vermoeden van artikel 306 BW te weerleggen zelfs al worden zulke veroordelingen tegen hem ingeroepen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 288, nr. 442).

**854** De fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot aan wie de feitelijke scheiding te wijten is, mogen niet gelijkgesteld worden met de in artikel 231 BW bepaalde gronden tot echtscheiding (Cass. 4 januari 1980, *RW* 1979-80, 2702, *RTDF* 1983, 31 en *T.Not.* 1980, 358; Cass. 23 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1019 en *Pas.* 1982, I, 963; Luik 14 maart 2006, *RTDF* 2007, 468; Luik 25 april 2006, *RTDF* 2007, 473).

Zij moeten niet zo ernstig zijn. Het feit dat zij een minder zwaarwichtig karakter moeten hebben dan de fouten bedoeld in de artikelen 229 en 231 BW werd door het Arbitragehof niet als discriminatoir beschouwd t.o.v. de echtgenoot-verweeder (Arbitragehof 8 november 2006, *RTDF* 2007, 95 en *Div.Act.* 2007, 11).

Het is niet onlogisch enerzijds te beslissen dat er geen grond tot echtscheiding ten laste van de vrouw voorhanden is wegens grove beledigingen en anderzijds te oordelen dat haar fouten en tekortkomingen ten grondslag liggen aan de feitelijke scheiding.

Gelet op het verschillende voorwerp en de verschillende oorzaken van de geschillen, kan het gezag van gewijsde van het vonnis waarbij de echtscheiding werd afgewezen, niet ingeroepen worden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 288, nr. 443; zie ook G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 1816, nr. 356).

Verklaringen afgelegd door getuigen, in het kader van een ongegrond verklaarde echtscheidings-eis overeenkomstig artikel 231 BW kunnen aangewend worden om het vermoeden, bepaald door artikel 306 BW te weerleggen (Brussel 29 april 1997, *JLMB* 1998, 390).

De scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming ontslaat de eisende partij niet van de bewijslast dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot die in de scheiding van tafel en bed instemde (Bergen 27 april 1998, *JT* 1998, 643).

*In casu* had eiser de echtelijke verblijfplaats bovendien verlaten om te gaan samenwonen met zijn huidige vriendin met wie hij een kind had dat door hem werd erkend.

Een betrapting op overspel waarvan het proces-verbaal van vaststelling voordien niet aangewend werd om de ontbinding van het huwelijk na te streven zal op zich geen bewijs opleveren van de instandhouding van de feitelijke scheiding gedurende de wettelijke bepaalde periode van 2 jaar (voorheen 5 jaar), kortom aan de hand van dit proces-verbaal wordt het schuldvermoeden niet weerlegd (Luik 25 november 1998, *RTDF* 2000, 58).

**855** Wanneer algemeen door de rechtspraak wordt aangenomen dat de echtscheiding overeenkomstig artikel 232 BW ontvankelijk is, nadat een scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming is tussengekomen, heeft de voorafgaande familierechtelijke overeenkomst die voorziet in het wederzijds afzien van een uitkering, het karakter van een foutloze scheiding in de zin van artikel 306 BW.

Wordt echter naderhand gedurende zekere tijd het echtelijke leven opnieuw hervat, dan heeft zulks voor gevolg dat deze onderlinge regeling geen gevolg meer ressorteert. Bijgevolg zal de eisende partij overeenkomstig artikel 306 BW moeten aantonen dat de feitelijke scheiding door de fouten en tekortkomingen van de wederpartij is ontstaan en in stand gehouden (Luik 31 maart 1998, *RTDF* 1998, 635).

Anderzijds werd beslist dat, wanneer na een scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding bij een definitief vonnis is uitgesproken, de voorafgaande overeenkomst met betrekking tot het onderhoudsgeld tussen de echtgenoten vervalft. Enkel de vermogensrechtelijke overeenkomst behoudt haar uitwerking.

Artikel 308 BW heeft volgens het Hof van Cassatie immers geen uitstaans met de scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming (Cass. 19 december 2003, *NJW* 2004, 626 en *TBBR* 2004, 387 noot J. GERLO; Antwerpen 17 december 2003, *NJW* 2004, 628). Voormeld artikel bepaalt dat na scheiding van tafel en bed de hulpplicht alleen blijft bestaan ten voordele van de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkrege. Bij onderlinge toestemming is er geen "schuldig" echtgenoot.

De omstandigheid dat de echtgenote zich niet zou verzet hebben tegen de feitelijke scheiding, wetende, volgens de bewoordingen zelf van haar ex-man, "dat er geen sprake meer was van huwelijksleven" vormt in geen geval een aanwijzing dat zij, zonder ze als beledigend te beschouwen, de ontrouw van haar echtgenoot aanvaardde of dat het ophouden van het huwelijksleven er is gekomen na "gezamenlijk akkoord" en los van welke fout dan ook van haar echtgenoot (Brussel 16 januari 1997, *RTDF* 1998, 696).

**856** Het hof van beroep te Bergen diende zich uit te spreken over de incidentie van de fout in een echtscheiding op grond van feiten, op het schuldvermoeden in een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding.

Volgens het hof kan een echtgenoot trachten het vermoeden van schuld zoals bepaald in artikel 306 BW om te keren, zelfs wanneer tegen hem al een echtscheiding wegens grove schuld werd uitgesproken. Deze laatste echtscheiding houdt helemaal niet in dat de scheiding aan hem te wijten was. De omkering van het vermoeden zou kunnen worden aanvaard zonder het voordeel van de vroegere beslissing, die op de grove schuld was gebaseerd, teniet te doen (Bergen 8 februari 1996, *Div.Act.* 1997, 66).

Even vermeldenswaardig is het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven van 28 maart 1994 waarbij de eiser een vordering tot echtscheiding had ingesteld op grond van feitelijke scheiding. Hij wenste deze echtscheiding enkel te vorderen in zoverre het schuldvermoeden bepaald bij artikel 306 BW omgekeerd werd. Zulke vordering is onontvankelijk. Door zich te beroepen op artikel 306 BW schakelt eiser het schuld criterium in bij een procedure waarbij dit criterium, wat het toelaten van de echtscheiding betreft, geen rol speelt. Immers, eens de feitelijke scheiding bewezen, moet de echtscheiding toegelaten worden, los van elk schuld criterium. Het is niet toegelaten voorwaarden aan een procedure te koppelen die door de wet niet bepaald zijn (Rb. Leuven 28 maart 1994, *TBBR* 1995, 328).

**857** S a m e n v a t t e n d kan gezegd worden dat de weerlegging van het schuldvermoeden, d.w.z. het doen erkennen dat de verwerende partij de enige verantwoordelijke is voor het ontstaan en voortduren van de scheiding, dus een d u b b e l b e w i j z vereist.

Het doen aanvaarden dat de verwerende echtgenoot mede verantwoordelijk is voor het ontstaan of voortduren ervan vergt slechts een van de twee bewijzen (Brussel 12 januari 1999, *Div.Act.* 2001, 41; Luik 22 februari 2000, *JLMB* 2000, 1203; Brussel 13 juni 2006 *RTDF* 2007, 482: deze uitspraak geeft een goede illustratie van het onderscheid tussen een partiële omkering en een volledige, *in casu* gesteund op gewelddaden; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHIEDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 1816, nr. 356).

#### b. Geldingsduur

**858** Hiervoor kan verwezen worden naar hetgeen onder dezelfde titel werd uiteengezet m.b.t. de echtscheiding op bepaalde gronden (*boven* nrs. 759-764).

Voor de echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding geldt er nochtans een onbeperkte wijzigbaarheid van de uitkering dit in tegenstelling tot de uitkering na echtscheiding op grond van fout waar de wijziging o.m. ingrijpend moet zijn (*boven* nrs. 825-835 en 851).

c. Begroting van de uitkering en methodiek

**859** Er kan verwezen worden naar hetgeen uiteengezet werd m.b.t. de echtscheiding op bepaalde gronden (*boven* nrs. 765-816).

**860** Ingevolge vaststaande rechtspraak van het Arbitragehof (*boven* nr. 850) geldt ook hier de 1/3de-grens en mag de feitenrechter wat dat betreft niet langer artikel 307*bis* BW toepassen (Arbitragehof 3 mei 2000, nr. 48/2000, *BS* 5 juli 2000 (tweede uitgave), 23843, *JLMB* 2000, 1060, noot Y.-H. L., *JT* 2000, 539, *EJ* 2000, 78, noot K. VANLEDE, *Div.Act.* 2000, 50, *RW* 2000-01, 339, *RTDF* 2000, 371, *TBBR* 2000, 507, noot E. VIEUJEAN, *TBP* 2001, 270 en *Rev.not.b.* 2000, 381; Arbitragehof nr. 163/2001, 19 december 2001, *BS* 9 maart 2002, *JLMB* 2002,172, *Div.Act.* 2002, 45, noot A.-C. VAN GYSEL en *RTDF* 2002, 268, noot; zie ook Cass. 12 april 2002, *Pas.* 2002, 875 en *RTDF* 2003, 89; Cass. 19 juni 2003, *RTDF* 2004, 121 en *JT* 2003, 735 (verkort); P. SENAËVE, "Niet-toepasselijkheid van de één derde-grens is discriminatoir (*bis*)", *EJ* 2002, 15-16).

Het Arbitragehof sprak zich nog niet uit over de niet-toepasselijkheid van de 1/3de-grens m.b.t. de uitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesziekte (art. 232, tweede lid BW). De rechtsleer neemt het standpunt in dat deze begrenzing hier niet van toepassing is (I. ANNE, "Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 BW)", *EJ* 2002, 106, nr. 50).

**861** Voor het vaststellen van de levensstandaard (de referentiendaard) tijdens het samenleven is er m.b.t. deze echtscheidingsvorm uiteraard sprake van een lange periode van feitelijke scheiding. De feitenrechter kan hier met heel wat problemen worden geconfronteerd om de concrete situatie van tijdens het samenleven te achterhalen.

Hoewel de wet stelt dat de levensstandaard tijdens het samenleven decisief is, moet de referentiendaard op een dynamische wijze worden geïnterpreteerd.

Concreet betekent dit dat de rechter in zijn begroting rekening mag houden met de stijging van de levensduurte sinds de feitelijke scheiding, alsook met de verhoging van de uitgaven die de scheiding meebrengt.

De feitenrechter dient m.a.w. de door hem begrote levensstandaard van tijdens het samenleven te actualiseren. Bovendien moet rekening worden gehouden met omstandigheden die zich zouden hebben voorgedaan, indien het samenleven was blijven duren.

**862** Nog met betrekking tot het bepalen van de referentiestandaard oordeelde het hof van beroep te Bergen dat, om het bedrag van de uitkering te bepalen de financiële omstandigheden van de eisende echtgenoot ten tijde van het gemeenschappelijke leven moeten vergeleken worden met die waarin hij zijn bestaan kan leiden sinds de uitspraak van de echtscheiding. De vergelijking van de financiële situaties op twee verschillende tijdstippen van het leven van het echtpaar eist dat men verwijst naar dezelfde waarde in geld. Bijgevolg moet de oudste situatie worden gekoppeld aan de index van de dag vanaf wanneer de uitkering verschuldigd is (Bergen (2de kamer) 24 mei 2005, *JT* 2005, 501).

Het middel dat een vermindering of de opheffing van de provisionele uitkering na echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid BW zou moeten beschouwd worden als een verslechtering van de materiële situatie van de kinderen, werd afgewezen door het hof van beroep te Brussel. Het hof meende dat *in casu* de moeder dan een verhoging kon vragen van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen aan de vader nu haar eigen draagkracht daartoe was verminderd door het wegvallen van de provisionele uitkering (Brussel 20 juni 2002, *Div.Act.* 2005, 37, noot A.-M. BOUDART).

Daarentegen vond het hof van beroep te Luik dat het wegvallen van het gebruik en genot van de echtelijke woning na de echtscheiding omdat dit een eigen goed was van de man dat hij terugnam, een verslechtering impliceerde van de materiële toestand van de kinderen (Luik 1 februari 2001, *Div.Act.* 2001, 144, afkeurende noot F. LIGOT en A.-M. BOUDART; Luik 29 januari 2002 en 5 juni 2002, *Div.Act.* 2003, 148 e.v., noot F. LIGOT). Het hof wees op die grond de echtscheidingvordering af. Deze rechtspraak gaat in tegen een arrest van het Hof van Cassatie van 28 september 2000 waarin werd gesteld dat het gebruik van de echtelijke woonst, eigen goed van de vader, tijdens de echtscheidingsprocedure als bijdrage *in natura* voor de kinderen, niet kan beletten dat deze zijn goed terugneemt na de ontbinding van het huwelijk (Cass. 28 september 2000, *Div.Act.* 2001, 51).

## 2. Modaliteiten

### a. Provisionele uitkering

**863** Er wordt verwezen naar hetgeen werd uiteengezet onder dezelfde titel m.b.t. de echtscheiding op bepaalde gronden (*boven* nrs. 817-820).

Wanneer de echtscheiding werd uitgesproken, maar de vordering aangaande de weerlegging van het schuldvermoeden nog hangende is, kan de verweerder in echtscheiding aanspraak maken op een provisionele uitkering (Rb. Brussel 17 januari 1996, *RTDF* 1997, 387, noot J.-P. MASSON).



De accessoire vordering tot omkering van het schuldvermoeden, geheel of gedeeltelijk, mag het uitspreken van de echtscheiding niet vertragen: de rechter moet de echtscheiding uitspreken wanneer de voorwaarden daartoe voorhanden zijn, zelfs wanneer hij niet in staat is om zich reeds uit te spreken over de eventuele weerlegging van het schuldvermoeden van artikel 306 BW (Cass. 3 januari 1992, *RTDF* 1993, 474; Brussel 12 januari 1999, *Div.Act.* 2001, 41 noot A.-M. BOUDART; zie ook A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 49; N. GALLUS, *Le divorce pour cause de séparation de fait*, Brussel, Editions Kluwer, 2000, 52, nr. 77).

De splitsing van de vorderingen schaadt de belangen van de “vermoed onschuldige” echtgenoot niet, vermits hij in afwachting van een uitspraak over de schuld een provisionele onderhoudsuitkering kan vorderen zulks voor zover die (tegen)vordering te samen met de echtscheidingsvordering wordt behandeld.

Anders loopt hij toch nog het risico zonder uitkering te vallen van zodra de echtscheiding definitief is (het onderhoudsgeld toegekend in kort geding als voorlopige maatregel vervalt dan bij toepassing van art. 1280, eerste lid Ger.W.).

Evenmin is het argument pertinent dat de echtscheidingsvordering op grond van feitelijke scheiding niet beslecht kan worden alvorens de tegenvordering tot echtscheiding op grond van grove beledigingen – zgn. tevens oorzaak van de feitelijke scheiding – berecht is, vermits de oorzaak van de feitelijke scheiding en de eventuele fouten van de andere echtgenoot niet relevant zijn bij de beoordeling van de gegrondheid van een echtscheidingsvordering gesteund op artikel 232, eerste lid BW.

Uit de rechtspraak blijkt m.a.w. dat elke poging om het eenzijdig opdringen van de echtscheiding te beletten en aldus het principe van de schuldloze echtscheiding op grond van feitelijke scheiding in vraag te stellen, om welke reden ook, zal stranden. Meer nog, wie het waagt aan dit principe te tornen door bijvoorbeeld hoger beroep aan te tekenen tegen het vonnis van echtscheiding enkel en alleen om langer het in kort geding toegestane onderhoudsgeld te kunnen ontvangen, loopt risico op veroordeling tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos proceshandelen (Luik 10 juni 1991, *RTDF* 1993, 41; Luik 2 december 1991, *RTDF* 1993, 73; Luik 27 juni 1994, *RTDF* 1995, 192; Luik 22 februari 2000, *JLMB* 2000, 1203).

## b. Indexatie

**864** In een arrest van 5 november 1998 oordeelde het Hof van Cassatie dat de automatische indexatie van artikel 301, § 2 BW eveneens toepassing vindt bij het toekennen van een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding (Cass. 5 november 1998, *RW* 1999-2000, 477).

Dit is niet het geval voor de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis, bij gebrek aan enige verwijzing naar artikel 301 BW in het artikel 307 BW. Derhalve kan de rechter dergelijke onderhoudsuitkering slechts op verzoek van de partijen koppelen aan de index (J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 151, nr. 303; K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 49, nrs. 50-51).

#### c. Beperking in de tijd

**865** Ingevolge de overgangsbepalingen van de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) is de nieuwe regeling m.b.t. de duurtijd van de uitkering ook van toepassing op de onderhoudsuitkeringen die nog onder de oude wet vallen. De maximumduur is gelijk aan deze van het huwelijk (nieuwe art. 301, § 4 BW). Deze nieuwe duurtijd begint te lopen vanaf 1 september 2007 (art. 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet) voor alle lopende uitkeringen. Het vertrekpunt is niet de datum van het definitief worden van de (oude) echtscheiding maar 1 september 2007 (zie voor een toepassing Antwerpen 17 oktober 2007, *NJW* 2008, 359, noot G. VERSCHELDEN, het arrest is misleidend, hoewel het niet zo geformuleerd is, geeft het de indruk dat de (nieuwe) duur van de uitkering een aanvang neemt vanaf het definitief worden van de echtscheiding, terwijl dit moet zijn vanaf 1 september 2007).

Werd de duur van de uitkering wel bepaald in de titel onder de oude wetgeving dan blijft deze van toepassing zonder echter de bovenvermelde maximumduur te kunnen overschrijden.

Artikel 42, § 5 werd echter vernietigd door het arrest van 3 december 2008 van het Grondwettelijk Hof. Zie hiervoor *verder* de nrs. 930 en 941.

#### d. Wijzigbaarheid

**866** Er wordt verwezen naar wat hierover reeds werd uiteengezet bij de bespreking van de uitkering op basis van artikel 301, § 3 BW, *boven* nrs. 825-835.

Artikel 307*bis* BW bepaalt dat een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding **o n b e p e r k t** gewijzigd kan worden, terwijl een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout slechts in drie wettelijke hypothesen kan gewijzigd worden, waarbij telkens een ingrijpende wijziging van de omstandigheden dient aangetoond te worden (art. 301, § 3 BW):

- indien de uitkering, ingevolge omstandigheden onafhankelijk van de wil van de uitkeringsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend is geworden om de gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen, kan de rechtbank de uitkering verhogen;
- indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is, kan de rechtbank de uitkering verminderen of opheffen;
- dit geldt eveneens bij ingrijpende wijziging van de toestand van de uitkeringsplichtige ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil.

**867** Dit verschil in wijzigbaarheid werd door het Arbitragehof goedgekeurd (Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 105/2002, *NJW* 2003, 15 en *EJ* 2002, 114 noot P. SENAËVE; Arbitragehof 27 november 2002, nr. 171/2002, *Div.Act.* 2003, 28, noot A.-C. VAN GYSEL, *EJ* 2003, 19, *RTDF* 2003, 82, noot en *TBBR* 2003, 123).

Het Arbitragehof stelt enerzijds dat de wijzigbaarheid in beide gevallen vereist dat het gaat om omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van de uitkeringsplichtige, resp. -gerechtigde. Op dit vlak is er dus geen verschil tussen beide vormen van uitkering.

Anderzijds meent het Arbitragehof dat de vereiste van het ingrijpend karakter van de wijziging gerechtvaardigd is op grond van de vaststelling dat de wetgever inzake de uitkering op basis van artikel 301, § 3 BW de nadruk heeft willen leggen op het meer indemnitair karakter, terwijl de uitkering op basis van artikel 307bis BW een meer alimentair karakter zou hebben.

Behoudens dit onderscheid hebben beide vormen van uitkering zowel een indemnitair als alimentair karakter doch er zijn dus accentverschillen.

De vraag rijst of de rechtspraktijk gediend is met zulke “accentverschillen”. In de meeste gevallen zal immers de echtgenoot die uit de echt wil scheiden of diegene die dit niet wil maar om redenen van procespositionering gedwongen wordt een tegeneis tot echtscheiding in te stellen, niet echt een keuze uitoefenen ten voordele van de ene of andere echtscheidingsvorm doch hij zal opteren voor die echtscheidingsvorm die het meest kans op resultaat zal bieden.

Ook zal de practicus zich de vraag stellen waar nu de grens ligt tussen enerzijds de beperkte, anderzijds de onbeperkte wijzigbaarheid van voormelde uitkeringen.

Vermits de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid een zuiver alimentair karakter heeft, waarbij het foutcriterium geen enkele rol speelt, is een onbeperkte wijzigbaarheid van de uitkering in het kader van deze echtscheidingsvorm wel te verdedigen.

**868** Net zoals bij de uitkering na echtscheiding op grond van fout (art. 301, § 3, eerste lid BW) mag ook inzake de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding de uitkeringsplichtige zelf geen schuld treffen aan de vermindering van zijn inkomsten om een wijziging van de uitkering te bekomen (Cass. 17 oktober 2005, *Pas.* 2005, 1948 en *RTDF* 2006, 1072).

Overeenkomsten en verzekingen aan de uitkering na het definitief worden van de echtscheiding, zonder tussenkomst van de rechter, zijn geldig. In een arrest van het Hof van Cassatie wordt nog gepreciseerd dat de enige juridische grondslag dan de overeenkomst is tussen partijen en de wettelijke modaliteiten, *in casu* deze van artikel 307bis BW niet meer van toepassing zijn (Cass. 30 juni 2006, *RABG* 2007, 148 en *EJ* 2006, 149, noot C. AERTS).

In de rechtsleer en rechtspraak bestaat discussie over de vraag of een echtgenoot-verweerder vertegenwoordigd kan worden door de voorlopige bewindvoerder bedoeld in het door de wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren (*BS* 26 juli 1991) ingevoerde artikel 488*bis*, a) BW (I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 BW)”, *EJ* 2002, 109, nr. 56 en de verwijzingen aldaar).

#### e. Kapitalisatie

**869** Het Hof van Cassatie moest zich nog niet uitspreken over de vraag of de mogelijkheid van kapitalisering zoals bepaald in artikel 301, § 5 BW eveneens geldt voor een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding. In de rechtsleer sluit men die modaliteit alvast niet uit (C. DE BUSSCHERE, “Art. 307*bis* BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 26 en de verwijzingen aldaar).

De mogelijkheid van kapitalisering wordt in de rechtsleer daarentegen strijdig bevonden met het zuiver alimentaire en wederkerige karakter van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis (C. DE BUSSCHERE, “Art. 307*bis* BW”, nrs. 47-48; K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 54, nrs. 66-67; N. GALLUS, *Le divorce pour cause de séparation de fait*, Brussel, Éditions Kluwer, 2000, 56, nr. 83).

#### f. Ontvangstmachtiging

**870** Er wordt verwezen naar wat hierboven reeds werd uiteengezet (*boven* nrs. 841-842).

Vermits artikel 307 BW in geen enkel opzicht verwijst naar artikel 301 BW waarmee artikel 301*bis* BW verknocht is, vindt de ontvangstmachtiging geen toepassing op de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis (C. DE BUSSCHERE, “Art. 307*bis* BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 46).

#### g. Dading

**871** Er wordt verwezen naar hetgeen hierover werd uiteengezet in het kader van de echtscheiding op bepaalde gronden (*boven* nr. 843-845).

### 3. Procedure

**872** Dezelfde procedureregels gelden hier als voor de echtscheiding op bepaalde gronden (*boven* nrs. 846-848).

Afwijkend is artikel 1286*bis* Ger.W. dat de rechter toelaat de eisende partij in echtscheiding in de kosten te verwijzen (dit artikel werd opgeheven door de nieuwe Echtscheidingswet met ingang van 1 september 2007, art. 31, 2<sup>o</sup> wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

**873** Alleen de rechtbank die de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid BW toestaat, is bevoegd uitspraak te doen over de schuldvraag bepaald in artikel 306 BW en dit uitsluitend tijdens de echtscheidingsprocedure.

Zoals hierboven uiteengezet kan de berechting van beide onderdelen van de vordering d.w.z. deze tot echtscheiding en deze tot weerlegging van het schuldvermoeden, gesplitst worden (*boven* nr. 863).

Om reden dat de schuldvraag uitsluitend ter sprake komt bij de regeling van de geldelijke en vermogensrechtelijke gevolgen, kan de echtscheidingseis worden beslecht zonder de uitspraak over het schuldvermoeden af te wachten. De verwerende echtgenoot kan zich hiertegen niet verzetten tenzij zijn belangen zouden geschaad worden omdat niet terzelfdertijd zijn (tegen)eis tot het bekomen van een provisionele uitkering zou worden behandeld (*boven* nr. 863).

De echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft kan nadien niet meer voor de vrederechter aanbieden te bewijzen dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot. Het gaat hier niet om een vraag van bevoegdheid van de vrederechter, maar wel om een kwestie van gezag van gewijsde verbonden aan het echtscheidingsvonnis.

Zo ook kan een ex-echtgenoot het schuldvermoeden niet meer betwisten in hoger beroep indien deze in eerste aanleg zonder voorbehoud een debat ten gronde over de uitkering na echtscheiding aanvaardde (Rb. Brussel 5 februari 1992, *RTDF* 1993, 108 en *TBBR* 1994, 350, noot C. DE BUSSCHERE; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 289-290, nr. 445; J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 140, nr. 270).

Volgens een andere strekking kan de vrederechter na de echtscheiding wel uitspraak doen over de weerlegging van het schuldvermoeden (Rb. Luik 27 februari 1979, *Jur.Liège* 1978-79, 235; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tôme II, Les personnes, I*, Brussel, Bruylant, 1990, 817; zie ook Rb. Brussel 5 februari 1992, *RTDF* 1993, 108).

Ook inzake de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding kan de *provisionele* uitkering gevorderd worden voor de vrederechter (I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 BW)”, *EJ* 2002, 93, nr. 28). Zie meer uitgebreid *boven* nr. 819.

## C. UITKERING NA ECHTSCHEIDING OP GROND VAN FEITELIJKE SCHEIDING WEGENS GEESTESSTOORNIS (ART. 307 EN 307BIS (OUD) BW)

### 1. Grondslagen

#### a. Aard

**874** De grondslag van de uitkering ligt in de combinatie van de artikelen 307 en 307bis BW.

Artikel 307 BW bepaalt: “Wanneer de echtscheiding wordt toegestaan op grond van artikel 232, tweede lid, behoudt elke echtgenoot de voordelen van de contractuele erfstellingen te zijnen behoeve gedaan door de andere echtgenoot. De rechtbank kan aan een van de echtgenoten ten laste van de ander, een uitkering tot levensonderhoud verlenen die onderworpen is aan de regels bepaald in het volgende artikel”.

Dit artikel bestond reeds onder de *Code civil des Français* (1804) maar had toen betrekking op de scheiding van tafel en bed. Het werd herhaalde malen gewijzigd en uiteindelijk opgeheven door de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek (*BS* 31 oktober 1967). Het werd opnieuw ingevoegd door artikel 5 van de wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding (*BS* 17 augustus 1974).

Het werd gewijzigd door artikel 4 (art. 4, § 2) wet van 14 juli 1976 betreffende wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (*BS* 18 september 1976) en thans weer opnieuw opgeheven door de nieuwe Echtscheidingswet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007).

Artikel 307bis BW bepaalt: “De uitkering tot levensonderhoud krachtens de artikelen 306 en 307 mag een derde gedeelte van de inkomsten van de schuldenaar te boven gaan en worden aangepast of afgeschaft al naar de wijzigingen in de behoeften en de bestaansmiddelen van partijen. De nalatenschap van de schuldenaar, vooroverleden zonder kinderen uit zijn huwelijk met de overlevende achter te laten, is aan de laatstgenoemde levensonderhoud verschuldigd volgens de regels van artikel 205”.

Dit artikel werd ingevoegd door artikel 6 wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding (*BS* 17 augustus 1974), in werking getreden op 1 februari 1975 (art. 1 KB 14 januari 1975 (*BS* 21 januari 1975)). Het werd weer opgeheven door de nieuwe Echtscheidingswet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007).

Deze uitkering heeft in tegenstelling tot de hierboven besproken onderhouds-uitkeringen (ex. art. 301 en 306 BW) een zuiver alimentair karakter. In tegenstelling tot de uitkering op basis van artikel 306 BW (gewone feitelijke scheiding) wordt elk foutcriterium geweerd voor de bepaling van de principiële gerechtigheid op een uitkering en werd geen verwijzing opgenomen naar artikel 301 BW.

Elk van de echtgenoten komt in aanmerking als gerechtigde op een uitkering na echtscheiding.

Er wordt dus geen enkele vereiste van onschuld gesteld in hoofde van de echtgenoot die aanspraak wenst te maken op de uitkering.

Afhankelijk van de respectieve financiële positie kan zowel de geestesgestoorde als de geestesgezonde gewezen echtgenoot aanspraak maken op een alimentaire uitkering. Niets verhindert trouwens dat de oorspronkelijk uitkeringsgerechtigde gewezen echtgenoot later onderhoudsplichtig wordt, en *vice versa*. De onderhoudsverplichting is hier dus wederkerig (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 294-295, nrs. 453-454; J. ROODHOFT, *De gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 148-150, nrs. 290-296).

Dit systeem is erg vergelijkbaar met hetgene dat werd ingevoerd door de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) en waarin het recht op een uitkering een verruimd basisrecht is geworden voor elke echtgenoot, dat niet meer gekoppeld is aan het statuut van onschuldige echtgenoot die hetzij gedwongen werd de echtscheiding te vragen, hetzij deze opgedrongen kreeg.

**875** Indien de echtscheiding wordt uitgesproken op grond van artikel 232, eerste lid BW (gewone feitelijke scheiding) en niet op deze van artikel 232, tweede lid BW (geestesstoornis) bijvoorbeeld omdat de zieke echtgenoot genezen is tijdens de feitelijke scheiding, dan is het uitkeringsregime van de artikelen 306, 301, 307bis BW van toepassing (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 52).

#### b. Geldingsduur

**876** Er wordt verwezen naar hetgeen hiervoor werd uiteengezet (boven nrs. 759-764).

Het zuiver alimentair karakter van deze uitkering verzet zich niet tegen een beperking in de tijd.

Ingevolge de overgangsbepalingen van de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) is de nieuwe regeling m.b.t. de duurtijd van de uitkering ook van toepassing op de onderhoudsuitkeringen die nog onder de oude wet vallen. De maximumduur is gelijk aan deze van het huwelijk (nieuwe art. 301, § 4 BW). Deze nieuwe duurtijd begint te lopen vanaf 1 september 2007 (art. 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet) voor alle lopende uitkeringen. Het vertrekpunt is niet de datum van het definitief worden van de (oude) echtscheiding maar 1 september 2007 (zie voor een toepassing Antwerpen 17 oktober 2007, *NJW* 2008, 359, noot G. VERSCHELDEN; het arrest is misleidend: hoewel het niet zo geformuleerd is, geeft het de indruk dat de (nieuwe) duur van de uitkering een aanvang neemt vanaf het definitief worden van de echtscheiding, terwijl dit moet zijn vanaf 1 september 2007).

Artikel 42, § 5 werd echter vernietigd door het arrest van 3 december 2008 van het Grondwettelijk Hof. Zie hierover *verder* de nrs. 930 en 941.

### c. Begroting van de uitkering en methodiek

**877** Zie hetgeen reeds hiervoor werd uiteengezet (*boven* nrs. 765-816).

De uitkering is niet beperkt tot 1/3de van de inkomsten van de schuldenaar en is onbeperkt veranderlijk.

Gelet op het zuiver alimentair karakter, kan de rechtspraak van het Arbitragehof er niet op uitgebreid worden (*boven* nr. 850).

Een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven moet verzekerd worden, niet met verwijzing naar artikel 301, § 1 BW, maar gelet op een ruime interpretatie van het gemeenrechtelijk behoeftenbegrip (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 295, nr. 454). Dit "verruimde" behoeftenbegrip is ook het basiscriterium geworden van de uitkering na een echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting (nieuw art. 301 BW, wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

## 2. Modaliteiten

**878** Er wordt verwezen naar hetgeen reeds werd uiteengezet onder de desbetreffende titels in het kader van de echtscheiding op grond van *gewone feitelijke scheiding* (*boven* nrs. 817-845).

Omwille van het zuiver alimentair karakter van de uitkering krachtens artikel 307 BW is een verzaking aan het recht op deze uitkering niet mogelijk. De uitkering kan noch minnelijk, noch op verzoek van de schuldenaar omgezet worden in een kapitaal.



**879** Overeenkomsten inzake de uitkering conform artikel 307 BW kunnen slechts gesloten worden voor zover ze niet ingaan tegen de dwingende principes die de uitkering beheersen.

T i j d e n s de echtscheidingsprocedure kan de beheerder *ad hoc* die de geesteszieke zonder beschermingsstatuut vertegenwoordigt, dergelijke overeenkomst sluiten mits homologatie ervan door de rechtbank.

Enkel wanneer de geesteszieke onder een wettelijk beschermingsstatuut staat (gerechtelijke onbekwaamverklaring of voorlopig bewind) kan diens vertegenwoordiger (voogd of voorlopige bewindvoerder) tijdens of na de echtscheidingsprocedure een overeenkomst omtrent de uitkering sluiten (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 295-296, nrs. 454-455).

In de rechtsleer en rechtspraak bestaat discussie over de vraag of een echtgenoot-verweerder vertegenwoordigd kan worden door de voorlopige bewindvoerder bedoeld in het door de wet van 18 juli 1991 (*BS* 26 juli 1991) ingevoerde artikel 488*bis*, a) BW (voor vertegenwoordiging door de voorlopige bewindvoerder: KG Luik 27 juni 1994, *JT* 1995, 85; *anders* Rb. Brussel 13 april 1999, *JT* 1999, 607; I. ANNE, “Overzicht van rechtspraak (1994-2002) – Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 BW)”, *EJ* 2002, 109, nr. 56).

### 3. Procedure

**880** De beheerder *ad hoc* is bevoegd tijdens de echtscheidingsprocedure een onderhoudsuitkering namens de geesteszieke te vorderen, de wettelijke vertegenwoordiger – zo er een is – is zowel tijdens als na de procedure bevoegd (J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 296, nr. 455; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 53 en de uitgebreide verwijzingen aldaar).

D. UITKERING NA ECHTSCHIEDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING (ART. 1288, EERSTE LID, 4° GER.W.)

#### 1. Grondslagen

##### a. Aard

**881** De grondslag tot deze uitkering wordt gevormd door artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W. dat herhaalde malen werd gewijzigd.

Artikel 1288 (art. 2 wet van 1 juli 1972 betreffende de rechtspleging inzake echtscheiding door onderlinge toestemming en scheiding van tafel en bed en haar gevolgen, *BS* 18 juli 1972):

“Zij zijn (...) ertoe gehouden hun overeenkomst omtrent de volgende punten bij geschrift vast te leggen (art. 27 wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994, inwerkingtreding 1 oktober 1994):

- 1° de verblijfplaats van elk van beide echtgenoten gedurende de proeftijd;
- 2° het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van de kinderen en het recht op persoonlijk contact zoals bedoeld in artikel 374, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek wat betreft de minderjarige ongehuwde en niet ontvoogde kinderen waarvan beide echtgenoten de ouders zijn, de kinderen die zij hebben geadopteerd en de kinderen van een van hen die de andere heeft geadopteerd, zowel gedurende de proeftijd als na de echtscheiding (art. 17 wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995, inwerkingtreding 3 juni 1995; art. 32 wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007, inwerking 1 september 2007);
- 3° de bijdrage van elk van beide echtgenoten in het levensonderhoud, de opvoeding en de passende opleiding van voornoemde kinderen, onverminderd de rechten hen door Hoofdstuk V van Titel V van Boek I van het Burgerlijk Wetboek toegekend (art. 27 wet van 30 juni 1994);
- 4° het bedrag van de eventuele uitkering te betalen door de ene echtgenoot aan de andere, gedurende de proeftijd en na de echtscheiding, 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 (art. 27 wet van 30 juni 1994).

Wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen), kunnen de beschikkingen bedoeld in het 2° en het 3° van het voorgaande lid na de echtscheiding worden herzien door de bevoegde rechter (art. 27 wet van 30 juni 1994; art. 11 wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding, *BS* 27 juni 1997, inwerkingtreding 7 juli 1997)”.

Dit artikel bestond al onder *Code civil des Français* (1804) als artikel 280 BW. Het werd tweemaal gewijzigd, eerst door de wet van 20 juli 1962 (*BS* 7 augustus 1962) en vervolgens door de wet van 8 april 1965 (*BS* 15 april 1965) en uiteindelijk opgeheven door de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek (*BS* 31 oktober 1967) om dan in dat wetboek opgenomen te worden als artikel 1288 Ger.W. Door de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007) werden kleine wijzigingen aangebracht in de tekst van 2°.

In 1804 (Vlaamse versie volgens de *Bulletin flamand*) zag de tekst van artikel 280 BW er als volgt uit: “Zy zullen insgelyks gehouden zyn schriftelyk te doen blyken van hunne conventie nopens de volgende dry punten:

- 1° Aen wie de kinderen, die uyt hun houwelyk gesproóten zyn, toevertrouwd zullen worden, 't zy geduerende den tyd der proeven, 't zy naer dat de egt-scheydinge zal uytgesproken zyn;
- 2° In wat huys de vrouwe zig zal moeten begeven en wonen ten tyde der proeven;
- 3° Welke somme den man zal moeten betaalen aen zyne vrouwe geduerende den zelve tyd, is 't dat zy geen genoegzaam inkomen heeft om te kunnen bestaen”.

Door artikel 6 van de wet van 20 juli 1962 betreffende de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed (*BS* 7 augustus 1962) werd de gelijkheid tussen man en vrouw ingevoerd en werden de leden 2° en 3° vervangen door:

“2° In welk huis elk van beide echtgenoten zal moeten verblijf houden gedurende de proeftijd;  
3° Welk bedrag een van de echtgenoten gedurende dezelfde tijd aan de andere zal moeten betalen, indien een van beiden geen voldoende inkomsten heeft om in zijn behoeften te voorzien”.

Door artikel 15, 1 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming (*BS* 15 april 1965), in werking getreden op 1 september 1966 (art. 100, art. 1 KB. 30 juni 1966 (*BS* 2 juli 1966)) werd lid 1° vervangen door:

“Aan wie hun gemeenschappelijke alsmede de door hen aangenomen kinderen toevertrouwd zullen worden, hetzij gedurende de proeftijd, hetzij na de echtscheiding”.

Zowel een regeling voor de hulpplicht tijdens de proeftijd als de uitkering na de echtscheiding wordt volgens de bepaling van de wet vereist. De enige grondslag daartoe is de overeenkomst tussen de echtgenoten.

Volgens H. CASMAN blijven de echtgenoten tijdens de procedure nog een verhaal behouden op basis van artikel 213 BW indien zou blijken dat hetgeen overeengekomen werd één van hen in een toestand van behoeftigheid plaatst (H. CASMAN, *Notariëel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 425, nr. 1060).

P. SENAËVE daarentegen stelt dat de regeling tijdens de procedure de enige hypothese is waarin de echtgenoten zonder enige beperking een conventionele regeling kunnen treffen omtrent de hulp- en bijdrageplicht die binnen het huwelijk bestaat (P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 726, nr. 1980).

– Conventioneel karakter

**882** De uitkering heeft voor de periode na de echtscheiding geen alimentair, maar een zuiver conventioneel karakter. De regels van het verbintenissenrecht zijn hier volledig van toepassing (Titel III van Boek III BW, “Contracten of verbintenissen uit overeenkomsten in het algemeen” (art. 1101-1369 BW) (Cass. 4 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 263; Cass. 21 juni 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 1054, *T.Not.* 1992, 26, noot A. VERBEKE, “De bindende kracht van de overeenkomst over de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” en *RW* 1991-92, 547; zie ook F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 96, nrs. 57-62; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2055, nrs. 608-609).

Dit heeft voor gevolg dat de overeengekomen uitkering in principe onveranderlijk is.

**883** In een arrest van 2 juli 2003 stelt het Arbitragehof dat het feit dat een onderhoudsuitkering vastgesteld in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, niet kan gewijzigd worden dan in gemeen akkoord tussen partijen of conform de gemeenrechtelijke regels van het verbintissenrecht, niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 Gw. zulks in vergelijking met de onderhoudsbijdragen voor de kinderen die in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming wel (onder bepaalde voorwaarden) kunnen gewijzigd worden en de wijzigbaarheid van de uitkeringen tussen echtgenoten bepaald na echtscheiding op grond van bepaalde feiten (art. 301 BW) en na echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding (art. 307bis BW). De niet-discriminatie vindt haar finaliteit, volgens het Hof, in het onderscheid tussen het conventioneel karakter enerzijds en het wettelijk karakter anderzijds van de betrokken onderhoudsverplichtingen (Arbitragehof 2 juli 2003, nr. 96/2003, *RTDF* 2004, 99).

Willen de partijen aan de voormelde onveranderlijkheid ontsnappen, dan dienen zij in de familierechtelijke overeenkomst clausules in te bouwen voor mogelijke wijzigingen in de toestand van de uitkeringsgerechtigde of -plichtige.

De regel van de onveranderlijkheid houdt in dat de overeengekomen uitkering in beginsel niet door de rechter op eenzijdig verzoek van één van de echtgenoten kan gewijzigd worden.

Verder is er geen beletsel dat zij in gemeen overleg niet alleen tijdens de echtscheidingsprocedure, maar ook daarna, een nieuwe overeenkomst zouden sluiten. In het eerste geval kan dit uiteraard slechts mits voorlegging ervan aan de voorzitter bij de eerstvolgende verschijning, en mits bewijs van nieuwe en onvoorziene omstandigheden (*verder* nr. 897).

Indien geen beding daartoe in de oorspronkelijke overeenkomst werd opgenomen of geen wijzigende overeenkomst werd gesloten, kan de uitkeringsplichtige geen vermindering van de uitkering bekomen, zelfs al is zijn financiële toestand aanzienlijk verslechterd.

Indien de overeenkomst niet bepaalt dat de voorziene bijdrage zal wegvallen in geval van hertrouw dan kan de rechter deze voorwaarde niet toevoegen bij wijze van interpretatie. Zo ook kan uit de clausule dat de uitkering niet meer verschuldigd is indien de uitkeringsgerechtigde hertrouwt, niet afgeleid worden dat dit ook het geval is bij concubinaat (Vred. Westerlo 1 september 2000, *RW* 2002-03, 513 en *T.Not.* 2002, 570).

Indien partijen overeenkwamen dat in geval van concubinaat het recht op een onderhoudsuitkering vervalt, dan mag daaruit niet afgeleid worden dat dit recht slechts wordt opgeschort voor de duur van het concubinaat (Rb. Nijvel 28 juni 1996, *RTDF* 1997, 626).

Indien zij overeenkwamen dat bij hertrouw de uitkering vervalt dan kan de uitkeringsplichtige rechtsgeldig afstand doen van deze ontbindende voorwaarde zulks overeenkomstig de algemene beginselen inzake het verbintissenrecht (Vred. Meise 30 mei 2002, *RW* 2002-03, 434).

Wanneer werd voorzien in een onvoorwaardelijk verval van de uitkering in geval van een nieuwe vaste relatie van één der ex-echtgenoten, dan is voor dit verval geenszins vereist dat de relatie aan de uitkeringsgerechtigde een economisch of financieel voordeel oplevert. Wordt er aangetoond dat de relatie een zekere bestendigheid vertoont, dan is er voldaan aan de voormelde voorwaarde (Brussel 14 december 2000, *EJ* 2002, 36 noot F. BUYSSENS; zie m.b.t. het begrip “bestendig samenwonen” Luik 14 december 2006, *JT* 2007, 603 en *JLMB* 2007, 1594).

De echtgenoten zijn niet verplicht om een uitkering te bedingen. Indien niets omtrent een uitkering wordt vermeld, volgt daaruit logisch dat er niet in een uitkering werd voorzien (Gent 28 juni 1991, *T.Not.* 1991, 386). Het is nochtans nuttig dat de overeenkomst dit uitdrukkelijk bepaalt, teneinde betwistingen daaromtrent te voorkomen.

#### -- Interpretatie

**884** Bestaat er toch aanleiding tot interpretatie, dan is artikel 1162 BW belangrijk, dat stelt dat in geval van twijfel de overeenkomst wordt uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft.

Inzake alimentatieverplichtingen is het echter niet altijd duidelijk wie zich verbonden heeft.

Zo oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 23 juni 1983 dat diegene die zich verbonden heeft en zich bijgevolg op de werking van artikel 1162 BW kan beroepen, diegene is die zich een clause moet laten tegenstellen, op basis waarvan onderhoudsuitkeringen moeten gekoppeld worden aan het inkomen van de onderhoudsschuldenaar (Cass. 23 juni 1983, *RW* 1983-84, 271 en *JT* 1983, 521).

Toegepast op een index clause die niet preciseert of de consumptie-index wordt bedoeld dan wel de gezondheidsindex, geeft dit als resultaat dat de consumptie-index moet worden toegepast. Immers de gezondheidsindex is minder gunstig voor de alimentatiegerechtigde zodat het in de voormelde optiek deze partij is die zich zou verbonden hebben tot een verlichting van de alimentatieplicht, terwijl de andere partij, de alimentatieplichtige, de voor hem meer gunstige regeling bedongen heeft (Vred. Waver 12 november 1998, *Div.Act.* 1999, 30).

Sommige rechtspraak acht wijziging nochtans mogelijk in geval van overmacht, onvoorzienbaarheid, het uitstel van betaling, verrijking zonder oorzaak of rechtsmisbruik, of op grond van uitvoering te goeder trouw en de billijkheid (art. 1134, tweede al. en art. 1135 BW; G. BAETEMAN, *Overzicht van het Personen- en Gezinsrecht*, vierde volledige herwerkte druk, Antwerpen,

Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 539 en de verwijzingen aldaar). Zie meer uitgebreid *verder* nr. 901.

Gelet op het voorgaande is het dus van belang uitdrukkelijke en nauwkeurige herzienings- en uitdovingsbedingen op te nemen. Weliswaar werd met de nieuwe Echtscheidingswet van 27 april 2007 (*BS* 7 juni 2007) de principiële wijzigbaarheid ingevoerd (art. 301, § 7 BW), uitgezonderd indien partijen het tegenovergestelde overeenkwamen, doch dit belet niet dat wijzigingsbedingen hun nut behouden.

De aandacht van de echtgenoten wordt hierop wel in het bijzonder getrokken door artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W.

**885** De volgende casus vormt een interessante toepassing door het hof van beroep te Brussel van de interpretatie van de draagwijdte van een beding in de voorafgaande overeenkomsten (Brussel 18 april 2007, *NJW* 2007, 518, noot G. VERSCHELDEN).

In de overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming zijn de echtgenoten uitdrukkelijk overeengekomen dat de vrouw die thans werkte als bediende in de bvba waarvan haar echtgenoot-zaakvoerder en enig aandeelhouder was, zal mogen blijven werken in dienstverband met een bediendecontract en dit tot ze de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt.

In deze overeenkomst werd ook bepaald dat tussen partijen geen onderhoudsgeld verschuldigd is. Wanneer de echtgenoot de beslissing nam om zich uit de bvba terug te trekken door zijn aandelen te verkopen en een einde werd gesteld aan de arbeidsovereenkomst met zijn ex-echtgenote om de bvba vrij van alle lasten te kunnen verkopen, is hij de verbintenis die hij had aangegaan om zijn ex-echtgenote een inkomen te verzekeren gelijk aan het inkomen dat zij verwierf als bediende van de bvba niet meer nagekomen.

De *s c h a d e* is gelijk aan het verschil tussen het inkomen dat zij zou hebben verworven indien haar echtgenoot zijn verbintenis zou zijn nagekomen en het inkomen dat zij sinds de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft ontvangen.

Opmerkelijk is dat ondanks de duidelijke bewoordingen van het kwestieuze beding in de voorafgaande overeenkomst, het hof toch een beroep gedaan heeft op de regels betreffende de interpretatie van overeenkomsten (art. 1156 BW), om de verbintenis van de ex-echtgenoot te kunnen (her)kwalificeren als een verbintenis om zijn ex-echtgenote een inkomen te kunnen garanderen dat gelijk is aan het inkomen dat zij verdiende als bediende van de bvba. Deze omweg was niet nodig geweest wanneer de echtgenoten de gevolgen van de schending van deze verbintenis duidelijk in hun voorafgaande overeenkomst hadden vastgesteld.

Nog een toepassing van artikel 1156 BW wordt gemaakt door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (in graad van hoger beroep) om een overeenkomst te interpreteren waarbij bedongen was dat de uitkering tot onderhoud zou lopen totdat de vrouw de wettelijke pensioengerechtigde leeftijd van 60 jaar zou hebben bereikt, terwijl deze leeftijd intussen wettelijk opgetrokken was tot 65 jaar. De rechtbank gaf de voorkeur aan de bedoeling van de partijen (65 jaar) boven de letterlijke betekenis van de gebruikte bewoording (Rb. Brussel 2 november 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 198).

– Leer van de wilsgebreken

**886** Vermits de uitkering een uitsluitend conventioneel en geen alimentair karakter heeft, wordt ze beheerst door de titel die haar heeft vastgesteld en door de gevolgen die het verbintennisrecht daaraan vastknoopt.

In een belangrijk arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 2000 wordt dit standpunt bevestigd, doch wordt op basis van de leer van de wilsgebreken het principe van de onveranderlijkheid van de voorafgaande overeenkomsten verworpen (Cass. 16 juni 2000, *JLMB* 2000, 1769, *RW* 2000-01, 238, noot W. PINTENS, *TBBR* 2000, 652, noot F. BUYSSENS en Y.-H. LELEU, *T.Not.* 2000, 526, *Div.Act.* 2001, 163, *EJ* 2001, 31 en *RTDF* 2001, 653; H. CASMAN, "Fraus corrumpit sed non omnia corrumpit en matière de divorce par consentement mutuel" (noot onder Cass. 16 juni 2000), *RCJB* 2002, 406; A.-C. VAN GYSEL, "La pension après divorce et son annulation pour dol dans le cadre du divorce par consentement mutuel", *Div.Act.* 2001, 170-174; deze auteur deelt niet de mening van de andere auteurs en bekritiseert het standpunt gehuldigd door het Hof van Cassatie. Hij baseert zich daarvoor op de beperkte onderzoeksmacht van de echtscheidingsrechter en de ondeelbaarheid van de voorafgaande overeenkomsten zo onderling als ten opzichte van de echtscheiding zelf; P. SENAËVE, "De nietigverklaring van een beding van een overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming na de ontbinding van het huwelijk", *EJ* 2001, 26-31).

In dit arrest dat betrekking had op het verzwijgen door de vrouw van haar relatie met een andere man en diens biologisch vaderschap van haar kind, wordt geoordeeld dat de clause over de uitkering voor de ex-echtgenote mag worden vernietigd op grond van bedrog en wordt er nog aan toegevoegd dat uit de aard van het instituut echtscheiding volgt dat de nietigheid van het beding bedoeld in artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W. de echtscheiding zelf niet kan aantasten.

Dit cassatiearrest is belangrijk omdat de meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak juist het tegenovergestelde standpunt innam: terugkomen op de regelingsakte of de familierechtelijke overeenkomst is uitgesloten omdat dit een terugkomen is op de toestemming tot echtscheiding en dus op de echtscheiding zelf.

Het hof verbreekt dus de band tussen de echtscheiding en de voorafgaande overeenkomsten. Noch de nietigheid van een beding, noch de nietigheid van de hele overeenkomst kunnen de nietigverklaring van de echtscheiding voor gevolg hebben.

De vraag blijft of, naast de regelingsakte en de onderhoudsbijdrage voor de gewezen echtgenote, ook de onderhoudsbijdrage voor de kinderen, die wordt gehomologeerd in het echtscheidingsvonnis, kan worden aangevochten op grond van dwaling, geweld of bedrog.

Het arrest lost ook de vraag niet op naar de ondeelbaarheid van de voorafgaande overeenkomsten. M.a.w. kan één onderdeel van de regelingsakte nietigverklaard worden op grond van bv. bedrog zonder dat de geldigheid van de andere bedingen (uit de regelingsakte én de familierechtelijke overeenkomst) in het gedrang gebracht wordt?

Het antwoord op deze vraag moet volgens F. BUYSSENS gezocht worden in de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen: in de mate waarin de afspraak over een bepaald punt geen onderdeel uitmaakt van een groter geheel, zou het

theoretisch mogelijk zijn om alleen deze afspraak nietig te verklaren zonder implicaties voor de rest van de overeenkomst (F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak (1994-2000), Echtscheiding door onderlinge toestemming", *EJ* 2001, 73 en de verwijzingen aldaar).

Hierbij dient echter onmiddellijk de kanttekening gemaakt te worden dat dit volgens deze auteur t.a.v. de regeling der wederzijdse rechten op zich (art. 1287 Ger.W.) nagenoeg uitgesloten lijkt. Waar de echtgenoten doorgaans alle afspraken met vermogensrechtelijke implicaties (d.w.z. zowel de regelingsakte, als de uitkering tussen echtgenoten, art. 1288, eerste lid, 4° Ger.W.) als één geheel beschouwen, geldt dit *a fortiori* voor de verschillende bestanddelen van de regelingsakte, zodat het afsplitsen van één onderdeel *de facto* als onmogelijk beschouwd moet worden.

Het beding in de voorafgaande overeenkomst, waarbij de ene echtgenoot zich verbindt aan de andere een onderhoudsuitkering te betalen, is tegenstelbaar aan derden, maar kan ook door deze derden op grond van bedrog bestreden worden (Arbh. Luik (afd. Namen) 3 maart 1998, *Soc.Kron.* 1998, 342, noot H. FUNCK).

**887** Met betrekking tot het al dan niet aanwezig zijn van de vrije wil van de betrokkene, oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat een crisistoestand, zoals te dezen een depressie ten gevolge van een echtscheiding, weliswaar het handelen en denken beïnvloedt van een persoon, maar niet impliceert dat de betrokkene beroofd is van de vrije wil die vereist is om geldig een overeenkomst te sluiten, temeer daar de overeenkomst *in casu* werd voorafgegaan door onderhandelingen, waarbij de betrokkene werd bijgestaan door een advocaat (Antwerpen (3de kamer) 11 februari 2004, *RW* 2006-07, 604).

De aanwezigheid van bedrog in hoofde van een van de echtgenoten waardoor de andere misleid wordt in zijn beslissing om tot een akkoord te komen, kan volgens bepaalde rechtspraak ook aanleiding zijn om het buitengewoon rechtsmiddel van de herroeping van gewijsde aan te wenden (art. 1132 Ger.W. e.v.).

Voorwaarde is dan wel dat met alle middelen van recht bewezen wordt dat er bedrog is geweest met betrekking tot een feit dat een doorslaggevende betekenis had voor de misleide echtgenoot om zijn akkoord te geven voor de echtscheiding door onderlinge toestemming en de voorwaarden daaraan verbonden. Verder moet dit doorslaggevende feit reeds bestaan op het ogenblik van het ondertekenen van de voorafgaande overeenkomsten en minstens op het ogenblik van het vonnis van echtscheiding.

Hoger beroep tegen een vonnis dat zich uitspreekt over het middel van de herroeping van gewijsde is niet ontvankelijk om reden dat hoger beroep tegen het vonnis van echtscheiding zelf ook niet ontvankelijk is (Brussel 22 november 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 143, noot A.-C. VAN GYSEL en *NJW* 2008, 557, noot G. VERSCHULDEN).



## – Tegenstelbaarheid aan het OCMW

**888** Wat het OCMW betreft, gelden er sinds de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002) die de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum (*BS* 18 september 1974) vervangt, bijzondere bepalingen m.b.t. de tegenstelbaarheid (A. RUPPOL, “Le droit à l’intégration sociale et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel”, *Div.Act.* 2004, 70).

De overeenkomsten m.b.t. de uitkeringen tot levensonderhoud zijn niet tegenstelbaar aan het OCMW en dit zowel op het vlak van de toekenning van de prestaties in het kader van de maatschappelijke integratie (art. 4, § 2 van de wet) als van de terugvordering van het leefloon door het OCMW lastens de onderhoudsplichtigen waaronder de echtgenoot, resp. ex-echtgenoot (art. 26 van de Wet Maatschappelijke Integratie).

Onderhoudsuitkeringen (of het niet-verschuldigd zijn ervan) ingevolge een echtscheiding door onderlinge toestemming worden dus anders behandeld dan deze opgelegd in een uitvoerbare gerechtelijke beslissing want in dit laatste geval is de terugvordering beperkt tot het bedrag dat de rechter bepaalde (art. 49 KB van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 juli 2002).

Uitkeringen tussen echtgenoten in het kader van echtscheiding door onderlinge toestemming zijn louter conventioneel en worden niet door de rechter bepaald. De rechter homologeert enkel de overeenkomsten m.b.t. de kinderen.

Gelukkig is er het cassatiearrest van 17 december 1990 dat stelt dat de alimentatieplichtige lastens wie het OCMW conform haar eigen recht, een verhaal instelt, alle excepties kan laten gelden die hij tegen de onderhoudsgerechtigde had kunnen opwerpen over de betrokken periode (Cass. 17 december 1990, *RW* 1990-91, 1173 en *JLMB* 1991, 372).

Ook op procedureel vlak heeft het eigen recht van het OCMW een zekere impact. Aangezien het geen onderhoudsvordering is, is de vrederechter niet exclusief bevoegd, op grond van artikel 591, 7° Ger.W., doch bepaalt artikel 590 Ger.W., op grond van de waarde van de vordering, welke rechtsmacht in eerste aanleg over de verhaalsvordering uitspraak zal doen (I. ANNE, “Alimentaire rangorde, gezinslasten van de onderhoudsgerechtigde en tussenkomst OCMW” (noot onder Vred. Oostende 12 juni 1997), *T.Vred.* 2001, 261; D. SIMOENS, noot onder Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1531). Het zijn dus de gemeenrechtelijke bevoegdheidsregels die van toepassing zijn (Cass. 17 september 1982, *RW* 1983-84, 386).

Krachtens artikel 580, 8°, d) Ger.W. is de arbeidsrechtbank echter bevoegd betreffende geschillen die bestaan omtrent de terugvordering vanwege de gerechtigde van de verstrekte financiële steun.

Het OCMW bepaalt de territoriaal bevoegde rechtbank aan de hand van ofwel de woonplaats van de persoon waartegen verhaal wordt uitgeoefend (art. 624, 1° Ger.W.), ofwel op grond van de plaats waar de verbintenis is ontstaan, waarover de betwisting handelt, met name de plaats waar de maatschappelijke dienstverlening is verstrekt (art. 624, 2° Ger.W.; D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nrs. 1144-1148).

Betwistingen over de toekenning, herziening, weigering of terugbetaling van prestaties van maatschappelijke dienstverlening, opgeworpen door de wettelijke onderhoudsplichtigen die aldus gericht zijn tegen het OCMW, vallen niet onder de bevoegdheid *ratione materiae* van de arbeidsrechtbank (art. 580, 8°, d) Ger.W.).

#### b. Geldingsduur van de uitkering

**889** Vermits de uitkering louter conventioneel is, heeft zij noch een indemnitaire, noch een alimentair karakter. Er zijn geen andere oorzaken tot beëindiging van de uitkeringsplicht dan degene die conventioneel werden bepaald, tenzij in geval van overlijden van de uitkeringsgerechtigde.

De uitkering is niet actief overdraagbaar, d.w.z. dat ze niet overgaat op de erfgenamen van de uitkeringsgerechtigde.

Daarnaast is het van belang de gevolgen van het overlijden van de uitkeringsplichtige te regelen. Is er niets overeengekomen, dan wordt de uitkering immers een last van diens nalatenschap (Cass. 4 november 1976, *JT* 1977, 150).

**890** Zij is passief overdraagbaar. De uitkeringsplichtige wordt geacht niet alleen voor zichzelf te hebben bedongen maar tevens voor zijn erfgenamen en rechtsverkrijgenden, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk bepaald is of uit de aard van de overeenkomst voortvloeit (art. 1122 BW).

Het is dus van belang te stipuleren dat de uitkering niet meer zal verschuldigd zijn na het overlijden van de uitkeringsplichtige. Een dergelijke clausule valt niet onder toepassing van artikel 1130 BW (beding omtrent een niet-opegevallen nalatenschap).

Eenzijds is het beding geen overeenkomst over een toekomstige nalatenschap, vermits elkeen uitsluitend voor zichzelf kan bedingen (art. 1122 BW). Het is niets meer dan de bevestiging van een wettelijke regeling.

Anderzijds houdt het beding geen afstand van een niet-opegevallen nalatenschap in. Het wordt immers gesloten onder de opschortende voorwaarde van het tot stand komen van de echtscheiding en uit de echtgescheiden echtgenoten bezitten geen rechten op elkaars erfenis.

Het voormelde principe van *passieve overdraagbaarheid* kan ook worden uitgehold door een beding dat voorziet in een graduele vermindering van de uitkering afhankelijk van een percentsgewijze uitgedrukte daling van het netto-inkomen van de uitkeringsplichtige om redenen vreemd aan zijn wil. Immers na zijn overlijden is zijn inkomen gedaald tot nul met als gevolg dat ook de uitkering niet meer verschuldigd is (Antwerpen 8 januari 2003, *NJW* 2003, 1224 noot R. DE CORTE).

Niet voor interpretatie vatbaar is het beding dat aan de gewezen echtgenote alimentatie verschuldigd is “tot op het ogenblik dat zij inkomsten uit arbeid of werkloosheidsvergoeding zal ontvangen” (Gent 23 februari 1993, *RW* 1992-93, 1408).

Wanneer een beding is opgenomen luidens hetwelk de uitkering vervalt wanneer de gewezen echtgenote “een tweede huwelijk aangaat of wanneer zij gaat samenwonen in een feitelijke man-vrouw relatie” kan de rechtbank uit een aantal feitelijke gegevens afleiden dat er sprake is van een samenwonen met een zekere duurzaamheid, ook al verblijven de betrokkenen niet dagelijks onder één dak (Rb. Hasselt 22 september 1997, *Limb.Rechtsl.* 1998, 31).

**891** Indien de overeenkomst bepaalt dat de uitkering vervalt in geval van nieuw huwelijk of samenwoning, kan hieruit niet worden afgeleid dat de uitkering zal *h e r l e v e n* in geval de nieuwe relatie ten einde komt (Rb. Nijvel 28 juni 1996, *RTDF* 1997, 626).

De overeenstemmende vaststellingen van een detective en een gerechtsdeurwaarder omtrent het meermaals doorbrengen van de nacht in de woning van de nieuwe partner werden als bewijs weerhouden voor het bestaan van een nieuwe vaste relatie (aangehaald door F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000), Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 97, nr. 59; zie voor een toepassingsgeval Vred. Doornik 22 mei 2007, *RTDF* 2008, 500).

Volgens het hof van beroep te Brussel kan de draagwijdte van een vervalclausule, die enkel spreekt over een “nieuwe relatie” zonder meer, niet door de rechter beperkt worden door hierbij te veronderstellen dat de nieuwe relatie ook een “economisch voordeel” moet meebrengen (Brussel 14 december 2000, aangehaald door F. BUYSSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000), Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 97, nr. 59).

Zo ook mag een bedongen beëindiging bij hertrouwen van de gewezen echtgenote niet gelijkgeschakeld worden met een duurzaam buitenhuwelijks samenwonen met een andere man (Vred. Westerlo 1 september 2000, *RW* 2002-03, 513 en *T.Not.* 2002, 570).

De term *d u u r z a a m s a m e n l e v e n* in de voorafgaande overeenkomsten aan een echtscheiding door onderlinge toestemming met vermelding “bij duurzaam samenleven vervalt het onderhoudsgeld”, betekent niet noodzakelijk dat er een gemeenschappelijke domicilie moet bestaan, maar wel dat er een gemeenschappelijke huishouding en financiële afspraken bestaan. Een relatie die slechts 1 ½ jaar heeft geduurd valt niet onder “duurzaam samenleven” (Vred. Izegem 7 september 2005, *TGR-TWVR* 2006, 223, noot F. MOEYKENS; zie m.b.t. het begrip “bestendig samenwonen” en de criteria die daarvoor moeten aanwezig zijn: Luik 14 december 2006, *JT* 2007, 603 en *JLMB* 2007, 1594).

**892** De uitkering kan:

- beperkt worden in de tijd, bijvoorbeeld tot aan de pensioengerechtigde leeftijd van de uitkeringsplichtige of van een uitkeringsgerechtigde, in dit laatste geval eventueel rekening houdend met het pensioen van echtgescheiden echtgenoot;
- variabel zijn (bv. aflopen in de tijd of afhankelijk zijn van een bepaald minimumberoepsinkomen van de uitkeringsgerechtigde; onduidelijk is een beding tot herziening van het bedrag van de uitkering “in functie van de evolutie van de toestand van de partijen” (Rb. Brussel 25 september 1996, *JT* 1997, 257);
- voorwaardelijk zijn (bv. afhankelijk van het hertrouwen of in gezinsverband leven van de uitkeringsgerechtigde, of het ontvangen van een erfenis of schenking boven een bepaald bedrag).

## c. Begroting van de uitkering

**893** Partijen dienen zelf het bedrag van de uitkering te begroten. Zo ook de wijze van uitbetaling en onder meer het netto- of brutokarakter van de uitkering.

Het zuiver conventioneel karakter van de uitkering tussen echtgenoten brengt ook mee dat op de inhoud van de afspraak in principe geen rechterlijke controle uitgeoefend wordt.

Partijen mogen de begroting niet overlaten aan de rechtbank (Cass. 2 februari 1989, *JT* 1989, 354).

## 2. Modaliteiten

## a. Indexatie

**894** Indexering is slechts mogelijk indien daarin in de overeenkomst werd voorzien. Is dit niet in de overeenkomst geregeld dan is ze later alleen nog mogelijk mits gemeen akkoord van beide partijen.

In een geval waarbij wel voorzien was in een indexatie doch zonder precisering of dit nu de consumptie- dan wel de gezondheidsindex was, oordeelde de vrederechter van Waver dat dit de consumptie-index was. Hij verwijst hierbij onder meer naar de consumptie-index die van toepassing is inzake artikel 301 BW en het feit dat de wetgever bij het invoeren van de gezondheidsindex niet de bedoeling had de matiging van alle inkomsten te viseren en aldus niet deze uit alimentatie (Vred. Waver 12 november 1998, *Div.act.* 1999, 30).

**895** J. GERLO stelt de vraag of de echtgenoten, gelet op de libellering van artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W. na de wet van 30 juni 1994, nu verplicht zijn indexatie- of herzieningsclausules op te nemen, of ertoe gehouden zijn expliciet te vermelden dat zij geen indexatie of wijziging van hun onderlinge bijdrage wensen. Volgens deze auteur is dit duidelijk niet de bedoeling (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak Personen- en Familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 2055, nr. 608).

b. Beperking in de tijd

**896** Er wordt verwezen naar hetgeen hierover werd uiteengezet *boven* nrs. 889-892.

c. Wijzigbaarheid

– Tijdens de procedure

**897** Wijziging is mogelijk in geval van nieuwe en onvoorziene omstandigheden en indien beide partijen het daarover eens zijn.

De wijzigende overeenkomst zal dan bij de eerstvolgende verschijning aan de voorzitter moeten voorgelegd worden, middels een gezamenlijk verzoekschrift (art. 1293, eerste lid Ger.W.).

Hoewel niet uitdrukkelijk bepaald, beoogt deze regeling enkel wijzigingen tussen de eerste en tweede verschijning.

Voor wijzigingen die de echtgenoten wensen aan te brengen na de neerlegging van het verzoekschrift, maar vóór de eerste verschijning, dient geen bewijs van nieuwe en onvoorziebare omstandigheden te worden geleverd (Rb. Turnhout 2 februari 2006, *RW* 2006-07, 1092, noot; vgl. met een wijziging na de eerste verschijning, Rb. Turnhout 12 januari 2006, *RW* 2006-07, 1091, noot; F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 138, nr. 204 en de verwijzingen aldaar).

**898** Gelet op het restrictieve karakter van de in artikel 1293 Ger.W. vervatte voorwaarden bestaat het gevaar voor tegenbrieven.

Voor echtgenoten die om opportuniteitsredenen of in geval van slordigheid bij de redactie, na de eerste verschijning hun familierechtelijke overeenkomst wensen aan te passen, maar de echtscheidingsprocedure niet willen herbeginnen, is een geheime tegenbrief vaak een verleidelijk “redmiddel” (F. BUYSSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, nr. 205).

Deze is door nietigheid aangetast. Sommige rechtsleer tracht dit te temperen en stelt dat de geheime tegenbrief na de echtscheiding enkel nog de private belangen van de partijen betreft, zodat niets zich tegen een bevestiging ervan verzet (Luik 17 januari 2001, *JLMB* 2002, 637; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 297, nr. 497 en de verwijzingen aldaar; F. BUYSSENS, “Tegenbrieven bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Rb. Brussel

11 september 1992), *Not.Fisc.M.* 1995, 25; C. COUQUELET, “Validité des contre-lettres aux conventions préalables à divorce par consentement mutuel et responsabilité professionnelle du notaire” (noot onder Brussel 9 mei 1997), *TBBR* 1998, 223-225, nr. 5).

In een arrest van 9 mei 1997 oordeelde het hof van beroep te Brussel dat nietig is, een tegenbrief in strijd met de voorafgaande overeenkomsten die werd geschreven tijdens de procedure van echtscheiding bij onderlinge toestemming omdat die een inbreuk uitmaakt op het beginsel van de onveranderlijkheid van de voorafgaande overeenkomsten. Die tegenbrief kan echter worden bevestigd na de overschrijving van de echtscheiding, indien de partijen die vrijwillig uitvoeren, al was het gedeeltelijk (Brussel 9 mei 1997, *TBBR* 1998, 218, noot C. COUQUELET; zie ook Gent 13 april 2001, *T.Not.* 2001, 675).

Het Hof van Cassatie neemt een strenger standpunt in. Geheime afspraken tussen de echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming, met miskenning van de strikte regels tot wijziging van de aan de procedure voorafgaande overeenkomsten, zijn absoluut nietig en komen daarom niet voor bevestiging in aanmerking, ook niet nadat de echtscheiding definitief is (Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSSELMANS en *Div.Act.* 2007, 65, noot S. MOSSELMANS).

Deze redenering dient te worden bijgetreden daar absoluut nietige rechthandelingen nooit voorwerp kunnen uitmaken van bevestiging. Wanneer de rechtshandeling wegens strijdigheid met de openbare orde absoluut nietig is, kan de partij, die de gedwongen uitvoering ervan na de echtscheiding nastreeft, zich hierop onmogelijk beroepen, ook al werd hieraan door de andere partij vrijwillig gevolg gegeven (S. MOSSELMANS, “Bestendigheid van de huwelijksvoorwaarden” (noot onder Cass. 15 mei 2006), *TBBR* 2007, 30).

Dit neemt echter niet weg dat de gewezen echtgenoten, nadat hun huwelijk ontbonden werd ingevolge de echtscheiding door onderlinge toestemming, nieuwe onderhandelingen kunnen voeren, die leiden tot een nieuwe, aan de regelingsakte en familierechtelijke overeenkomst afwijkende, regeling, waarvan normaliter een nieuw *instrumentum* wordt opgesteld. Deze nieuwe wils-overeenstemming kan daarentegen wel het voorwerp uitmaken van een vordering tot het bekomen van een uitvoerbare titel.

**899** De notaris die nalaat de aandacht van de partijen te vestigen op de nietigheid van de tegenbrief en op de moeilijkheden waarmee uitvoering ervan gepaard kan gaan, schiet te kort in zijn plicht van voorlichting.

In het onderhavig geval kwam zijn verantwoordelijkheid niet in het gedrang, omdat niet kon worden uitgemaakt of er een oorzakelijk verband bestond tussen zijn fout en de schade geleden door één van de ex-echtgenoten (zie *boven* het arrest van 9 mei 1997 van het hof van beroep te Brussel, *TBBR* 1998, 218, noot C. COUQUELET).

In dezelfde zin oordeelde de vrederechter van Verviers met betrekking tot de bijdrage in de kosten van het onderhoud en opvoeding van de kinderen (Vred. Verviers 28 februari 1997, *JLMB* 1997, 1588).

– Na echtscheiding

i. Wijzigingen in gemeen akkoord

**900** Na het definitief worden van de echtscheiding, bestaat er geen enkel beletsel dat de ex-echtgenoten met wederzijdse toestemming hun overeenkomsten zouden wijzigen (art. 1134, tweede lid BW).

ii. Eenzijdige wijzigingen

**901** Het beginsel van de principiële onveranderlijkheid werd door de wetgever nog steviger verankerd in de wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (*BS* 21 juli 1994) dan voordien het geval was. Indien de echtgenoten indexatie-, herzienings- of uitdovingsmogelijkheden wensen, dienen zij in hun overeenkomst de formule op te nemen voor de eventuele aanpassing van de uitkering aan de kosten van levensonderhoud, alsook de omstandigheden waaronder dit bedrag na echtscheiding kan worden herzien en de nadere bepalingen ter zake (art. 1288, eerste lid, 4° Ger.W.; aldus kan verwezen worden naar een gelijkaardige wijzigingsmogelijkheid zoals bepaald in art. 301, § 3 (oud) BW: Vred. Gent 25 juni 1999, *TGR* 2000, 225).

Weliswaar werd met de nieuwe Echtscheidingswet van 27 april 2007 (*BS* 7 juni 2007) de principiële wijzigbaarheid ingevoerd (art. 301, § 7 BW) uitgezonderd indien partijen het tegenovergestelde overeenkwamen, doch dit belet niet dat ook voor overeenkomsten die onder toepassing van de nieuwe wet vallen, wijzigingsbedingen hun nut behouden.

Vermits de uitkering een uitsluitend conventioneel en geen alimentair karakter heeft, wordt ze beheerst door de titel die haar heeft vastgesteld en door de gevolgen die het verbintenissenrecht daaraan vastknoopt. Het Arbitragehof ziet hierin geen discriminatie t.o.v. de wijzigingsmogelijkheden die bepaald zijn in geval van toepassing van artikel 301 BW en artikel 307bis BW (Arbitragehof 2 juli 2003, nr. 96/2003, *RTDF* 2004, 99; zie *boven* nr. 883).

**902** Pogingen om deze harde regel van onveranderlijkheid te doorbreken, kenden weinig succes. Zeldzaam waren de beslissingen die een middel tot wijziging vonden in onder meer (zie voor een meer gedetailleerde bespreking van deze middelen: W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 320-325; C. JONCKERS, “De onwijzigbaarheid van de uitkering tussen echtgenoten na EOT: Vaststaand feit of verleden tijd?” (noot onder Vred. Gent 4 december 2000), *AJT* 2001-02, 54-62; F. BUYSENS, “De wijzigbaarheid van de uitkering tussen echtgenoten na EOT” (noot onder Brussel 14 december 2000), *EJ* 2002, 39; voor verdere lectuur wordt nog verwezen naar o.m.: F. APS, “Aanpassing van de uitkering tussen gewezen echtgenoten en inkomstendelegatie na E.O.T.”, *Not.Fisc.M.*

1992, 303-309; G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 523-546; F. BUYSENS, “De echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 245-385; F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 96; F. BUYSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 139-148, nrs. 207-218; W. PINTENS, “Het verval van de uitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Vred. Borgerhout 16 januari 1992), *T.Vred.* 1994, 129-133; A. VERBEKE, “De bindende kracht van de overeenkomst over de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Cass. 21 juni 1991), *T.Not.* 1992, 258-266):

- een wilsgebrek;
- de interpretatie van de overeenkomst (art. 1156 en 1164 BW);
- de imprevisieel (de leer van de onvoorziene omstandigheden; Cass. 20 april 2006, *EJ* 2006, 100, noot C. AERTS, *RTDF* 2008, 95, *RABG* 2007, 143 en *TBBR* 2009, 34, in dit arrest wordt de toepassing van de imprevisieel verworpen als strijdig met art. 1134 BW; zie ook G. HIERNAUX, “Le divorce et la Cour d’Arbitrage. Evolutions récentes” in A.-C. VAN GYSEL (ed.), *Droit Familial. Actualité législative et jurisprudentielle*, in *UB<sup>3</sup>*, Brussel, Bruylant, 2004, 68; A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1644);
- de theorie van de vreemde oorzaak (overmacht, risico, toeval);
- de clausule *rebus sic stantibus* (art. 1135 BW middels een beroep op de billijkheid; Gent 23 februari 1993, *RW* 1993-94, 1407);
- de leer van het rechtsmisbruik (Cass. 21 juni 1991, *JT* 1992, 75, *RW* 1991-92, 547, noot en *T.Not.* 1992, 256, noot A. VERBEKE; Cass. 11 juni 1992, *JT* 1992, 676; zie ook m.b.t. de uitvoering te goeder trouw: Cass. 14 april 1994, *RW* 1994-95, 434 en *Arr.Cass.* 1994, 369);
- de verrijking zonder oorzaak;
- de toepassing van het uitstel van betaling (art. 1244, tweede lid BW; Besl. agr. Luik 9 mei 1988, *Rev.Liège* 1988, 1149; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 236, nr. 370; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 324, nr. 540); wan-



neer beslag gelegd wordt op basis van de grosse van een notariële familie-rechtelijke overeenkomst, kan de beslagrechter een uitstel van betaling toestaan. Voor de tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten kan alleen uitstel worden toegestaan in de uitspraak zelf en niet meer nadien (art. 1333-1343 Ger.W.).

Op het vlak van de wilsgebreken kwam er met het arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 2000 wel een kentering. Er wordt verwezen naar wat hiervoor werd uiteengezet onder nr. 886.

Volgens de stand van zaken van de rechtspraak vóór het in voege treden van de nieuwe Echtscheidingswet (1 september 2007) kan de problematiek van de eenzijdige wijzigbaarheid na echtscheiding als volgt worden samengevat:

1. De vernietiging van één of meerder clausules uit de voorafgaande overeenkomsten kan de echtscheiding zelf niet aantasten (Cass. 16 juni 2000).
2. De voorafgaande overeenkomsten zijn in principe onderworpen aan de regels van het verbintenissenrecht. Het Hof van Cassatie verwerpt thans de onwijzigbaarheid ervan.
3. Wijzigingen kunnen hun oorzaak vinden hetzij in de ongeldige totstandkoming van de overeenkomsten (theorie van de wilsgebreken, Cass. 16 juni 2000), hetzij in de uitvoering ervan (o.a. het rechtsmisbruik, Cass. 21 juni 1991).

**903** Gelet hierop (en de principiële wijzigbaarheid sinds de nieuwe Echtscheidingswet neemt dit niet weg) verdient het aanbeveling bij de redactie van de voorafgaande overeenkomsten te letten op:

- het gebruik van zo algemeen mogelijke wijzigingsclausules;
- de opname van een clausule die de draagwijdte van een eventuele nietigverklaring van een beding vastlegt;
- het bewaren van nota's, stukken, projecten, documenten enz. die gediend hebben bij de onderhandelingen die aan de basis lagen van de overeenkomsten en die dienstig kunnen zijn bij interpretatieproblemen.

#### d. Kapitalisatie

**904** De uitkering kan ook onder de vorm van een kapitaal worden uitbetaald. Het kan dan gaan om een éénmalige betaling, dan wel om gespreide deelbetalingen.

De modaliteiten van betaling dienen nauwkeurig te worden vermeld (het juiste bedrag, de juiste deelbedragen, tijdstip van betaling, verwijlinterest, zekerheden enz.).

Voor de gekapitaliseerde uitkering geldt er op fiscaal vlak een bijzonder statuut, in die zin dat er een verschillende behandeling is tussen de uitkeringsgerechtigde en -plichtige. Een eenmalig kapitaal is in hoofde van de uitkeringsplichtige slechts aftrekbaar in het jaar van de betaling en het gedeelte dat het belastbare inkomen overtreft, is niet overdraagbaar. Voor de uitkeringsge-

rechtigde wordt het kapitaal omgezet in een fictieve rente die fiscaal gunstiger uitvalt (art. 169 en 170 WIB; zie voor een grondige bespreking van de fiscale aspecten in het algemeen: J.-E. BEERNAERT, “Capita selecta inzake onderhoudsgelden en fiscaliteit”, *Not.Fisc.M.* 2004, 88-97; A. CALEWAERT, “Fiscale aspecten” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig handboek echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl. VII.1-40, VII.1-49 en VII. 2-10; M. VANDEN BROECK, “Fiscale behandeling van onderhoudsgelden”, *TFR* 2004, 351-368; G. POPPE, “Onderhoudsgelden: enkele actuele tendenzen”, *Fiscaal praktijkboek 2001-02*, Directe Belastingen, 91-142).

De uitkeringsplichtige heeft nochtans een zekere vrijheid om het uitgekeerde kapitaal fiscaal in rekening te brengen over een korte periode mits te bepalen dat het kapitaal zal betaald worden in bijvoorbeeld twee of drie opeenvolgende annuïteiten (zie nopens de annuïteiten: J.-P. BOURS en N. PIROTTE, “Les conséquences fiscales du divorce” in *Divorce. Commentaires pratiques*, Diegem, Kluwer Ed. Juridiques Belgique, 1996, IX. 3.5-11; A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2002, 438, nr. 604; J.-E. BEERNAERT en D. DE CALLATAY, “La capitalisation en question(s)”, *Div.Act.* 2002, 113 meer in het bijzonder 120; het best is o.i. hierover eerst te overleggen met de fiscus).

Alleszins mag dit “fractioneren” van het kapitaal niet willekeurig zijn en moet de uitkeringsplichtige zich houden aan het aantal deelbetalingen die tussen partijen overeengekomen waren of door de rechter werden bepaald (J.-E. BEERNAERT, “Les rents alimentaires et leur incidence fiscale”, *Act.dr.fam.* 2008, 106).

Omwille van de fiscale voordelen kunnen de partijen hier geneigd zijn louter vermogensrechtelijke regelingen, die thuishoren in de regelingsakte, voor te stellen als een gekapitaliseerde uitkering. Ook het omgekeerde kan zich voordoen (A. SPRUYT, “Het gezin in de inkomstenbelasting” in *Personen- en Familierecht, gezin en recht in een post-moderne samenleving*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 301, nr. 23).

#### e. Fiscaal statuut

**905** De onderhoudsbijdragen zijn aftrekbaar voor de alimentatieplichtige (art. 104, 1° en 2° WIB). De aftrek is beperkt tot 80 % van de werkelijk gedane betaling en gebeurt op het totale netto-inkomen.

In hoofde van de alimentatieschuldeiser is de onderhoudsbijdrage een *b e l a s t b a a r d i v e r s* inkomen indien het aan de gestelde wettelijke voorwaarden voldoet (vgl. art. 90, 3° en 4° WIB; zie voor een grondige bespreking ook m.b.t. het al dan niet ten laste blijven: J.-E. BEERNAERT, “Capita selecta inzake onderhoudsgelden en fiscaliteit”, *Not.Fisc.M.* 2004, 88-97; J.-E. BEERNAERT, “Les rents alimentaires et leur incidence fiscale”, *Act.dr.fam.* 2008, 93-109; A. CALEWAERT, “Fiscale aspecten” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig handboek echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, België, losbl., VII.1-40, VII.1-49 en VII.2-10; M. VANDEN BROECK, “Fiscale behandeling van on-

derhoudsgelden”, *TFR* 2004, 351-368; G. POPPE, “Onderhoudsgelden: enkele actuele tendenzen”, *Fiscaal praktijkboek 2001-02*, Directe Belastingen, 91-142).

#### f. Verjaring

**906** De vijfjarige verjaringstermijn van artikel 2277 BW geldt voor vervallen onderhoudsgelden bij gedwongen uitvoering van een gerechtelijke of een notariële EOT-overeenkomst. Deze verjaringstermijn is zowel van toepassing op de conventionele als op de wettelijke onderhoudsverplichting.

Gaat het om een veroordeling tot betaling van achterstallige onderhoudsgelden, dan geldt de tienjarige verjaringstermijn (Cass. 7 maart 2003, *RW* 2004-05, 225 en *RABG* 2005, 7, noot E. ALOFS).

### 3. Procedure

#### a. Gedwongen uitvoering

##### – Algemeen

**907** Voor uitkeringen tussen (ex-)echtgenoten kan artikel 203<sup>ter</sup> BW (ontvangstmachtiging) niet worden toegepast tenzij dit conventioneel zou bepaald zijn (D. PIRE, “Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels: les conventions relatives aux pensions entre époux”, *TBBR* 2001, 489).

De aanvulling van artikel 1494 Ger.W. met een tweede lid biedt de mogelijkheid om middels een uitvoerend beslag van welke aard ook (dus niet enkel een uitvoerend beslag onder derden), de in de toekomst te vervallen termijnen op grond van een vroeger betekend exploit in te vorderen. Het ganse patrimonium van de debiteur kan (onder voorbehoud van wat hierna wordt gezegd) aldus het voorwerp van beslag uitmaken voor alimentatievorderingen (E. DIRIX en S. BRIJS, “De centralisatie van de beslagberichten en de andere wijzigingen van het beslagrecht”, *RW* 2000-01, 45-46).

Het is noodzakelijk, doch voldoende dat een schuldvordering bestaat, zij het virtueel m.a.w. “in wording” op het ogenblik dat de beslagmaatregel getroffen wordt.

Wanneer het nagestreefde doel de volledige betaling is van de in de toekomst te vervallen alimentatiegelden, kan dat bereikt worden zowel door een beslag onder derden, als de ontvangstmachtiging. Het enig wezenlijke verschil is de kostprijs (A.-C. VAN GYSEL, “Modifications du droit des saisies et la situation du créancier alimentaire impayé”, *Div.Act.* 2002, 2-3).

**908** De wet van 14 juni 2004 betreffende de niet-vatbaarheid voor beslag van bedragen op een zichtrekening, trad in werking op 1 januari 2007 (ingevolge de wet houdende diverse bepalingen van 27 december 2005 (*BS* 30 december 2005) werden de art. 1411<sup>bis</sup> tot en met 1411<sup>quater</sup> ingevoegd in het Gerechtelijk wetboek en werd de oorspronkelijke wet van 14 juni 2004 opgeheven (wet 14 juni 2004 betreffende de onvatbaarheid voor beslag en de onoverdraagbaarheid van de bedragen waarvan sprake is in de art. 1409, 1409<sup>bis</sup> en 1410 van het Gerechtelijk Wetboek

wanneer die bedragen op een zichtrekening gecrediteerd zijn, *BS* 2 juli 2004); M. DE THEÏE, “De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening”, *RW* 2004-05, 721 e.v.).

Volgens de regels van het Gerechtelijk Wetboek kunnen bepaalde inkomsten niet of slechts gedeeltelijk in beslag genomen of overgedragen worden. Het gaat onder meer om inkomsten uit een arbeidsovereenkomst, vervangingsinkomsten, sommige alimentatiegelden en sociale uitkeringen (art. 1409-1411 Ger.W., bv. kinderbijslag).

Vóór de nieuwe wet gold voormelde bescherming tegen beslag of overdracht niet voor de inkomsten die op een bankrekening werden geplaatst omdat, door het *schuldhernieuwings-effect* de aard van de inkomsten verandert: het gaat dan niet meer om een *loonbeslag* dat beschermd is door het Gerechtelijk Wetboek, maar om een gewone schuldvordering op de bank. Die schuld is volgens de bestaande regels niet beschermd tegen beslag. Deze regeling zorgt er bv. voor dat een schuldeiser die slechts een deel van de inkomsten bij de werkgever in beslag kan nemen, wacht tot het salaris op een zichtrekening is gestort om het dan volledig in beslag te nemen.

De nieuwe wet brengt een oplossing in die zin dat de beslag- en overdrachtsbescherming nu ook geldt voor de inkomsten die op een zichtrekening staan. De schuldenaar mag met alle mogelijke middelen bewijzen dat op een in beslag genomen zichtrekening beschermde inkomsten staan.

Vermits de beperkingen van artikel 1409 Ger.W. niet gelden voor beslagen of overdrachten vericht wegens de onderhoudsverplichtingen opgesomd in artikel 1412 Ger.W., heeft het voorgaande maar belang voor alimentatiegelden die zelf voorwerp zouden zijn van een beslagmaatregel op een zichtrekening.

#### – Onderhandse overeenkomst

**909** In tegenstelling tot de onderhoudsbijdrage voor de kinderen wordt de uitkering tussen echtgenoten niet gehomologeerd door de rechtbank.

Dit betekent dat het gemis aan uitvoerbare kracht van een onderhandse overeenkomst niet kan worden opgevangen door de echtscheidingsuitspraak en dat bij eventuele nalatigheid van één partij om haar verbintenissen na te leven de tussenkomst van de rechter noodzakelijk is. In afwachting hiervan is enkel bewarend beslag onder derden mogelijk (art. 1445 Ger.W.; F. BUYSENS, “De onderhoudsbijdrage voor kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 149, nr. 220).

Anders is het voor de onderhandse familiale overeenkomst m.b.t. de kinderen. Door de homologatie van deze overeenkomst in het echtscheidingsvonnis overeenkomstig artikel 1298 Ger.W. maakt deze overeenkomst integrerend deel uit van het echtscheidingsvonnis dat een authentieke akte is. Hierdoor krijgt de overeenkomst uitvoerbare kracht. Dit is trouwens de reden waarom naast de onderhandse akte van de echtscheiding door onderlinge toestemming, het vonnis van echtscheiding mee betekend dient te worden. Niet de onderhandse akte op zichzelf vormt de uitvoerbare titel, wel het vonnis houdende de homologatie van de in de onderhandse akte opgenomen familiale overeenkomst (Gent 16 oktober 2007, *RW* 2008-09, 501, het ging *in casu* over uitvoeringsproblemen m.b.t. buitengewone kosten van de kinderen).

#### – Notariële akte

**910** De authentieke vorm heeft natuurlijk wel het voordeel van de uitvoerbare kracht ervan, voor het geval de overeenkomst niet vrijwillig zou worden uitgevoerd, zoniet moet men een vonnis bekomen, zoals voor elke overeen-

komst die niet wordt nageleefd. Nochtans mag dit voordeel niet overschat worden.

Indien er aanleiding is tot uitvoering tijdens de procedure dan zal dit meestal wijzen op onenigheid en het feit dat er geen bereidheid meer is de echtscheidingsprocedure te voleindigen.

Wordt de uitvoering noodzakelijk na de echtscheiding dan is dit dikwijls in het kader van gewijzigde omstandigheden die dan aanleiding geven tot een procedure voor de vrederechter (en desgevallend de jeugdrechter indien ook de uitoefening van het ouderlijke gezag betrokken is) zodat op die manier een titel wordt bekomen.

Zo ook kan de uitvoering van de notariële titel op zijn beurt aanleiding geven tot een procedure tot wijziging.

**911** Alleszins is de voorwaarde voor een rechtstreekse uitvoering dat in de notariële akte duidelijk en precies wordt aangegeven wat de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen zijn en op welke wijze, in geval van wanprestatie, de reële executie zal geschieden. Zodra de inhoud van de akte vatbaar is voor uiteenlopende interpretaties en aanleiding kan geven tot ernstige betwisting, zal een tussenkomst van de bodemrechter noodzakelijk zijn om de draagwijdte van de titel te bepalen (K. BROECKX, “Perikelen bij de executie van een akte van echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 1997, 18; D. PIRE, “Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels: les conventions relatives aux pensions entre époux”, *TBBR* 2001, 486).

Zo kan een EOT-akte die een verbintenis bevat tot betaling van een geldsom slechts ten uitvoer worden gelegd indien de schuldvordering zeker, vaststaand en opeisbaar is (art. 1494 Ger.W.).

De titel moet het bedrag van de schuldvordering bepalen, althans toelaten die omvang op objectieve grondslag, dus zonder discussie tussen partijen te bepalen. Interesten zijn slechts verschuldigd als dit uitdrukkelijk in de akte werd bepaald. De schuldeiser moet een nieuwe procedure aanvatten bij de desbetreffend bevoegde rechter om een titel te bekomen voor de gedwongen executie van de verschillende interesten, indien daaromtrent niets in de akte werd bepaald. In afwachting daarvan kan de beslagrechter de executie schorsen.

De uitvoerbare kracht van de notariële akte is beperkt tot datgene wat rechtstreeks uitvoerbaar is, zonder dat ernstige betwisting mogelijk is over de modaliteiten van de verbintenis en zonder tussenkomst van nieuwe elementen.

**912** Een notariële akte kan in principe reeds worden uitgevoerd tijdens de echtscheidingsprocedure. Voor de uitvoering van een onderhandse akte zal, zoals hierboven gesteld, een vonnis nodig zijn, zowel tijdens als na de echt-

scheidingsprocedure. Voor onderhoudsgelden is dan de vrederechter bevoegd. De procedure wordt gevoerd volgens de artikelen 1320-1322 Ger.W.

#### b. Beslagrechter

**913** De beslagrechter mag kennis nemen van alle vorderingen betreffende middelen van tenuitvoerlegging en bewarende beslagen (art. 1395 en 1498 Ger.W.). Zo mag hij oordelen over de rechtmatigheid en regelmatigheid van de tenuitvoerlegging door een ex-echtgenoot, zonder dat hij evenwel uitspraak mag doen over de rechten van partijen.

Hij kan wel vaststellen wat de rechten en verplichtingen zijn van partijen.

Hij mag niet raken aan de materieelrechtelijke verhouding tussen de gewezen echtgenoten. Zo komt het hem niet toe het bedrag van de kapitaalsuitkering die de ene echtgenoot aan de andere verschuldigd is krachtens de EOT-akte, te verminderen op grond van de verslechterde financiële toestand van de echtgenoot-schuldenaar.

Het komt hem evenmin toe de EOT-akte te interpreteren. Rijst tussen partijen een ernstige discussie over de interpretatie van een bepaalde clause in de akte, dan dient dit geschil te worden voorgelegd aan de bodemrechter, zijnde de rechter die de echtscheiding uitsprak of gebeurlijk de vrederechter indien de clause betrekking heeft op de uitkering.

**914** De beslagrechter gaat wel na of de akte nog actueel of doeltreffend is (K. BROECKX, “Perikelen bij de executie van een akte van echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 1997, 18-20; D. PIRE, “Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels: les conventions relatives aux pensions entre époux”, *TBBR* 2001, 487).

Meer in het bijzonder rijst dan de vraag naar de al of niet verwezenlijking van een contractueel bepaalde voorwaarde tot verval of vermindering van de uitkering (bv. samenwoning). De beslagrechter mag hierover oordelen en de uitkering desgevallend schorsen of opheffen (K. BROECKX, “Beslag wegens achterstallige persoonlijke alimentatieschulden krachten een EOT-akte” (noot onder Gent 25 juni 1996), *EJ* 1998, 5).

De vraag of de aanspraken van de uitkeringsgerechtigde ten definitieve titel verloren of verminderd zijn, behoort evenwel niet tot de bevoegdheid van de beslagrechter.

In de praktijk ontstaan vaak ook feitelijk andere afspraken dan deze vervat in de familierechtelijke overeenkomst. Ook hier beschikt de beslagrechter over een beoordelingsbevoegdheid, zonder evenwel de rechten van de schuldeiser op onherroepelijke wijze te kunnen compromitteren.

**915** De beslagrechter is bevoegd om de tenuitvoerlegging te schorsen wanneer over de draagwijdte van de titel een ernstig geschil rijst.

Zo oordeelde de beslagrechter van Hasselt dat het verzet tegen de tenuitvoerlegging gebaseerd op het *brugpensioen* van de executieplichtige wanneer de akte bepaalt dat de onderhoudsverplichting eindigt bij zijn oppensioenstelling, ongegrond is (Rb. Hasselt (beslagrechter) 14 februari 2006, *RW* 2006-07, 613).

**916** De beslagrechter is bevoegd om *u i t s t e l v a n b e t a l i n g* toe te staan in geval van gedwongen uitvoering middels een *n o t a r i ë l e a k t e* (art. 1334 Ger.W.). Hij heeft die bevoegdheid niet in geval van uitvoering van een vonnis. Dan moet het uitstel reeds door de bodemrechter bepaald zijn in het vonnis (art. 1333 Ger.W.).

De aanvraag daartoe moet gedaan worden op straffe van verval binnen de 15 dagen te rekenen van het bevel of, indien er geen reden tot bevel was, van de betekening van de eerste akte van beslag aan de schuldenaar. Het uitstel van betaling kan ook gevraagd worden voor de achterstallen (D. PIRE, “Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels: les conventions relatives aux pensions entre époux”, *TBBR* 2001, 487).

### c. Terugvordering ten onrechte betaalde alimentatie

**917** Uitvoerend beslag op de goederen van de onderhoudsplichtige geschiedt op grond van een uitvoerbare titel waarover de onderhoudsgerechtigde beschikt, en op voorwaarde dat deze titel actueel is.

De uitvoering geschiedt op eigen risico, zodat alles wat betaald werd, en naderhand ongegrond blijkt te zijn geweest, aanleiding geeft tot terugbetaling, overeenkomstig artikel 1235 BW.

De daadwerkelijke terugvordering is echter slechts mogelijk nadat de bestreden titel werd ongedaan gemaakt.

De mogelijkheid bestaat immers dat de schuldeiser geen recht meer heeft op alimentatie, doch nog steeds over een uitvoerbare titel beschikt.

De onderhoudsplichtige dient dan een uitspraak uit te lokken, die hem ontslaat van de onderhoudsverplichting (Vred. La Roche-en-Ardenne 17 januari 1995, *Act.dr.* 1996, 96). Dit geldt eveneens voor een notariële akte die evenmin een eeuwige uitvoerbare actuele waarde behoudt (Beslagr. Luik 22 maart 1995, *Act.dr.* 1996, 69; omtrent de actualiteit en doeltreffendheid van de uitvoerbare titel alsook de mogelijkheid voor de beslagrechter om tot schorsing van de tenuitvoerlegging over te gaan in afwachting dat de rechter ten gronde oordeelt, zie ook K. BROECKX, *Recente ontwikkelingen in het beslagrecht in Gandaius Actueel III*, 2; K. BROECKX, “De beoordelingsmarge van de beslagrechter bij betwistingen omtrent de actualiteit van de uitvoerbare titel” (noot onder Cass. 15 januari 1999), *R.Cass.* 2000, 1 e.v.). Dat betekent dat het vonnis of arrest dat de vorige titel vernietigt of hervormt op zichzelf een *t i t e l* vormt op grond waarvan de teruggave kan worden vervolgd van wat werd betaald ter uitvoering van de titel.

**918** Volgens rechtspraak van het Hof van Cassatie is de bodemrechter, die een beslissing vernietigt, die al werd uitgevoerd, ook bevoegd om expliciet de terugbetaling van de onverschuldigde betaling te bevelen. Dit laatste geldt dus onverminderd het feit dat de vernietigende beslissing, op zich een impliciete titel uitmaakt, op grond waarvan de teruggave kan gevorderd worden (Cass. 15 februari 1973, *Arr.Cass.* 1973, 599; Cass. 16 november 1973, *Arr.Cass.* 1974, 311). Als gevolg van de uitvoering van de oorspronkelijke titel kan immers precies bepaald worden wat moet worden terugbetaald.

Het voormelde principe wordt ook weerhouden wat de afschaffing of vermindering van alimentatie betreft, wat betekent dat de uitspraak die in een dergelijke afschaffing of vermindering voorziet, als titel geldt voor de terugvordering van het onverschuldigde. Er is dus geen afzonderlijke, daaropvolgende procedure te gronde noodzakelijk. Meer nog, dergelijke nieuwe vordering wordt niet ontvankelijk verklaard (Antwerpen 27 juni 2000, *Div.Act.* 2001, 81, *Juristenkrant* 2000 (weergave G. VERSCHULDEN), afl. 19, 4 en *P&B* 2001, 79, noot S. BRIJS, "Over de uitvoering van een impliciet dispositief van een rechterlijke beslissing": de auteur verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die stelt dat een beslissing omtrent een betwisting een dictum uitmaakt, onverminderd de plaats ervan in de uitspraak, inbegrepen het feit dat deze beslissing niet herhaald wordt in het dispositief; de term "impliciet dispositief" komt in het Belgische recht niet uitdrukkelijk voor, doch men stelt wel de toepassing ervan vast, zoals in beslissingen die een reeds uitgevoerde rechterlijke uitspraak vernietigen, hervormen en wijzigen, met als gevolg dat de oorspronkelijke uitspraak geheel dan wel gedeeltelijk tenietgedaan wordt en een *restitutio in integrum* noodzakelijk is; Beslagnr. Charleroi 5 februari 2001 en Bergen 14 maart 2002, *Div.Act.* 2002, 121, noot J.-C. BROUWERS).

De uitspraak die een bestreden beslissing hervormt, vernietigt of wijzigt, vormt een impliciete uitvoerbare titel voor de restitutie van het te veel betaalde onderhoudsgeld. Het volstaat dat deze uitspraak de nodige gegevens bevat om het juiste bedrag van het te veel betaalde te bepalen.

Indien de uitvoering van de oorspronkelijke titel leidt tot een beslagmaatregel, behoort de betwisting over het verschuldigd zijn van achterstallige onderhoudsuitkeringen tot de bevoegdheid van de bodemrechter. De beslagrechter is dus niet bevoegd om uitspraak te doen over dit geschil, dat weliswaar verband houdt met de tenuitvoerlegging.

De bevoegdheid van de beslagrechter beperkt zich krachtens artikel 1395 Ger.W. tot vorderingen die betrekking hebben op de wettigheid of de regelmatigheid van de tenuitvoerlegging. De beslagrechter kan aldus geen uitspraak doen over de rechten van partijen, wanneer daarover de bodemrechter een uitspraak heeft gedaan en op grond waarvan uitvoerend beslag gelegd wordt (Cass. 9 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1753, *Rev.not.b.* 2001, 206 en *RW* 2002-03, 837).



E. UITKERING NA ECHTSCHIEDING DOOR OMZETTING VAN DE SCHIEDING VAN TAFEL EN BED (ART. 308 (OUD) BW EN ART. 1306, TWEEDE LID (OUD) GER.W.)

*1. Scheiding van tafel en bed op bepaalde gronden*

**919** De scheiding van tafel en bed heeft niet de ontbinding van het huwelijk tot gevolg. De plichten van samenwoning en bijstand worden opgeheven, de plichten van *g e t r o u w h e i d* en *h u l p* blijven bestaan.

Na uitspraak van de scheiding van tafel en bed blijft de plicht van hulp alleen bestaan ten voordele van de echtgenoot die de scheiding heeft verkregen (art. 308 (oud) BW). In geval van scheiding van tafel en bed op wederzijdse grieven verdwijnt de verplichting voor beide echtgenoten.

**920** Het onderhoudsgeld ten voordele van de van tafel en bed gescheiden echtgenoot heeft artikel 213 BW, niet artikel 301 BW tot grondslag.

Artikel 308 (oud) BW bepaalt: “Na uitspraak van scheiding van tafel en bed blijft de plicht van hulp alleen bestaan ten voordele van de echtgenoot die de scheiding heeft verkregen”.

Het artikel werd vervangen bij enig artikel van de wet van 27 januari 1960 betreffende de regeling der gevolgen van de scheiding van tafel en bed (*BS* 2 februari 1960). Als gevolg van de invoering van de schuldloze echtscheiding door de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007) werd het artikel aangepast als volgt: “Na uitspraak van scheiding van tafel en bed blijft de plicht van hulp bestaan”.

Dit onderhoudsgeld moet de onderhoudsgerechtigde echtgenoot toelaten de levensstandaard te voeren die de zijne zou zijn ware er geen scheiding geweest (Cass. 30 januari 1998, *TBBR* 1999, 398, noot J. GERLO).

Vermits de hulpverplichting hier dezelfde kenmerken vertoont als deze tijdens het huwelijk, wordt hiernaar verwezen. Zie *boven* nrs. 531-561.

**921** Niettegenstaande noch artikel 213 BW, noch artikel 308 BW m.b.t. de *o n t v a n g s t m a c h t i g i n g* worden vermeld in artikel 203*ter* BW is J. GERLO toch van mening dat redelijkerwijze deze uitvoeringsmodaliteit van toepassing moet zijn (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 240, nr. 374).

Nadat het vonnis dat de scheiding van tafel en bed tussen de echtgenoten heeft uitgesproken, definitief is geworden, dient de vrederechter kennis te nemen van de vordering tot *w i j z i g i n g* van de onderhoudsuitkering (Cass. 24 september 1965, *Pas.* 1966, I, 114 en *RW* 1966-67, 395).

**922** Vóór de omzetting van de scheiding van tafel en bed in een echtscheiding is artikel 308 BW van toepassing, n a de omzetting het artikel 301 BW.

De rechtbank van eerste aanleg waarvoor de vordering tot omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding aanhangig is, is bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot toekenning van een uitkering ex artikel 301 BW op het ogenblik dat zij de omzetting toestaat. Nadien is de vrederechter bevoegd.

**923** Welke rechter bevoegd is tijdens de omzettingsprocedure om een onderhoudsgeld op basis van artikel 308 BW toe te kennen of te herzien, is overstreden.

De voorzitter is alleszins niet bevoegd om bij voorlopige maatregel te beschikken, vermits de artikelen 1279 en 1280 Ger.W. niet toepasselijk zijn bij omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding (art. 1309, tweede lid (oud) Ger.W.). Hij is wel bevoegd in geval van hoogdringendheid.

De bevoegdheid van de vrederechter wordt meestal voorgestaan op grond van het gemeen recht. Soms wordt ook de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg verdedigd, gelet op de verknochtheid en omdat een echtscheidingsprocedure hangende is (vgl. art. 591, 7° Ger.W.; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 298, nr. 458).

Vermits de o m z e t t i n g van scheiding van tafel en bed in een echtscheiding werd afgeschaft door de nieuwe Echtscheidingswet (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, BS 7 juni 2007) werden de artikelen 1309 en 1310 Ger.W. opgeheven. De echtgenoten die wensen over te stappen moeten een (nieuwe) echtscheidingsprocedure inleiden.

## 2. *Scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming*

**924** In dit kader dienen de echtgenoten ook het bedrag van de eventuele uitkering tussen hen gedurende de proeftijd en na de scheiding van tafel en bed vast te stellen (art. 1306, tweede lid Ger.W.).

Volgens H. DE PAGE en J.-P. MASSON is de wijzigbaarheid van deze uitkering dan volledig afhankelijk van de modaliteiten die daaromtrent bepaald werden in de voorafgaande overeenkomsten, zoals dit ook het geval is bij een gewone echtscheiding door onderlinge toestemming (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, 849, nr. 839).

Andere auteurs stellen hiertegenover dat de scheiding van tafel en bed geen einde stelt aan het huwelijk en evenmin aan de verplichting tot hulp van artikel 213 BW.

Vermits in geval van scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming geen enkele echtgenoot als “schuldige” kan worden aangewezen (waardoor krachtens art. 308 (oud) BW het recht op hulp in zijnen hoofde zou vervallen), stellen zij dat elke echtgenoot bij toepassing van artikel 213 BW een vordering kan stellen tot het bekomen van een uitkering, hetzij tot het bekomen van een wijziging (ook al was in dit alles niet voorzien) (F. BUYSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, 148, nr. 219 en de verwijzingen aldaar).

Zie voor het geval de scheiding van tafel en bed wordt gevolgd door een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding en het lot van het onderhoudsgeld dat in de voorafgaande overeenkomst werd bepaald, *boven* nr. 855.

Artikel 308 BW heeft volgens het Hof van Cassatie geen uitstaans met de scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming (Cass. 19 december 2003, *NJW* 2004, 626 en *TBBR* 2004, 387 noot J. GERLO; Antwerpen 17 december 2003, *NJW* 2004, 628). Voormeld artikel bepaalt dat na scheiding van tafel en bed de hulpplicht alleen blijft bestaan ten voordele van de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen. Bij onderlinge toestemming is er geen “schuldige” echtgenoot.

## § 2. Na de Echtscheidingswet van 27 april 2007

### A. DE UITKERING NA ECHTSCHEIDING OP GROND VAN ONHERSTELBARE ONTWICHTING (NIEUW ART. 301 BW)

#### 1. Grondslagen

##### a. Inleiding en overgangsrecht

**925** In de oude wetgeving kan bij een “echtscheiding-sanctie” alleen de echtgenoot die de echtscheiding verkreeg ten nadele van de andere partij recht hebben op een uitkering tot levensonderhoud (dus de echtgenoot die niet de “schuldige” is, art. 301 (oud) BW).

Indien de echtscheiding wordt uitgesproken op grond van een feitelijke scheiding van meer dan twee jaar (de “echtscheiding-failliet”), dan wordt de aanvrager vermoed “schuldig” te zijn en moet hij bewijzen dat de echtscheiding te wijten is aan een fout van de andere echtgenoot om na de echtscheiding zelf financiële steun te kunnen verkrijgen. Hij moet dus het vermoeden o m k e r e n (de oude artt. 306 en 307bis BW). Indien de eisende echtgenoot bewijst dat het ontstaan en/of het voortduren van de feitelijke scheiding minstens “gedeeltelijk” aan de andere echtgenoot te wijten is, heeft geen van beiden recht op een uitkering (Cass. 13 september 2004, *EJ* 2005, 5, noot H. VANBOCKRIJCK, *JLMB* 2004, 1670 en *RTDF* 2005, 435).

In de nieuwe wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007) werd gekozen voor een verruimd basisrecht, dat zelfs openstaat voor de echtgenoot die de echtscheiding heeft

gevraagd en bekomen zonder concrete vorderingsgrond of voor de echtgenoot die “schuldig” is.

Nochtans blijft het principe van de verantwoordelijkheid bestaan, ook al is het voortaan niet meer aan degene die de echtscheiding aanvraagt om de fout te bewijzen, maar aan de mogelijke uitkeringsplichtige om dat bewijs te leveren in hoofde van diegene die een uitkering vraagt.

**926** S a m e n g e v a t zijn de voornaamste wijzigingen de volgende:

- ook indien de echtscheiding op eenzijdig verzoek (van één echtgenoot) wordt uitgesproken, is er recht op uitkering tot levensonderhoud in hoofde van beide echtgenoten; alleen diegene die zich schuldig maakte aan een “zware fout”, waardoor het samenleven onmogelijk werd zal niet de mogelijkheid hebben om een uitkering te vorderen. Bij *p a r t n e r g e w e l d* is er echter een formele uitsluiting (nieuw art. 301, § 2, derde lid BW);
- er dient expliciet rekening te worden gehouden met de economische middelen van de partijen in het bijzonder de “aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde”. Het recht op een uitkering vloeit voort uit de “economische wanverhouding” tussen de ex-echtgenoten. De minstbegoede is principieel uitkeringsgerechtigd, de meestbegoede is principieel uitkeringsplichtig. In functie van dit gegeven kan de titularis van de uitkering na verloop van tijd bijgevolg wisselen. Bij ingrijpende wijziging kan de uitkeringsplichtige de uitkeringsgerechtigde worden en omgekeerd (P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 125, nr. 83);
- de *b o d e m k o e r s* van de uitkering is het “dekken van de staat van behoefte” van de uitkeringsgerechtigde en de *b o v e n k o e r s* is de 1/3de-grens van de (netto-)inkomsten van de uitkeringsplichtige (nieuw art. 301, § 3 BW); de uitkering verliest haar *i n d e m n i t a i r* karakter (wetsontwerp betreffende de hervorming van de echtscheiding 12 april 2007, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, 42 en 54). Het oorspronkelijke wetsontwerp doelde op de *l e v e n s s t i j l* van de echtgenoten maar op voorstel van de Kamer is gekozen voor het begrip *s t a a t v a n b e h o e f t e*, waarbij die staat van behoefte als een minimum wordt beschouwd. De minister van Justitie herinnerde eraan dat het begrip *s t a a t v a n b e h o e f t e* niet nieuw is. Het bestaat reeds in ons recht (bv. art. 205 BW). De rechtspraak heeft de betekenis van dat begrip reeds verduidelijkt. De minister gaf de volgende definitie: “Een financiële afhankelijkheid van één van de partijen ten opzichte van de andere. In dat kader is één van de criteria dat in aanmerking kan komen, de levensstandaard van de partijen tijdens het gemeenschappelijke leven” (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. DOC 51-2341/18, 34). In afwachting dat de rechtspraak de nieuwe uitkering zal invullen kan gesteld worden dat het criterium iets is tussenin de *b e h o e f t i g h e i d* en de *l e v e n s s t a n d a a r d* (P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van

- onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 129, nr. 97; J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 111);
- verplichting voor de echtgenoot die een uitkering vraagt om beschikbaar te zijn voor de arbeidsmarkt en om zijn rechten op sociale voorzieningen te doen gelden (nieuw art. 301, § 5 BW);
  - aan de rechter wordt de mogelijkheid gegeven de uitkering te bepalen (*quantum*, duur en degressiviteit) in functie van de economische keuzes die de partijen maakten tijdens het samenleven (denk hierbij aan de echtgenoot die zich uitsluitend wijdde aan het huishouden of aan de opvoeding van de kinderen), de duur van het huwelijk en de leeftijd van partijen;
  - er is een beperking in de tijd van de uitkering na de echtscheiding (belangrijk logisch gevolg van het feit dat de uitkering onafhankelijk van elke fout kan worden toegekend); de keuze van een termijn is steeds willekeurig en de wetgever oordeelde dat het het minst willekeurig is om de maximumtermijn voor het betalen van de uitkering te bepalen op basis van de termijn van het huwelijk (nieuw art. 301, § 4 BW), waarin de periode begrepen is van de echtscheidingsprocedure; dit criterium sluit ook aan bij het begrip “solidariteit” dat tussen echtgenoten toch mag verwacht worden, m.a.w. hoe langer het huwelijk geduurd heeft hoe groter de opgebouwde solidariteit is tussen de echtgenoten en omgekeerd;
  - een nieuw huwelijk van de uitkeringsgerechtigde of een wettelijke samenwoning of zelfs het samenleven van de uitkeringsgerechtigde met een andere persoon “als waren zij gehuwd”, doet of kan de uitkering doen eindigen (nieuw art. 301, § 10, tweede en derde lid BW);
  - de echtgenoten kunnen op elk ogenblik tijdens de procedure overeenkomsten treffen omtrent de eventuele uitkering, het bedrag ervan en de nadere regels volgens welke het overeengekomen bedrag zal kunnen worden herzien (nieuw art. 301, § 9 BW). Er kan evenwel geen *a f s t a n d* worden gedaan van het recht op een uitkering vóór de ontbinding van het huwelijk;
  - de rechtbank die een uitspraak doet inzake een uitkering tot levensonderhoud mag *a m b t s h a l v e* de voorlopige tenuitvoerlegging van de beslissing bevelen (nieuw art. 301, § 12 BW). Dit was in de oude wetgeving niet het geval. De innovatie geldt ook voor de beslissingen betreffende de verlening, de wijziging, de opheffing of de kapitalisatie van de oorspronkelijke toegekende uitkering;
  - ten slotte is er het behoud van de grote lijnen van het oude artikel 301 BW waaronder het behoud van het plafond van een derde van het netto-inkomen van de uitkeringsplichtige (bedoeld wordt de bedragen waarover de tot uitkering gehouden echtgenoot werkelijk beschikt na betaling van de sociale en fiscale lasten: Cass. 11 juni 1987, *Rev.not.b.* 1987, 465; de uitkering mag de 1/3de-grens van dit inkomen niet overschrijden), de automatische aanpassing aan het indexcijfer, omzetting in een kapitaal en de mogelijkheid tot aanpassing of afschaffing na echtscheiding in geval van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen.

**927** Het nieuwe artikel 301 BW bestaat uit twaalf paragrafen tegenover zes in het oude artikel. Deze twaalf paragrafen behandelen zes onderwerpen t.w.:

- het recht op een uitkering;
- de begroting van het bedrag;
- de wijzigbaarheid;
- de duurtijd;
- de conventionalisering;
- de uitvoering.

De artikelen 301*bis*, 306, 307 en 307*bis* BW werden opgeheven.

**928** Op procedures die na 1 september 2007 worden ingeleid is de nieuwe wet van toepassing.

Voor de uitsluiting van het recht op een uitkering na echtscheiding (bv. bij partnergeweld) kan men zich ook beroepen op feiten die zich hebben voorgedaan vóór 1 september 2007 (art. 42, § 4 van de nieuwe Echtscheidingswet).

Hetzelfde geldt voor de gegevens waarmee de rechter kan rekening houden bij het begroten van de uitkering (nieuw art. 301, §§ 2, 3 en 5 BW, bv. de “aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde”).

Voor de oude procedures die nog hangende zijn vóór 1 september 2007 en waarvoor geen eindvonnis werd uitgesproken blijven de oude artikelen 229, 231 en 232 BW (overspel, slagen en mishandelingen, grove beledigingen, en twee jaar feitelijke scheiding) van toepassing (art. 42, § 2 van de nieuwe Echtscheidingswet).

Ook het recht op een uitkering na echtscheiding blijft dan beheerst door de vroegere artikelen 301, 306, 307 en 307*bis* BW.

Werd de echtscheiding reeds uitgesproken vóór 1 september 2007 dan blijft de uitkering na echtscheiding ook onderworpen aan de oude wetgeving (art. 42, § 3 van de nieuwe Echtscheidingswet).

**929** Volgens bepaalde rechtspraak en rechtsleer moet hier een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds “het recht op” een uitkering en anderzijds de “modaliteiten” die op die uitkering van toepassing zijn zoals bijvoorbeeld de wijze van begroting van de uitkering, de herziening, opheffing en indexatie. Deze strekking steunt zich op het gemeenrechtelijke principe inzake overgangrecht dat stelt dat de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing is behoudens uitdrukkelijke afwijking. Deze afwijking is enkel bepaald voor het “recht op” een uitkering maar niet voor de modaliteiten ervan (art. 42, § 2, tweede lid en § 3 van de nieuwe Echtscheidingswet). Logischerwijze moet dit standpunt dan ook worden doorgetrokken wanneer voor uitkeringen die op basis van de oude wet werden bepaald, een wijziging wordt gevraagd na 1 september 2007

(Rb. Brussel 4 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 42; Rb. Luik 6 december 2007 *Act.dr.fam.* 2008, 44 en *JLMB* 2008, 347; Vred. Luik (3de kanton) 7 maart 2007, *JLMB* 2008, 1053 en *Rev.not.b.* 2008, 476, de juiste datum van het vonnis moet echter zijn 17 december 2007; Vred. Waver 21 februari 2008, *RTDF* 2008, 503; Vred. Fontaine-l’Eveque 22 mei 2008, *JLMB* 2008, 1385; D. PIRE, “Le nouveau droit de divorce: problèmes de droit transitoire” (noot onder Rb. Luik 8 november 2007) *JLMB* 2008, 336; Y.-H. LELEU, “Le droit transitoire” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 174; zie ook voor een overzicht van de strekkingen in de rechtspraak: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1116-1119).

Dit standpunt kan niet worden gevolgd omdat er vooreerst al een verschillende interpretatie mogelijk is tussen paragraaf 2, tweede lid en paragraaf 3 van artikel 42. Volgens de eerst vermelde paragraaf blijft de uitkering “bepaald” in al haar aspecten door de oude artikelen 301 e.v. BW, dus niet alleen “het recht op” maar ook de “modaliteiten” terwijl paragraaf 3 gaat over het al dan niet titularis zijn van het “recht op” en waaruit dan zou kunnen afgeleid worden dat dit niet van toepassing is op de modaliteiten. Al naargelang het dus gaat om een uitkering gekoppeld aan een echtscheiding die definitief is geworden vóór dan wel na 1 september 2007 zou er dus een andere invulling kunnen worden gegeven (N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1087; J.-L. RENCHON, “La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce: le ‘droit au divorce’”, *RTDF* 2007, 1054-1057; J.-C. BROUWERS, “Dix questions controversées sur le terrain des effets alimentaires du divorce”, *Act.dr.fam.* 2008, 49 en 55). In die context is het al helemaal niet te verdedigen dat op de echtscheidingsprocedures die nog hangende waren op 1 september 2007 de oude wet in al zijn aspecten van toepassing zou zijn, terwijl dit voor echtscheidingen die definitief waren vóór die datum enkel maar het “gerechtigd zijn op” zou zijn (Brussel 5 juni 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 177, noot D. CARRE en *RTDF* 2008, 1196; Brussel 19 juni 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 180, noot D. CARRE).

Verder volgt uit de uitzondering die de wetgever uitdrukkelijk maakte m.b.t. de toepasselijkheid van de beperkte duur van de uitkering op de uitkeringen die nog onder de oude wet blijven vallen, dat de “andere” modaliteiten logischerwijze wel door de oude wet beheerst blijven (art. 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet; Luik 15 april 2008, *JLMB* 2008, 1038, afkeurende noot D. PIRE en *RTDF* 2008, 1191; Luik 16 april 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 176, noot D. CARRE; Vred. Doornik 16 december 2008, *JT* 2009, 165; P. SENAËVE, “Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 234). Dit argument boet echter wel aan kracht in, nu ingevolge het arrest van 3 december 2008 van het Grondwettelijk Hof (nr. 172/2008) artikel 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet, werd vernietigd (zie hierover meer uitgebreid verder nr. 930).

Het voornaamste argument om het voormelde standpunt te verwerpen is echter dat het “recht op” en de “modaliteiten” ervan als een geheel moeten gezien worden. De oude uitkering na echtscheiding heeft een ander uitgangspunt, t.w. de sanctiegedachte en heeft om die reden ook een in-dennitair karakter. De nieuwe uitkering is een verruimd basisrecht dat gesteund is op de solidariteit en dat als uitgangspunt n i e t de schuld heeft. De modaliteiten van elk van deze uitkeringen staan in functie van deze verschillende uitgangspunten en zijn dan ook anders. Dit blijkt onder meer al uit de criteria voor de berekening (“levensstandaard” versus “staat van behoefte”), de duur en de mogelijkheden tot herziening. Het zou dan ook van weinig coherentie getuigen om op een oude uitkering nieuwe modaliteiten toe te passen.

**930** Zoals boven gesteld, wordt een uitzondering gemaakt voor de beperking van de duurtijd van de uitkering. Hiervoor is de nieuwe regeling van

toepassing, d.w.z. een maximumduur gelijk aan deze van het huwelijk. Deze nieuwe duurtijd begint te lopen vanaf 1 september 2007 (art. 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet) voor alle lopende uitkeringen. Het vertrekpunt is niet de datum van het definitief worden van de (oude) echtscheiding maar 1 september 2007 (zie voor een toepassing: Antwerpen 17 oktober 2007, *NJW* 2008, 359, noot G. VERSCHELDEN, het arrest is misleidend; hoewel het niet zo geformuleerd is, geeft het de indruk dat de (nieuwe) duur van de uitkering aanvang neemt vanaf het definitief worden van de echtscheiding, terwijl dit moet zijn vanaf 1 september 2007).

Werd de duur van de uitkering wel bepaald in de titel onder de oude wetgeving dan blijft deze van toepassing zonder de bovenvermelde maximumduur te kunnen overschrijden.

Bij het verstrijken van de hierboven bepaalde termijn kan in overeenstemming met het tweede lid van artikel 301, § 4 BW de termijn verlengd worden in geval van buitengewone omstandigheden. De basis van de uitkering wordt dan wel gereduceerd tot de staat van behoefte in de beperkte zin (Rb. Nijvel 11 maart 2008, *RTDF* 2008, 487).

Bij arrest van 3 december 2008 van het Grondwettelijk Hof (nr. 172/2008) werd artikel 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet echter vernietigd (GwH 3 december 2008, *JLMB* 2009, 100, *Act.dr.fam.* 2009, 17, noot J.-C. BROUWERS en *T.Fam.* 2009, 10, noot P. SENAEVE).

De klagers voerden ter vernietiging een enig middel aan, bestaande uit twee discriminaties.

De eerste aangevoerde discriminatie die gesteund was op het feit dat twee categorieën van personen die zich in een fundamenteel verschillende situatie bevinden, t.w. diegenen die gehuwd waren vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Echtscheidingswet, en anderzijds diegenen die in het huwelijk treden na de inwerkingtreding ervan, op dezelfde wijze worden behandeld m.b.t. de duur van de uitkering na echtscheiding, werd niet gegrond verklaard.

De tweede aangevoerde discriminatie wordt wel gegrond verklaard. Zij was gesteund op het onmiddellijk toepasselijk maken van de beperkte duur van de uitkering na echtscheiding, op de uitkeringen, die onder gelding van de vroegere wet waren toegekend bij vóór de inwerkingtreding van die wet definitief geworden rechterlijke beslissingen.

Hoewel het hof van mening is dat de rechterlijke uitspraak waarbij een uitkering werd toegekend, niet kan worden beschouwd als een beslissing die onherroepelijk vastgestelde rechten doet ontstaan, oordeelt het hof toch dat door het vervangen van de regeling van een in de tijd onbeperkte uitkering door een regeling die de uitkering van rechtswege beëindigt na een duur die gelijk is aan die van het huwelijk, de wetgever op discriminerende wijze af-



breuk doet aan de gewettigde verwachtingen van de personen wier situatie onder gelding van de vroegere wet was vastgesteld en enkel onder de bij die wet vastgestelde voorwaarden kon worden gewijzigd (art. 301, § 3 (oud) BW).

Voor de in de tijd beperkte uitkeringen hanteert het hof het argument van het definitieve karakter van de gerechtelijke beslissing. Voor de niet in de tijd beperkte uitkeringen gaat dit argument niet op omdat er geen termijn bepaald is met een definitief karakter; hier gebruikt het hof het argument van de “gewettigde verwachtingen”.

Uit de beslissing van het Grondwettelijk Hof moet noodzakelijkwijze worden afgeleid dat de beperkte duur van de uitkering wel van toepassing is op gerechtelijke beslissingen die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Echtscheidingswet nog niet definitief geworden waren. Het gaat hier om vorderingen tot uitkering die nog hangende waren op 1 september 2007, hetzij in eerste aanleg, hetzij in graad van hoger beroep, maar ook om vorderingen tot uitkering gesteund op de vroegere wet die na voormelde datum werden ingesteld of nog zullen ingesteld worden.

Immers de eerste aangevoerde discriminatie, gesteund op dezelfde behandeling van twee fundamenteel verschillende categorieën van gehuwden, t.w. deze gehuwd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Echtscheidingswet en deze gehuwd daarna, werd verworpen. Anderzijds kunnen echtgenoten gescheiden ingevolge een echtscheidingsvonnis van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Echtscheidingswet maar die op dat ogenblik nog niet beschikten over een definitieve titel tot uitkering, niet terugvallen op een “definitief geworden gerechtelijke beslissing” en het “gezag van gewijsde dat met die gerechtelijke beslissingen gepaard gaat” en “de gewettigde verwachtingen” die zij daarin mochten hebben.

P. SENAËVE meent dat deze categorie van rechthebbenden wel zou kunnen terugvallen op de “gewettigde verwachtingen” omdat zij echtgescheiden zijn onder het oude recht, maar dat deze verwachtingen minder sterk zijn dan voor degenen die reeds beschikten over een definitieve alimentatietitel (P. SENAËVE, “De vernietiging van artikel 42, § 5 wet van 27 april 2007 door het Grondwettelijk Hof” (noot onder GwH 3 december 2008), *T.Fam.* 2009, 14-20). Dit standpunt is echter niet zo overtuigend omdat het hof het begrip “gewettigde verwachtingen” hanteerde m.b.t. de alimentatietitels waarin de uitkering niet in de tijd beperkt werd in vergelijking met deze waarin wel een tijdsduur werd bepaald, m.a.w. in ieder geval in samenhang met het bestaan van een titel. Het begrip werd dus niet gebruikt als een losstaand begrip dat ook kan worden gebruikt wanneer er nog geen titel is en de vraag kan worden gesteld of er dan wel sprake kan zijn van “gewettigde” verwachtingen.

Het Grondwettelijk Hof vernietigt artikel 42, § 5 echter in zijn geheel en niet slechts gedeeltelijk wat ongetwijfeld zal leiden tot rechtspraak die vertrekkende vanuit de vaststelling dat, vermits voormeld artikel niet meer bestaat, ook de verwijzing er naar in artikel 42, § 2 m.b.t. de op 1 september 2007 nog hangende echtscheidingsvorderingen en de daaraan gekoppelde alimentatievorderingen geen uitwerking meer kan hebben. Hetzelfde geldt voor de alimentatievorderingen bedoeld in artikel 42, § 3, d.w.z. vorderingen gesteld na

1 september 2007 in echtscheidingen die al difinitief waren vóór die datum (art. 42, § 3 verwijst impliciet naar de § 5 er van). Vanuit dit uitgangspunt zou bijgevolg de beperkte duurtijd van de uitkering ook niet van toepassing zijn op deze categorieën van alimentatievorderingen.

Moet uit dit alles niet besloten worden dat de rechtsonzekerheid die al groot was, ingevolge het arrest van het Grondwettelijk Hof nog wat groter is geworden? Het minste dat kan gezegd worden is dat het arrest op zijn beurt nieuwe discriminaties in het leven roept, hetzij voor de uitkeringsgerechtigden, hetzij voor de uitkeringsplichtigen.

Ter illustratie van deze nieuwe bron van rechtsonzekerheid wordt verwezen naar de noot van P. SENAEVE (*supra*) maar ook naar deze van J.-C. BROUWERS onder het arrest (J.-C. BROUWERS, “La règle de la durée de la pension alimentaire après divorce à l’épreuve de la Cour constitutionnelle”, *Act.dr.fam.* 2009, 17-21) die concludeert dat voortaan elke uitkering na echtscheiding die wordt toegekend op basis van de oude artikelen 301, 306, 307 en 307bis BW ook wat de duur betreft onder de oude bepalingen blijft vallen. Dit standpunt dat uitgaat van een zorg om geen nieuwe discriminaties te creëren is echter moeilijk te verenigen met het principe van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet en de beperkte toepassing die aan uitzonderingen op dit principe moet worden gegeven.

**931** Volgens de tekst van de wet en de parlementaire voorbereiding geldt dat voor vonnissen waartegen v ó ó r 1 september 2007 hoger beroep werd aange tekend, de rechter in hoger beroep de oude wet zal toepassen.

Voor beroepen na 1 september 2007 rees de vraag of het de nieuwe wet is, zulks overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels inzake het overgangsrecht dan wel de oude wet al naargelang de interpretatie die wordt gegeven aan het begrip “eindvonnis” in de tweede paragraaf, eerste lid van artikel 42 van de overgangsbepalingen.

Rekeninghoudend met de implicaties die een bepaalde interpretatie heeft op de toepassing van de “oude” of “nieuwe” uitkering zal hierop verder worden ingegaan met de wetenschap dat een kwalitatieve slechte wettekst niet tot goede interpretaties kan leiden. Deze interpretaties streven naar rechtszekerheid; doch het is duidelijk dat deze er maar kan komen hetzij door een wetgevend initiatief, hetzij door een beslissing van het Grondwettelijk Hof of het Hof van Cassatie. Bij arrest van 11 september 2008 heeft het Hof van Cassatie dit dan ook gedaan (Cass. 11 september 2008, *JT* 2008, 528, noot, *T.Fam.* 2008, 148, noot P. SENAEVE, *Act.dr.fam.* 2008, 173, noot J.-C. BROUWERS en *RTDF* 2008, 1166, noot F. BALOT; zie hierover *verder* nr. 932).

Er circuleerden tenminste vier interpretaties die hierna voor een beter begrip worden samengebracht in drie interpretaties (zie meer uitgebreid over deze vier interpretaties J.-C. BROUWERS, J.-E. BEERNAERT en H. VANDERVELLEN, *De nieuwe echtscheidingswet in Nieuwe wetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781-786).

Het begrip “eindvonnis” (in de Franse tekst “jugement définitif”) waarnaar artikel 42, § 2 van de overgangsbepalingen verwijst is blijkbaar niet willekeurig gekozen. Het begrip wordt gedefinieerd in artikel 19, eerste lid Ger.W. en betekent elke beslissing waarin de rechter zijn rechtsmacht uitput. Bedoeld wordt “het uitspreken” van de beslissing en niet het in “kracht van gewijsde gaan” (J.-P. MASSON, “La Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2007, 542). Van zodra de rechter zijn rechtsmacht heeft uitgeput, is de zaak aan hem onttrokken behoudens bepaalde rechtsmiddelen zoals het verzet en het verzoek tot herroeping van gewijsde waardoor dezelfde rechter zijn rechtsmacht opnieuw zal moeten uitputten. Indien er beroep wordt aangetekend dan is er echter een nieuwe “saisine” t.o.v. een ander rechter waarvan de rechtsmacht niet deze is van de eerste rechter. Partijen kunnen trouwens die rechtsmacht beperken door de omvang van hun beroep te beperken. Strikt genomen is de overgangsregeling op deze nieuwe *saisine* dan ook niet meer van toepassing.

Vermits de definitie die artikel 19, eerste lid Ger.W. geeft zowel van toepassing is op beslissingen van de eerste rechter als van de appelrechter, is de oude wet ook van toepassing op hangende zaken in graad van hoger beroep waarin nog geen “eindbeslissing” werd genomen (anders in het kader van deze interpretatie, J.-P. MASSON, “La Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2007, 542). Deze interpretatie heeft het voordeel dat ze de tekst van de wet respecteert en aansluit op de bedoeling van de wetgever, zij het minder verregaand dan de *strikte interpretatie* vermits de oude wet van toepassing blijft op alle hangende zaken en niet uitsluitend deze die in *beraad* werden genomen. Ze heeft echter het nadeel dat de appelrechter in bepaalde gevallen de nieuwe wet moet gaan toepassen terwijl dit voor de eerste rechter nog de oude wet was (deze consequentie sluit aan bij de interpretatie gegeven door de vertegenwoordiger van de minister en deze laatste zelf: *Parl.St.* Kamer gewone zitting 2006-07, nr. 51 2341/024, 18-19 en voordien 573-574; deze stelling werd bijgetreden door Y.-H. LELEU, “Le droit transitoire” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 168; D. PIRE, “Le nouveau droit de divorce: problèmes de droit transitoire” (noot onder Rb. Luik 8 november 2007), *JLMB* 2008, 336; zie voor een toepassing in de rechtspraak, Luik 29 januari 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 37, *RTDF* 2008, 456 en *JLMB* 2008, 316). Dezelfde redenering kan worden toegepast op gewijzigde echtscheidingsvorderingen ingesteld na 1 september 2007 in procedures die nog hangende waren en waarin geen eindbeslissing werd genomen. De oude wet blijft dan gelden en de gewijzigde vordering op basis van de nieuwe wet is niet-ontvankelijk (Brussel 17 april 2008, *RTDF* 2008, 461).

Naast bovengenoemde interpretatie zijn er nog twee andere die werden verdedigd.

Vooreerst de *strikte interpretatie* die teruggaat op de parlementaire voorbereiding en de bedoeling van de indiener van het amendement dat aan de basis lag van de kwestieuze tweede paragraaf van artikel 42 (het betrof senator M. MAHOUX, zie hierover J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 123-126; J.-C. BROUWERS, J.-E. BEERNAERT en H. VANDERVELLEN, *De nieuwe echtscheidingswet in Nieuwe wetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2007, 781-786). Hier zou het enkel de bedoeling geweest zijn om de oude wet nog toepasselijk te verklaren, als uitzondering op het gemeen recht inzake overgangsregeling, op die zaken die reeds in *beraad* genomen waren in eerste aanleg en in hoger beroep en waarin nog geen eindvonnis (in de zin van een “eindbeslissing”, art. 19, eerste lid Ger.W) was tussengekomen. Op die manier wou men voorkomen dat er een overrompeling aan verzoeken tot heropening van de debatten zou plaatsvinden. Volgens deze interpretatie is er echter wel een verschil in de bedoeling van de indiener en de wetgever en de tekst zelf in die zin dat dit zo niet in de tekst van de wet staat. Uit de lezing ervan hoeft men immers niet af te leiden dat het enkel maar zou gaan om zaken die “in beraad” werden genomen. Deze interpretatie heeft het voordeel dat ze eenvoudig toe te passen is, maar heeft het nadeel, zoals de eerste interpretatie, dat wanneer er hoger beroep wordt ingesteld na het vonnis dat nog gewezen is onder de oude wet, de appelrechter de nieuwe wet zal moeten toepassen. (Bergen (2de kamer) 11 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 17 en *RTDF* 2008, 443; Rb. Nijvel 16 oktober 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 39 en *JLMB* 2008, 321; Rb. Nijvel 13 november 2007, *JLMB* 2008, 341, noot J.-P. MASSON, hier wordt telkenmale de interpretatie ook toegepast op zaken die zijn vastgesteld om te worden gepleit).

Vervolgens is er de ruime interpretatie die inhoudt dat het begrip “eindvonnis” in zijn generieke betekenis moet gezien worden, d.w.z. als een “gerechtelijke uitspraak die definitief” is. De procedure in hoger beroep is daarbij niet anders dan de voortzetting van de in eerste aanleg ingeleide procedure. Volgens deze interpretatie maakt de tekst van de wet ook niet het onderscheid tussen hogere beroepen ingesteld vóór of na 1 september 2007. De overgangsregeling is bijgevolg van toepassing op alle nog hangende procedures zowel deze in eerste aanleg als in hoger beroep en dit zolang er geen beslissing is tussengekomen die in kracht van gewijsde is gegaan (P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” *T.Fam.* 2007, 133; J.-L. RENCHON, “La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce: le ‘droit au divorce’”, *RTDF* 2007, 1054; toepassingen in de rechtspraak: Gent 25 oktober 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 29; Brussel 6 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 33; Gent 13 december 2007, *RABG* 2008, 699, noot; Bergen (19de kamer) 26 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 34 deze kamer van het hof te Bergen neemt een ander standpunt in dan de 2de kamer van hetzelfde hof, zie *boven* Bergen 11 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 17 en *RTDF* 2008, 443).

Deze interpretatie heeft wel het voordeel dat ze logisch, coherent en “gebruiksvriendelijk” is doch zij houdt geen rekening met de (politieke) bedoeling van de wetgever om de nieuwe wet onmiddellijk van toepassing te maken, ook op de hangende procedures, en geeft aan het begrip “eindvonnis” een betekenis die niet strookt met de definitie ervan in het Gerechtelijk Wetboek. Bovendien gaat de coherentie verloren wanneer binnen deze interpretatie wordt aanvaard dat nieuwe echtscheidingsvorderingen, aanvullende vorderingen of tegenvorderingen, gesteld na 1 september 2007 wel onder toepassing vallen van de nieuwe wet vermits de rechter, weze het in eerste aanleg of in hoger beroep, dan enerzijds de oude wet en anderzijds de nieuwe wet zal moeten toepassen (Luik 29 januari 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 37 en *JLMB* 2008, 316; Rb. Luik 22 november 2007, *Act.dr.fam.* 2008, 40; Rb. Brussel 16 januari 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 46; P. SENAËVE, “Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 220-223; D. PIRE, “Le nouveau droit de divorce: problèmes de droit transitoire” (noot onder Rb. Luik 8 november 2007), *JLMB* 2008, 334; zie ook J.-L. RENCHON, “La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce: le ‘droit au divorce’”, *RTDF* 2007, 1054 die echter van mening is dat nieuwe vorderingen of incidentele vorderingen gesteld in het kader van een oude procedure ook onder de oude wet blijven).

**932** In het arrest van 11 september 2008 (Cass. 11 september 2008, *JT* 2008, 528, noot, *T.Fam.* 2008, 148, noot P. SENAËVE, *Act.dr.fam.* 2008, 173, noot J.-C. BROUWERS en *RTDF* 2008, 1166, noot F. BALOT) is het Hof van Cassatie de wetgever welwillend ter hulp gekomen die zoals hierboven werd aangetoond de begrippen “eindvonnis” en “gerechtelijke uitspraak die definitief is” had verward.

Het hof verwijst naar artikel 2 BW dat bepaalt dat een nieuwe wet onmiddellijke toepassing heeft, niet enkel op situaties die ontstaan na het van kracht zijn van de wet maar eveneens op hangende geschillen, voor zover dit niet leidt tot een aantasting van reeds verkregen rechten. Overeenkomstig deze regel moet, volgens het hof, een wet die een echtscheidingsgrond afschaft, bij gebreke aan een uitdrukkelijk afwijkende bepaling, toegepast worden vanaf het van kracht zijn van de wet op alle voor de hoven en rechtbanken hangende echtscheidingen.

Het hof vervolgt dat de wet van 27 april 2007 die de echtscheidingsgronden bepaald in de artikelen 229, 231 en 232 BW afschaft, echter in het artikel 42, § 2, eerste lid bepaalt dat de oude echtscheidingsgronden moeten toegepast worden op de procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed,

ingeleid vóór de inwerkingtreding van de wet (*in casu* vóór 1 september 2007) en waarvoor geen *eindvonnis* is uitgesproken. Het hof oordeelt vervolgens dat de wetgever aan het begrip “eindvonnis” de betekenis heeft willen geven van een gerechtelijke beslissing die onherroepelijk heeft beslist over een eis tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, m.a.w. een beslissing die kracht van gewijsde heeft.

Het Hof van Cassatie besluit dat de oude artikelen 229, 231 en 232 BW van toepassing blijven in een beroepsprocedure ingesteld tegen een vonnis dat de echtscheiding uitspreekt op basis van een van de oude artikelen.

Het hof steunt haar beslissing op de vaststelling dat waar de wetgever een overgangsregeling heeft voorzien, het dan ook de intentie was van de wetgever om aan het begrip “eindvonnis” de betekenis te geven van een “onherroepelijke beslissing”. Dit standpunt gaat echter in tegen het principe dat overgangsbepalingen die afwijken van het gemeen recht, beperkend moeten worden geïnterpreteerd. Het Hof van Cassatie past echter de meest uitgebreide interpretatie toe. Bovendien kon het hof zich bezwaarlijk steunen op de “intentie” van de wetgever als uitgangspunt van een interpretatie terwijl er *in casu* helemaal geen parlementair debat is geweest over deze kwestie.

Zoals hierboven al werd gezegd, is het hof de wetgever hier ter hulp gekomen. Dit heeft echter wel voor gevolg dat nu aan het wettelijk gedefinieerd begrip “eindvonnis” of “jugement définitif” (art. 19, eerste lid Ger.W.), *pour les besoins du moment* een invulling werd gegeven die niet in overeenstemming is met de wet en die de deur openzet om in andere materies dan deze van het echtscheidingsrecht, deze nieuwe betekenis naar voor te schuiven. Het gaat hier m.a.w. om een “gelegenheidsuitspraak” die echter wel het gevaar inhoudt dat zij een eigen leven gaat leiden en vroeg of laat toch weer terug op het bord van het Hof van Cassatie terechtkomt (F. BALOT en G. WILLEMS, “Divorce et droit transitoire. L’application dans le temps de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2009, 40).

**933** Indien nieuwe echtscheidingsvorderingen, aanvullende vorderingen of tegenvorderingen, gesteld na 1 september 2007 onder de toepassing vallen van de nieuwe wet rijst anderzijds ook een probleem van *samenhang* en gebeurlijk *aanhangigheid* t.o.v. eerder gestelde vorderingen onder de oude wet (art. 29 en 30 Ger.W.).

Indien de tegenvordering niet het karakter vertoont van een verweer tegen de hoofdvordering, er ook geen samenhang is en gesteld werd na 1 september 2007, dan is de nieuwe wet erop van toepassing. Indien dit karakter wel aanwezig is en de hoofdvordering valt onder toepassing van de oude wet dan is dit ook zo voor de tegenvordering, zelfs al werd die geformuleerd na 1 september 2007 (Rb. Luik 20 maart 2008, *JLMB* 2008, 1044, noot D. PIRE; J.-P. MASSON, “Un an d’application de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2008, 468-469). Sommige auteurs verwerpen dit onderscheid en stellen dat na het arrest van 11 september 2008 van het Hof van Cassatie moet besloten worden dat tegenvorderingen gesteld in een oude procedure zelfs na 1 september 2007 onder het oude recht blijven vallen, terwijl tegenvorderingen gesteld in een procedure ingeleid na die datum onder de nieuwe wet vallen (F. BALOT, “Le droit transitoire des causes du divorce: *ite missa est* (ou peu s’en faut...)” (noot onder Cass. 11 september 2008), *RTDF* 2008, 1179).

Wat de samenhang betreft, staat het de rechter vrij daarover te oordelen (Cass. 15 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1073; Cass. 4 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 4 en *RW* 1987-88, 892, noot; Rb. Hasselt 8 januari 2008, *RABG* 2008, 701) en kan deze terecht van mening zijn dat er geen gevaar bestaat voor tegenstrijdige beslissingen (vermits de oude en de nieuwe wet een verschillende juridische oorzaak tot echtscheiding hebben en in de nieuwe wet geen uitspraak wordt gedaan over de schuldvraag) zodat deze niet tot samenvoeging beslist (toepassing: Rb. Antwerpen 16 oktober 2007, *RABG* 2008, 229; Rb. Leuven 4 februari 2008, *RABG* 2008, 709; Rb. Mechelen 14 februari 2008, *RABG* 2008, 719 noot S. BROUWERS; zie ook P. SENAËVE, “De overgangsrechtelijke handhaving van de oude echtscheidingsgronden en het inleiden van een tegeneis in een hangende ‘oude’ echtscheidingsprocedure” (noot onder Antwerpen 25 juni 2008), *T.Fam.* 2008, 171). Zie echter verder wat de “oorzaak” van een rechtsvordering betreft.

Indien er gelijkheid bestaat van voorwerp, oorzaak en gedingpartijen tussen de vordering op grond van het oude recht en deze op basis van het nieuwe recht dan moet er afstand worden gedaan van de eerste vordering (art. 824 Ger.W.). Indien de andere echtgenoot reeds geconcludeerd heeft dan zal deze de afstand moeten aanvaarden zoniet zal de rechter daarover moeten oordelen hetgeen neerkomt op een beslissing over de toepasselijkheid van de oude wet dan wel de nieuwe wet (art. 825 Ger.W.).

Het formuleren van een nieuwe echtscheidingsvordering terwijl nog een vordering onder het oude recht hangende is impliceert noodzakelijk een impliciete afstand van de oude vordering nu beide vorderingen van echtscheiding (of tot het bekomen van een uitkering) in hoofde van een en dezelfde echtgenoot onderling onverenigbaar zijn (Antwerpen 8 april 2008, 2008/AR/199, onuitg.; Rb. Dendermonde 10 april 2008, 07/2003/A, onuitg.).

Welnu een afstand van vordering of van geding vormt een incident van de principale vordering waarin enkel de rechter bij wie de oorspronkelijke vordering aanhangig is, kan tussenkomen nadat de zaak op een regelmatige wijze bij hem op de zitting wordt gebracht, d.i. in de regel na samenvoeging bevolen door de rechter bij wie de nieuwe of incidentele vordering werd gesteld (Antwerpen 8 april 2008, 2008/AR/199, onuitg.; Rb. Antwerpen 16 oktober 2007, *RABG* 2008, 229; Rb. Mechelen 14 februari 2008, *RABG* 2008, 719 noot S. BROUWERS; P. SENAËVE, “Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 222).

Uit het voorgaande volgt dat de echtgenoot die er belang bij heeft het middel van de samenhang en gebeurlijk de aanhangigheid op te werpen bijvoorbeeld omdat hij beter af is met een uitkering onder de oude wet, geen recht krijgt op dit punt. Dit kan dus een reden zijn om wel in te gaan op een vraag tot samenvoeging. In tegenstelling tot de samenhang staat aanhangigheid niet ter vrije beoordeling van de rechter (Cass. 15 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1073)

doch door de vrije beoordeling van de samenhang kan de beoordeling van de aanhangigheid buitenspel gezet worden.

In het geval een echtgenoot reeds een onderhoudsvordering had gesteld onder het oude recht doch ingevolge een tegenvordering of nieuwe vordering tot echtscheiding van de tegenpartij op basis van het nieuwe recht verplicht wordt een keuze te maken tussen het handhaven van de oude onderhoudsvordering of stellen van een nieuwe alimentatievordering, zou het probleem van de samenvoeging kunnen vermeden worden door de ene vordering te stellen in hoofdorde en de andere in ondergeschikte orde.

Sommige auteurs stellen dat hier het begrip “aanhangigheid” niet van toepassing zou zijn omdat de twee opeenvolgende eisen (uitgaande van eenzelfde partij) niet dezelfde o o r z a a k , d.w.z. juridische grondslag zouden hebben (F. BALOT en G. WILLEMS, “Divorce et droit transitoire. L’application dans le temps de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2009, 41).

Dit standpunt lijkt onjuist. Er is aanhangigheid wanneer er gelijkheid is van voorwerp, oorzaak en gedingpartijen. Het voorwerp is telkens de ontbinding van het huwelijk (Cass. 15 september 1994, *RW* 1994-95, 1091 en *Div. Act.* 1996, 50, noot P. SENAEVE; Cass. 18 april 2002, *RW* 2002-03, 293). De oorzaak is het geheel aan feiten en handelingen die aan de eis ten grondslag liggen en die perfect dezelfde kunnen zijn onder de oude eis als onder de nieuwe (bv. eenzelfde overspel). De begrippen “oorzaak” en “juridische grondslag” zijn echter essentieel verschillend (Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 202 en *RW* 1993-94, 124). Het is niet omdat de rechtsgrond gewijzigd wordt dat daarom ook de feiten veranderen.

Aanhangigheid onderstelt echter wel dat dezelfde vordering bij twee verschillende rechtbanken is ingesteld. Worden de opeenvolgende vorderingen gesteld voor dezelfde rechter dan is er geen aanhangigheid in de juiste betekenis van het woord. Zijn deze vorderingen echter hangende voor verschillende kamers van dezelfde rechtbank dan rijst toch de vraag of de voorzitter van de rechtbank er niet de samenvoeging zal moeten van gelasten. Dit alles neemt niet weg dat wanneer er gelijkheid is van voorwerp, oorzaak (d.w.z. het geheel der feiten) en gedingpartijen het onterecht is dat de rechter niet tot samenvoeging overgaat.

**934** De nieuwe regeling inzake echtscheiding door onderlinge toestemming waarbij de voorafgaande overeenkomsten (waaronder deze m.b.t. alimentatie) een voorlopige draagkracht behouden indien de overstap wordt gedaan naar de procedure van echtscheiding op grond van een onherstelbare ontwrichting, is niet van toepassing op overeenkomsten die de partijen hebben getekend vóór 1 september 2007 (nieuw art. 1294*bis*, § 2 Ger.W.).

Bij de voormelde overgangsregeling werd uitgegaan van het principe van de o n m i d d e l l i j k e t o e p a s s i n g van de wet. De overgangsregeling vormt daarop een uitzondering.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de vertegenwoordiger van de minister van Justitie de algemene beginselen van het overgangsrecht als volgt omschreef: “De niet-terugwerkende kracht van de wetten en het logische gevolg ervan, de onmiddellijke toepassing ervan op de situaties die in aanleg zijn en situaties die aan de gang zijn (art. 2 BW), de onmiddellijke toepassing van de wetten op de rechtspleging, het verbod gebruik te maken van feiten uit het verleden voor de tenuitvoerlegging van de nieuwe wet, alsook het voortbestaan van de vroegere wet op contractueel vlak” (wetsontwerp betreffende de hervorming van de echtscheiding 12 april 2007, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51 2341/018, 70).

## b. Aard

**935** Omdat het recht op een uitkering een verruimd basisrecht is geworden dat niet meer gekoppeld is aan het statuut van onschuldige echtgenoot die hetzij gedwongen werd de echtscheiding te vragen, hetzij deze opgedrongen kreeg, is de verwijzing naar de gelijkwaardige wijze van bestaan als tijdens het samenleven (art. 301, § 1 (oud) BW) weggevallen.

Dit verruimd basisrecht dat niet meer gekoppeld is aan de schuldvraag heeft echter niet voor gevolg dat de rechter in geval van een hoofdvordering op grond van artikel 229, § 3 BW en een tegenvordering op grond van artikel 229, § 1 BW kan beslissen dat de tegenvordering zonder voorwerp is omdat er geen impact meer is van de echtscheidingsgrond op de gevolgen o.m. het recht op een uitkering na echtscheiding. De echtscheiding kan dus worden uitgesproken op de twee gronden zoals dit in het oude recht ook het geval was (Gent 27 maart 2008, *NJW* 2009, 277, noot G. VERSCHULDEN).

De uitkering heeft bijgevolg geen indemnitair karakter meer maar een uitsluitend alimentair karakter.

Nochtans kan niet belet worden dat via het begrip “aanzienlijke terugval van de economische situatie” (art. 301, § 3, tweede lid (nieuw) BW) de uitkering toch ook weer een indemnitaire invulling krijgt.

Een uitkering is alimentair wanneer, om ze te begroten, de inkomsten, lasten en mogelijkheden van elk van de ex-echtgenoten in overweging worden genomen (zie het nieuwe art. 301, § 3, tweede lid BW), zijnde deze op het moment zelf van de echtscheiding.

Het is de “behoefte” echtgenoot die gerechtigd is op een uitkering (nieuw art. 301, § 2 BW) en het bedrag dat door de rechtbank wordt vastgelegd moet “tenminste de staat van behoefte” van de uitkeringsgerechtigde dekken (nieuw art. 301, § 3 BW). Het “recht op” is virtueel reeds aanwezig vanaf het definitief worden van de echtscheiding maar het wordt “geopend” door het zich bevinden in een “staat van behoefte”. Dit begrip krijgt dus een dubbele betekenis; enerzijds is het de voorwaarde om een vordering tot uitkering te kunnen stellen, anderzijds is het op het vlak van de begroting van het bedrag de “bodemkoers”.

Het uitgangspunt van de uitkering is niet langer de gelijkwaardige levensstandaard maar de staat van behoefte.

Het begrip staat van behoefte is een relatief begrip. Het heeft een persoonlijk karakter en wordt ingevuld aan de hand van de normale levensvoorwaarden die de onderhoudsgerechtigde geniet in functie van zijn opvoeding en sociale status. Het begrip is dus niet het synoniem van armoede of bestaansminimum en in die zin kan er nog steeds worden rekening gehouden



met de gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven, zij het niet meer als uitgangspunt maar als beoordelingselement. Er is m.a.w. geen absoluut recht op het behoud van de vroegere levensstandaard noch op het delen van de levensstandaard van de ex-partner (Vred. Luik (3de kanton) 7 maart 2007, *JLMB* 2008, 1053 en *Rev.not.b.* 2008, 476; de juiste datum van het vonnis moet echter 17 december 2007 zijn; Vred. Vorst 7 mei 2008, *RTDF* 2008, 1234 waarin de vergelijking wordt gemaakt met art. 205 BW; J. GERLO, *Handboek voor Familierecht I, Personen- en Familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 88; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 109, nr. 190; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 213-239).

De klassieke indeling van de alimentatiegelden maakt het onderscheid tussen de “uitgebreide” alimentatieverplichtingen en de “beperkte” alimentatieverplichtingen. Tot de eerste groep behoren de verplichtingen die o.m. voorspruiten uit de artikelen 203 en 203*bis* BW (kinderen), de artikelen 213, 221 BW (echtgenoten) en de oude artikelen 301, 301*bis*, 306, 307 en 307*bis* BW (ex-echtgenoten) en die als basis de levensstandaard hanteren. De tweede groep omvat de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichtingen zoals o.m. bepaald in de artikelen 205, 205*bis* en 206 BW en die de behoefteigheid als uitgangspunt hebben.

De nieuwe uitkering na echtscheiding ligt daar tussenin hetgeen blijkt uit de bewoordingen van paragraaf 3 van het nieuwe artikel 301 BW dat vereist dat “tenminste” de staat van behoefte moet gedekt zijn, maar ook uit de opsomming van de criteria waarmee de rechter moet rekening houden, waaronder het nieuwe begrip “aanzienlijke terugval van de economische situatie” van de uitkeringsgerechtigde (P. SENAEVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 129, nr. 97; J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 111; zie voor een toepassing van het begrip “aanzienlijke terugval van de economische situatie”: Rb. Nijvel 26 februari 2008, *RTDF* 2008, 481, noot N. DANDROY).

De minister van Justitie gaf tijdens de parlementaire voorbereiding de volgende definitie: de financiële afhankelijkheid van één van de partijen ten opzichte van de andere. In dat kader is één van de criteria die in aanmerking kan komen, de levensstandaard van de partijen tijdens het gemeenschappelijke leven (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2341/18, 34).

Verder maakt de wetgever in de buitengewone situatie van verlenging van de looptijd van de uitkering een onderscheid tussen de oorspronkelijke uitkering en “het bedrag dat noodzakelijk is om de staat van behoefte te dekken” (art. 301, § 4 BW) en in het geval de staat van behoefte toe te schrijven is aan niet gerechtvaardigde keuzes van de uitkeringsgerechtigde met een desgevallend “verminderde uitkering” (art. 301, § 5 BW). Er wordt dus m.b.t. het begrip “staat van behoefte” een gradatie gevolgd waarbij het normale crite-

rium volgens artikel 301, § 3 BW hoger ligt dan datgene dat in het gemeen recht wordt gehanteerd.

Vermits het begrip “behoefte” geen nieuw begrip is maar een begrip dat reeds lang bestaat, is het interessant te kijken welke definitie oudere auteurs er aan gaven. R. DEKKERS geeft de volgende omschrijving: “Behoefte is een zuiver betrekkelijk begrip. Eisers’ behoeften hangen van zijn leeftijd af, van zijn gezondheidstoestand, van zijn gezinslasten, van zijn maatschappelijk milieu. De rechter zal oordelen. Hij zal daarbij rekening houden met de mogelijkheden, waarvan eiser geen gebruik zou maken: het werk dat hij niet verrichten wil, de zaken die hij niet wil verkopen enz. Gebrek lijden moet onvrijwillig zijn; anders zou de steunplicht luiheid belonen” (R. DEKKERS, *Handboek van Burgerlijk recht*, I, Brussel, Bruylant, 1956, 125).

De wetgever heeft geen “mathematisch” weer te geven criteria opgenomen. Dit is spijtig want dit zet de deur open voor uiteenlopende rechtspraak die niet transparant is, soms subjectief en alleszins niet van aard de rechtzekerheid te dienen.

Vermits de uitkering moet worden begroot vanuit een economische context, in het bijzonder de economische terugval van een van de echtgenoten ten overstaan van de globale economische situatie van het koppel tijdens het huwelijk, zal in de rechtspraktijk toch weer teruggedrepen worden naar de levensstandaard als referentiestandaard. Er is nu in vergelijking met de oude situatie wel een belangrijk verschil. De terugval moet “aanzienlijk” zijn, wat onder het oude recht niet vereist was. Daar was het voldoende dat de onschuldige echtgenoot zijn levensstandaard zonder meer kon behouden, hetgeen soms aanleiding gaf tot kleine, principieel “compensatoire” uitkeringen zelfs indien er geen betekenisvolle terugval was (Vred. Luik (3de kanton) 7 maart 2007, *JLMB* 2008, 1053).

**936** In drie gevallen kan/moet de rechtbank het verzoek om een uitkering weigeren en is er dus in hoofde van de economisch zwakke echtgenoot geen “recht op”. Telkens is het de uitkeringsplichtige echtgenoot die de uitsluitingsgrond moet invoeren en bewijzen.

– De zware fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt (art. 301, § 2, tweede lid BW)

De zware fout die door de behoeftige ex-echtgenoot werd begaan na dat het huwelijk al onherstelbaar was ontworcht, zal dus niet meer kunnen worden ingeroepen als grond van verval (Rb. Luik 24 april 2008, *JLMB* 2008, 1049 en *RTDF* 2008, 1216; N. DANDROY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1075; I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontworchtiging” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 63-64).

Er moet een oorzakelijk verband bestaan tussen de handelwijze of het gedrag van de echtgenoot en de onmogelijkheid het samenleven verder te zetten. Het bewijs daarvan kan problematisch zijn voor feiten die zich situeren na het ontstaan van de feitelijke scheiding. Niet elke feitelijke scheiding toont noodzakelijkerwijze een onherstelbare ontwrichting aan. De geboorte van een kind meer dan vijf jaar na de feitelijke scheiding, zonder dat er enige toenadering tussen de echtgenoten plaatsgreep, is niet de oorzaak van hun onherstelbare ontwrichting (Luik 13 mei 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 188).

De problematiek van het oorzakelijk verband zal vooral rijzen in het geval dat beide echtgenoten na de feitelijke scheiding een overspelige relatie begonnen zijn (zie voor een toepassingsgeval: Rb. Luik 24 april 2008, *JLMB* 2008, 1049 en *RTDF* 2008, 1216).

Indien de onherstelbare ontwrichting reeds bestond vóór de relaties, dan kunnen die geen zware fout uitmaken. In het tegenovergestelde geval, d.w.z. wanneer er vóór de feitelijke scheiding nog geen onherstelbare ontwrichting was, zal er moeten achterhaald worden welke relatie de oorzaak was van de onherstelbare ontwrichting en welke relatie maar het gevolg was van de ontwrichting. De relatie die de oorzaak was, kan dan weerhouden worden als een zware fout.

Uit dit alles volgt dat het criterium hier niet is de feitelijke scheiding maar wel de onherstelbare ontwrichting (in dezelfde zin F. SWENNEN, S. EGGERMONT en E. ALOFS, “De wet van 27 april 2007: Knelpunten van materieel recht en procesrecht inzake echtscheiding” in *Evaluatie van recente wetgeving familie-recht*, Syllabus studiemiddagen en -avond Gent, Leuven en Antwerpen, 23, 24 en 25 september 2008, 12; anders N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1075; J.-C. BROUWERS, “La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007)”, *Rev.not.b.* 2007, 603).

**937** Het moet gaan om een zware fout. De “lichtste fout” kan niet worden weerhouden om de aanspraak op een onderhoudsuitkering uit te sluiten.

De notie “zware fout” sluit aan bij het begrip van de schuldgronden uit het oude echtscheidingsrecht waarbij ook steeds een ernstige tekortkoming werd vereist (P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 125, nr. 87).

De catalogus van feiten die in het oude echtscheidingsrecht werden aanvaard als “gewelddaden, mishandelingen en grove beledigingen” zal dus nog steeds kunnen worden gebruikt.

Ook het overspel blijft een reden om te worden uitgesloten van de aanspraak op een onderhoudsuitkering, maar het wordt een fout zoals de andere waarbij geen vermoeden *iuris et de iure* van zwaarwichtigheid meer geldt. Het overspel blijft dus zijn belang behouden, hetzij als bewijs van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (art. 229, § 1 BW), hetzij als zware fout. In het eerste geval is het beledigende karakter van het overspel niet meer relevant, in het tweede geval wel.

Het criterium van wat een “zware fout” is mag echter niet zonder meer worden gelijkgesteld met datgene dat het criterium is voor een “grove belediging”. Het sluit er bij aan maar het is er niet identiek aan. Het uitgangspunt is anders, t.w. de vraag of het ethisch wel verantwoord is dat een echtgenoot die zich schuldig heeft gemaakt aan een “zware fout” en zich hierop zelfs kan steunen om zelf de echtscheiding af te dwingen, nog gerechtigd is op financiële steun van de andere echtgenoot die slachtoffer was van die zware fout.

Het feit dat de eiser in echtscheiding overeenkomstig artikel 229, § 1 BW het bewijs heeft geleverd van een tekortkoming in hoofde van de andere echtgenoot op basis waarvan de echtscheidingsrechter de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk heeft aanvaard, brengt anderzijds niet van rechtswege mee dat de verweerder in echtscheiding op grond van artikel 301, § 2, tweede lid BW geen aanspraak zou kunnen maken op een onderhoudsuitkering na echtscheiding.

Het begrip “zware fout” heeft m.a.w. niet dezelfde invulling als de fout of de tekortkoming die het bewijs vormt van de onherstelbare ontwrichting op grond waarvan de echtscheiding volgens de eerste variant (art. 229, § 1 BW) kan worden gevraagd (N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1074-1075; I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 64-65).

In geval van bewezen “zware fout” kan de rechter weigeren een onderhoudsuitkering na echtscheiding toe te kennen, maar hij hoeft dit niet noodzakelijk te doen. Hij beschikt dus over een beoordelingsmarge.

De vraag rijst of de rechter, wanneer aan de vereiste van “zware fout” voldaan is en hij besluit tot het weigeren van het verzoek om een uitkering, hij dan verplicht is niets toe te kennen, dan wel nog tot een verminderd bedrag zou besluiten. Wij denken dat deze mogelijkheid niet bestaat omdat ze niet uitdrukkelijk werd bepaald door de wetgever terwijl dit wel het geval is in de hypothese van paragraaf 5 van artikel 301 BW (staat van behoefte die het gevolg is van niet-gerechvaardigde keuzes) (in dezelfde zin I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 66).

Ten slotte is het van belang dat in het vonnis van echtscheiding in voorkomend geval al wordt vastgesteld dat er een “zware fout” is en deze de uitsluiting tot gevolg heeft van het recht op uitkering en dit zelfs wanneer er nog geen staat van behoefte is. Zoniet kunnen er jaren later bewijsmoeilijkheden opduiken wanneer er wel een uitkering moet worden gevraagd. Om te vol-

doen aan de vereiste van artikel 18, tweede lid Ger.W. dat bepaalt dat er sprake moet zijn van het “voorkomen van de schending van een ernstig bedreigd recht” zal wel het concrete bewijs moeten worden geleverd dat er gevaar bestaat voor bewijsproblemen. Het “recht” om een alimentatievordering in te stellen is virtueel aanwezig vanaf het definitief worden van de echtscheiding. Het “belang” dat vereist is voor het instellen van een vordering is gelegen in het verdwijnen van de mogelijkheid de zware fout na verloop van tijd nog te bewijzen (*anders*: I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 65-66; I. MARTENS, “Alimentatie tussen ex-echtgenoten”, *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierichters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 121-122). Dit geldt des te meer indien men het standpunt zou innemen dat de duur van de uitkering reeds begint te lopen vanaf de ontbinding van het huwelijk en niet vanaf het instellen van de vordering tot het bekomen van een uitkering (zie *verder*).

Inzake uitkering na echtscheiding ontstaat het recht op een uitkering wanneer voldaan is aan de vier volgende voorwaarden. De twee eerste voorwaarden zijn algemene grondvoorwaarden die gelden voor elke wettelijke alimentatie, de twee laatste zijn specifiek voor de uitkering na echtscheiding:

- er moet behoefte zijn in hoofde van de onderhoudsschuldeiser;
- de schuldenaar moet voldoende vermogend zijn;
- er moet een echtscheiding zijn;
- in hoofde van de onderhoudsschuldeiser mag er geen zware fout zijn.

Zelfs indien de onderhoudsschuldeiser op het ogenblik van de echtscheiding geen vordering instelt tot het bekomen van een uitkering omdat hij niet behoeftig is, dan kan de potentiële schuldenaar er wel belang bij hebben te laten vaststellen dat er *ab initio* niet voldaan is aan de voorwaarden voor het “gerechtigd zijn op” een uitkering. Deze voorwaarde is bovendien ook de enige van de vier waarvan de schuldenaar een “belang” heeft ze te doen vaststellen. Deze voorwaarde bestaat vanaf de aanvang van de echtscheiding (derde voorwaarde) en moet een oorzakelijk verband hebben met de onherstelbare ontwrichting zonder welke er geen echtscheiding kan zijn.

Het belang gaat dus wel verder dan enkel een “bewijsrechtelijk” of “proceseconomisch” belang.

De bewijslast van de zware fout valt ten laste van de verweerder t.o.v. wie de alimentatievordering wordt gesteld.

- Veroordeling wegens partnergeweld (art. 301, § 2, derde lid BW)

**938** In geen geval kan een onderhoudsuitkering na echtscheiding worden toegekend aan de echtgenoot die schuldig werd bevonden aan één in de artikelen 375, 398 tot 400, 402, 403 of 405 Sw. bedoeld feit of aan een poging tot het plegen van één in de artikelen 375, 393, 394 of 397 Sw. bedoeld feit gepleegd tegen de persoon van de andere echtgenoot.

Het gaat hier om verkrachting en poging tot verkrachting, opzettelijke slagen en verwondingen, poging tot doodslag, tot moord of tot vergiftiging enz.

Feiten van psychisch geweld worden niet in aanmerking genomen, maar dergelijke feiten kunnen in voorkomend geval wel aanvaard worden als een zware fout in de zin van het tweede lid van artikel 301, § 2 BW.

In tegenstelling tot hetgeen bepaald is in artikel 223, derde lid, artikel 1479, vijfde lid BW en artikel 1280, zevende lid Ger.W. is hier wel een veroordeling vereist. De opgesomde misdrijven zijn voor het overige exact dezelfde als deze vermeld in de hiervoor opgesomde artikelen.

De opschorting van de uitspraak of een veroordeling met uitstel hebben ook het verval van het recht op een uitkering voor gevolg (N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1076). Dit is niet het geval voor een internering uitgesproken op grond van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten (*BS* 11 mei 1930; J.-P. MASSON, “La Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2007, 539).

In artikel 301, § 2, derde lid BW is geen enkele beperking aangebracht aangaande het tijdstip waarop de geweldpleging op de persoon van de aangesproken uitkeringsplichtige werd gepleegd, zodat ook geweldplegingen begaan nadat het huwelijk reeds onherstelbaar ontwricht was, kunnen worden ingeroepen als grond tot verval van de onderhoudsaanspraak, dit in tegenstelling tot de “gewone” zware fout van artikel 301, § 2, tweede lid BW. De vraag is hoever men kan teruggaan in de tijd om oude veroordelingen redelijkerwijze nog te kunnen laten gelden.

Volgens bepaalde auteurs komen ook geweldplegingen begaan na de ontbinding van het huwelijk of na het bekomen van een uitkering in aanmerking voor het verval (P. SENAEVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 127, nr. 90; N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1076; I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 69; A.-C. VAN GYSEL, “La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larquier, 2007, 101, deze auteur merkt op dat deze interpretatie ongetwijfeld niet de bedoeling was van de wetgever maar dat de tekst het doel is voorbijgegaan).

Uit de tekst van artikel 301, § 2, derde lid BW kan wel worden afgeleid dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen geweldplegingen vóór of na de feitelijke scheiding of het beëindigen van de samenleving (waarnaar het tweede lid van paragraaf 2 van art. 301 BW wél verwijst) doch d.i. dan nog steeds binnen het huwelijk. Hieruit afleiden dat ook geweldplegingen worden bedoeld na de echtscheiding lijkt toch wel een brug te ver. De tekst van de wet spreekt over “de echtgenoot die schuldig werd bevonden” en de vraag rijst ook in hoeverre er nog sprake kan zijn van “partnergeweld” wanneer de ex-echtgenoten al lang geen partners meer zijn (vgl. J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 114, die enkel stelt dat zowel feiten vóór als na “la séparation” leiden tot verval).

In afwachting dat de beslissing over de strafvordering in kracht van gewijsde is getreden, kan de rechter aan de verzoeker toch nog een provisionele uitkering toekennen, hierbij rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak zoals de ernst van de strafklacht, het eventuele dilatoire karakter van de ingestelde strafvordering, de dringendheid van het verzoek om alimentatie enz.

De rechter kan het toekennen van een provisionele uitkering afhankelijk stellen van een waarborg die hij bepaalt en waarvoor hij de nadere regels vaststelt (art. 301, § 2, vierde lid, *in fine* BW).

- Staat van behoefte als gevolg van niet-gerechtigde keuzes (art. 301, § 5 BW)

**939** Indien de aangesproken uitkeringsplichtige aantoont dat de staat van behoefte van de verzoeker het gevolg is van een eenzijdig door deze laatste genomen beslissing en zonder dat de noden van de familie deze keuze gerechtvaardigd hebben, kan de aangesproken schuldenaar worden ontheven van het betalen van de uitkering of slechts verplicht worden tot het betalen van een verminderde uitkering. Deze verminderde uitkering kan dan lager zijn dan wat nodig is om de staat van behoefte te dekken vermits de uitkering zelfs kan worden geweigerd (“qui peut le plus, peut le moins”).

DANDROY meent dat het criterium hier is dat het moet gaan om beslissingen genomen tegen de wil in van de andere echtgenoot (N. DANDROY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1080). Het bewijs van de eenzijdigheid van de beslissing zal nochtans niet zo eenvoudig te leveren zijn nu zulke beslissingen in de regel zullen genomen zijn wanneer er nog geen sprake was van een onherstelbare ontwrichting. Anderzijds is het natuurlijk ook wel mogelijk dat precies die beslissingen geleid hebben tot een situatie waarin de voortzetting van het samenleven onmogelijk is geworden.

Hier beschikt de rechter wel over de keuze tussen de uitsluiting van het recht op een uitkering en de toekenning van een verminderde uitkering.

Erg consequent is deze keuzemogelijkheid niet, want door het Hof van Cassatie wordt het standpunt ingenomen dat de staat van behoefte waarin een persoon verkeert die om een onderhoudsuitkering vraagt, onvrijwillig moet zijn. Indien m.a.w. de staat van behoefte vrijwillig is, is er niet voldaan aan een grondvereiste tot het bekomen van een onderhoudsuitkering zelfs niet een verminderde uitkering (Cass. 12 oktober 2001, *RW* 2003-04, 418, *RTDF* 2003, 853 en *Pas.* 2001, I, 1626).

De bewijslast ligt bij de verweerder die wordt aangesproken tot betaling van de uitkering. Verder heeft de wetgever niet omschreven wat onder “de noden van de familie” moeten worden verstaan.

### c. Geldingsduur

- Maximumduur

**940** Er is een beperking in de tijd van de uitkering na de echtscheiding wat het logische gevolg is van het feit dat de uitkering onafhankelijk van elke fout kan worden toegekend. De keuze van een termijn is steeds willekeurig en de

wetgever oordeelde dat het het minst willekeurig is om de maximumtermijn voor het betalen van de uitkering te bepalen op basis van de termijn van het huwelijk (art. 301, § 4 BW). Hierin is de periode begrepen van de echtscheidingsprocedure en deze van de feitelijke scheiding, maar niet de periode van samenleven vóór het huwelijk (zie voor een toepassing Luik 16 april 2008, *JLMB* 2009, 124). Het gehanteerde criterium sluit ook aan bij het begrip “solidariteit” dat tussen echtgenoten toch mag verwacht worden, m.a.w. hoe langer het huwelijk geduurd heeft hoe groter de opgebouwde solidariteit is tussen de echtgenoten en omgekeerd.

Het feit dat de periode van de echtscheidingsprocedure begrepen is in de termijn (tot op de dag van het in kracht van gewijsde treden van het vonnis of arrest van echtscheiding) kan aanleiding geven tot het rekken van de procedure door de uitkeringsgerechtigde wat zeker niet de bedoeling was van de wetgever. In dat geval zou de rechter daarmee kunnen rekening houden bij het bepalen van de duur van de uitkering door deze overeenkomstig in te korten.

In het oude recht was de regeling zo dat, behoudens in geval van ingrijpende wijziging (art. 301, § 3, tweede en derde lid BW) of beperking in de tijd door de rechter, de verplichting tot uitkering *o n b e p e r k t* bleef doorlopen (zie voor een toepassingsgeval Rb. Luik 27 april 2000, *T.Vred.* 2001, 268).

De rechter kon de duur van de uitkering beperken indien er slechts een zeer korte periode van samenwoning bestond (Cass. 11 maart 1991, *Pas.* I, 1991, 658). Er is dan bezwaarlijk sprake van een opgebouwde *l e v e n s s t a n d a a r d*. Maar de korte periode van samenwoning mag geen rol spelen bij het bepalen van de *h o o g t e* van de uitkering (P. SENAËVE en C. AERTS, *Onderhoudsgeld tijdens de echtscheidingsprocedure en na echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 68, nr. 120 en de daar geciteerde rechtspraak). Hieruit blijkt duidelijk de binding, in het oude recht, van de uitkering met het criterium van de levensstandaard.

**941** De maximumduur van de uitkering begint te lopen vanaf het tijdstip dat de uitkering verschuldigd is, wat niet noodzakelijk de datum is van de ontbinding van het huwelijk. De uitkering kan immers in een latere gerechtelijke uitspraak opgelegd worden of het voorwerp zijn van een latere vaststelling in gemeen akkoord tussen partijen (J. FIERENS, “Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke”, *Droit de la famille in Recyclage en droit*, Luik, Anthemis, 2007, 31, nr. 55; P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 130, nr. 102; N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1081).

Hierover bestaat geen eensgezindheid; sommige auteurs menen dat de termijn van de maximumduur altijd begint te lopen vanaf de ontbinding van het huwelijk. Indien de uitkering niet onmiddellijk wordt gevorderd doch slechts



jaren na de echtscheiding dan is er nog slechts recht op het overblijvende gedeelte van de maximumduur (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 119; J.-C. BROUWERS, “Dix questions controversées sur le terrain des effets alimentaires du divorce”, *Act.dr.fam.* 2008, 51; A.-C. VAN GYSEL, “La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 118; I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in P. SENNAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHIEDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 84-86; I. MARTENS, “Tijdstip van de evaluatie van de draagkracht van partijen bij de begroting van de onderhoudsuitkering na echtscheiding” (noot onder Cass. 26 mei 2006), *T.Fam.* 2008, 135; I. MARTENS, “Alimentatie tussen ex-echtgenoten”, *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierichters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 133; F. SWENNEN, S. EGGERMONT en E. ALOFS, “De wet van 27 april 2007: Knelpunten van materieel recht en procesrecht inzake echtscheiding” in *Evaluatie van recente wetgeving familierecht*, Syllabus studiemiddagen en -avond Gent, Leuven en Antwerpen, 23, 24 en 25 september 2008, 18-19).

Dit standpunt is in strijd met het algemene beginsel dat “het recht op” een alimentatiegeld onverjaarbarend is (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Editions Kluwer, 2001, 7; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 32). Tenzij dit uitdrukkelijk anders zou bepaald zijn, opent het recht op alimentatie zich wanneer voldaan is aan de twee basisvoorwaarden die gelden voor elk wettelijk alimentatiegeld, t.w. de behoefte van de schuldeiser en het bestaan van middelen om daaraan tegemoet te komen in hoofd van de schuldenaar.

Op dit algemene beginsel bestaat maar één uitzondering, t.w. de alimentatievordering van de overlevende echtgenoot als last van de nalatenschap van de overledene echtgenoot. Deze vordering verjaart één jaar na het overlijden van de eerststervende (art. 205bis, § 5 BW).

Er was nog een tweede uitzondering m.b.t. de onderhoudsvordering tegen de verwekker (artt. 336 BW e.v.). Deze vordering moest in overeenstemming met het oude artikel 337, § 1 BW worden ingesteld binnen 3 jaar te rekenen hetzij van de geboorte, hetzij van het staken van de hulp door de verweerder rechtstreeks of onrechtstreeks verleend. Door de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan (BS 29 december 2006, 76040), alsook aanpassingen door de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (BS 28 december 2006, 75337) werd de termijn geschrapt uit artikel 337, § 1 BW.

Artikel 301, § 4 BW bepaalt duidelijk dat het gaat om “de duur van de uitkering” en niet de duur van het “gerechtigd zijn op” een uitkering (zie in dezelfde zin J. FIERENS, “Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky

Luke”, *Droit de la famille in Recyclage en droit*, Luik, Anthemis, 2007, 31, nr. 55; P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 130, nr. 102; N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1081). Indien het andere standpunt zou worden gevolgd dan worden de partijen er toe aangezet altijd onmiddellijk een vordering te stellen vermits de teller van maand tot maand loopt en er wel altijd een echtgenoot zal zijn die een kleiner inkomen heeft dan de andere terwijl er niet eens sprake is van behoefte. Anderzijds wordt de ex-echtgenoot die nog maar gerechtigd is op een klein restant van de duurtijd verplicht een verlenging te vragen bij toepassing van het tweede lid van paragraaf 4 van artikel 301 BW maar dan moet hij/zij wel genoeg nemen met een minimale uitkering wat discriminerend is t.o.v. de echtgenoot die al op het ogenblik van de echtscheiding zijn vordering stelde.

Indien de wetgever de bedoeling zou gehad hebben dat het recht op een uitkering maar zou gelden als een overgangsregeling (t.w. voor een periode gelijk aan de duur van het huwelijk) en de uitkeringsgerechtigde daarna geacht moet worden economisch zelfredzaam te zijn (I. MARTENS, “Alimentatie tussen ex-echtgenoten”, *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politierichters* 2008, Brugge, die Keure, 2008, 133), dan komt dit neer op het invoeren van een vervaltermijn waarbinnen, te rekenen vanaf de ontbinding van het huwelijk, de onderhoudsvordering moet worden ingesteld. Het minste dat dan mag worden verwacht is, dat de wetgever dit verval van een toch niet onbelangrijk alimentatierecht uitdrukkelijk zou opgenomen hebben in het nieuwe artikel 301 BW, temeer daar een dergelijk verval niet bestond in het oude artikel 301 BW.

De uitleg van de overgangsregeling en de economische zelfredzaamheid is trouwens niet overtuigend in het volgende geval. De echtgenoten waren vijf jaar gehuwd. Gedurende de eerste vier jaar van de overgangperiode vraagt de vrouw geen uitkering omdat ze haar eigen beroepsinkomen heeft. Door omstandigheden onafhankelijk van haar wil komt zij het vijfde jaar in een behoefte-toestand terecht die haar verplicht een uitkering na echtscheiding te vragen. De duur van die uitkering zou dan nog één jaar bedragen. Kan dit ene jaar dan nog als een overgangsregeling beschouwd worden naar economische zelfredzaamheid waar de vrouw al bewezen heeft zelfredzaam te zijn geweest gedurende de eerste vier jaar en zo ja, waarom bedraagt de overgangperiode voor haar dan maar één jaar?

Indien een echtgenoot na het verstrijken van de duur van de uitkering, in de stelling dat die een aanvang neemt vanaf de ontbinding van het huwelijk, behoeftig wordt, bijvoorbeeld bij pensionering, dan zou volgens de verdedigers van deze stelling, die echtgenoot nog kunnen terugvallen op de toepassing van de “buitengewone omstandigheden” van artikel 301, § 4, tweede lid BW (F. SWENNEN, S. EGGERMONT en E. ALOFS, “De wet van 27 april 2007: Knelpunten van materieel recht en procesrecht inzake echtscheiding” in *Evaluatie van recente wetgeving familierecht*, Syllabus studiemiddagen en -avond Gent, Leuven en Antwerpen, 23, 24 en 25 september 2008, 18-19).

Dit antwoord is maar ten dele juist in die zin dat er dan een aaneensluiting moet zijn in de tijd van bijvoorbeeld die pensionering en het beëindigen van de periode van uitkering. Het is echter even zo goed mogelijk dat die aaneensluiting er niet is. In die hypothese zou de behoeftige ex-echtgenoot bijgevolg niet kunnen terugvallen op de toepassing van de “buitengewone omstandigheden”.

De toelichting van de minister van Justitie en haar vertegenwoordiger bij het wetsontwerp geeft geen uitsluitel.

“Hiermee samenhangend wordt voorgesteld om het recht op de uitkering tot levensonderhoud ‘af te grendelen’, meer in het bijzonder door het in de tijd te beperken.

De voornaamste wijzigingen zijn de volgende:

– ...;

– zoals voorgesteld door de Staten-Generaal van het Gezin, evenals in meerdere bestaande wets-

voorstellen, beperking in de tijd van de uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding (belangrijk logisch gevolg van het feit dat men de uitkering onafhankelijk van elke fout zou kunnen toekennen); de keuze van een termijn is steeds willekeurig; minst willekeurig lijkt om de maximumtermijn voor *het betalen* van een uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding te bepalen op de termijn van het samenleven (dit zou overeenstemmen met een zekere billijkheid: zo is het voor een behoeftige echtgenoot die reeds een bepaalde leeftijd heeft veel moeilijker om de maatschappelijke draad weer op te nemen dan voor een jonge persoon);

—...”

(eigen cursivering, J.-C. BROUWERS, J.-E. BEERNAERT en H. VANDERVELLEN, *De nieuwe echtscheidingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 10-11).

Verder geeft de minister toelichting als volgt: “§ 4 bevat een belangrijke nieuwigheid: de uitkering is van rechtswege beperkt in de tijd. Het gaat er om dat men het idee dat de uitkering moet worden aangepast in functie van de leeftijd van de partijen en van de duur van het huwelijk wat moet verplichten (zie hoger). Het vastleggen van een termijn is het logische gevolg van de hervorming van *het recht hebben op* een uitkering, aangezien de aanvrager nu geen fout van de andere moet bewijzen om dat recht te verkrijgen. Teneinde misbruiken te vermijden die zouden kunnen voortkomen uit deze situatie, is *het recht op* een uitkering in de tijd beperkt. De keuze van een termijn is altijd min of meer willekeurig: de duur van het huwelijk lijkt het best overeen te komen met het nagestreefde doel, namelijk dat men rekening houdt met de leeftijd van de partijen en met de opofferingen die men moest doen als gevolg van het feit dat één van de partijen veel moest investeren in het samenleven. Het is bijvoorbeeld evident dat een vrouw van 50 jaar die een hele loopbaan heeft laten schieten na 20 jaar samenleven een beter lot verdient dan een jonge persoon van 30 jaar die 2 jaar gehuwd was” (eigen cursivering, J.-C. BROUWERS, J.-E. BEERNAERT en H. VANDERVELLEN, *De nieuwe echtscheidingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 19-20).

In het verslag namens de subcommissie “Familierecht” van de Kamer geeft de vertegenwoordiger van de minister van Justitie de volgende uiteenzetting: “Uit het voorgaande volgt dat de uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding in de tijd moet worden beperkt. Over de *uitkeringstermijn* kan eindeloos worden gediscussieerd. Het lijkt billijk dat die termijn wordt afgestemd op de duur van het huwelijk zelf, eventueel verlengd met de periode waarin de echtgenoten hebben samengewoond vooraleer zij in het huwelijk traden. ...” (eigen cursivering J.-C. BROUWERS, J.-E. BEERNAERT en H. VANDERVELLEN, *De nieuwe echtscheidingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 82).

Er zijn drie artikelen waarin de vraag of er sprake is van een vervaltermijn aan de orde is, t.w. artikel 301, § 2 BW, artikel 301, § 4 BW en artikel 42, § 5 van de overgangsbepalingen.

Artikel 301, § 2, eerste lid BW bepaalt: “Bij gebrek aan overeenkomst zoals bedoeld in § 1, kan de rechtbank in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt of bij een latere beslissing, op verzoek van de behoeftige echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud toestaan tot laste van de andere echtgenoot”.

Hieruit blijkt dat de vordering tot het bekomen van een uitkering tot levensonderhoud ook kan gesteld worden op een later tijdstip doch de wet bepaalt niet binnen welke termijn.

Artikel 301, § 4, eerste lid BW bepaalt verder: “De duur van de uitkering mag niet langer zijn dan die van het huwelijk”. Ook hier is geen sprake van een termijn waarbinnen de onderhoudsvordering moet worden gesteld.

Gedurende het totstandkomingsproces van de wet, vertrekkende van het wetsontwerp van 15 maart 2006 (*Parl.St.* Kamer nr. 51-2341/001) tot de bekrachtiging door de Koning (*Parl.St.*

Kamer nr. 51-2341/025 en 2341/027) zijn er op geen enkel ogenblik voorstellen of discussies geweest om het begrip “duur van de uitkering” te begrijpen in de zin van een vervaltermijn die een aanvang neemt vanaf de ontbinding van het huwelijk. Deze kwestie is eenvoudigweg nooit ter sprake geweest.

Belangrijker nog is artikel 42, § 5 van de overgangsbepalingen omdat dit slechts op het einde van de wordingsgeschiedenis van de wet werd ingevoegd nadat er al heel wat reflectie was aan voorafgegaan, maar vooral ook omdat dit artikel uitlegt hoe het begrip “duur van de uitkering” moet worden toegepast op de bestaande uitkeringen die beheerst blijven door de oude wet.

Het artikel luidt als volgt: “Artikel 301, § 4 van hetzelfde wetboek, zoals gewijzigd bij artikel 7, is van toepassing op de uitkeringen tot levensonderhoud, die zijn vastgesteld door een vonnis dat voorafgaat aan de inwerking-treding van deze wet.

Indien de duur van de uitkering niet werd bepaald, neemt de in artikel 301, § 4, bepaalde termijn een aanvang op de datum van de inwerking-treding van deze wet.

Indien de duur van de uitkering werd bepaald, blijft deze duur van toepassing, zonder dat ze de beperking waarin wordt voorzien in het tweede lid kan overschrijden”.

Hier wordt het begrip “duur van de uitkering” uit artikel 301, § 4 (nieuw) BW toegepast als een modaliteit van een weliswaar reeds bestaande uitkering, maar de hypothese dat zulke “oude” uitkering perfect nog voor het eerst kan worden gevorderd na 1 september 2007 met de daaraan klevende vraag “binnen welke termijn?” komt zelfs niet aan bod. Deze vaststelling heeft des te meer belang waar § 5 van artikel 42 een uitzondering is op het principe gesteld in § 3 van hetzelfde artikel dat bepaalt dat op de oude echtscheidingen de oude principes van het al of niet g e r e c h t i g d z i j n op een uitkering van kracht blijven. Het oude recht kent op dat vlak geen vervaltermijn zodat § 5 wel de plaats bij uitstek zou zijn geweest om het begrip van de vervaltermijn in te voeren indien dit de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest.

Bij arrest van 3 december 2008 van het Grondwettelijk Hof (nr. 172/2008) werd artikel 42, § 5 van de nieuwe Echtscheidingswet echter vernietigd.

De klagers voerden ter vernietiging een enig middel aan, bestaande uit twee discriminaties. Uit de argumenten die zij daartoe ontwikkelden blijkt dat zij het begrip “duur” van de uitkering begrepen als zijnde een modaliteit van die uitkering en niet als een vervaltermijn.

Hoewel het hof niet te oordelen had over het hierboven beschreven vraagstuk, blijkt dat in de overwegingen wordt verwezen naar de toelichting die de minister van Justitie en haar vertegenwoordiger bij het wetsontwerp gaf in de zin dat de keuze van een termijn steeds willekeurig is, maar het minst willekeurig leek om de maximumtermijn voor *het betalen* van een uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding te bepalen op de termijn van het samenleven (eigen cursivering; zie blz. 6 van het arrest *sub. B.2*). Verder verwijst het hof nog naar wat een senatrice opwierp die het niet eens was met het standpunt van de regering betreffende de overgangsbepalingen en het had over “de looptijd van de uitkering” (blz. 10 van het arrest *sub. B.14*). Ook het hof zelf ging er niet van uit dat de duur van de uitkering als een vervaltermijn moest worden begrepen.

Uit al het voorgaande volgt dat bij gebrek aan een duidelijke wettekst daartoe, niet kan besloten worden dat de wetgever afbreuk heeft willen doen aan het algemeen beginsel inzake wettelijke alimentatiegelden van de *onverjaraarbaarheid* van het “gerechtigd zijn op”.

Het hierboven ontwikkelde standpunt is uiteraard een juridisch-technisch standpunt dat niet wegneemt dat het op het maatschappelijke vlak weinig zinvol is dat echtgenoten die niet lang gehuwd waren en die na de ontbinding van dit huwelijk niet behoeftig waren, elkaar jaren later nog zouden kunnen bestoken met alimentatievorderingen.

Ex-echtgenoten die na ontbinding van hun huwelijk beschikken over een eigen inkomen en niet onmiddellijk een vordering tot uitkering stellen, hebben er *wederzijds* dan ook belang bij overeen te komen dat zij in de toekomst zulke vordering ook niet meer zullen stellen. Deze overeenkomst kan niet gesloten worden vóór de echtscheiding, wel erna.

**942** Het verschuldigd zijn van de uitkering eindigt van rechtswege bij het beëindigen van de termijn en dit moet niet in een nieuwe gerechtelijke uitspraak vastgesteld worden. Indien de rechter zou nagelaten hebben de maximumduur van de uitkering te bepalen dan eindigt de uitkering na verloop van een termijn gelijk aan die van het huwelijk (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 119; P. SENAËVE echter meent dat de rechter steeds een maximumtermijn moet bepalen: P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 130, nr. 102).

**943** De vraag rijst ten slotte of de maximumduur van de uitkering zoals bepaald in artikel 301, § 4 BW ook van toepassing is wanneer de echtgenoten een overeenkomst sloten m.b.t. de uitkering doch niets stipuleerden i.v.m. de duur ervan. Volgens sommigen is de wettelijke duurtijd dan van toepassing (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 121; N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1081-1082, die echter besluit tot voorzichtigheid bij de redactie van overeenkomsten).

Dit standpunt kan gevolgd worden wanneer het gaat om overeenkomsten gesloten tijdens de procedure doch moet genuanceerd worden indien een uitkering wordt bepaald door een overeenkomst die gesloten wordt na het definitief worden van de echtscheiding. De regels van het verbintenissenrecht zijn dan van toepassing (tenzij in strijd met de openbare orde en goede zeden) en dus ook deze m.b.t. de uitlegging van overeenkomsten (artt. 1156-1164 BW). Het Hof van Cassatie houdt zich strikt aan het conventionele karakter van zulke overeenkomsten.

Zo oordeelde dit hof dat de regel dat de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding niet hoger mag liggen dan 1/3 van de inkomsten van de uitkeringsplichtige echtgenoot (het oude art. 301, § 3 BW) de openbare orde niet raakt. Geen enkele wetsbepaling verbiedt de echtgenoten een dading aan te gaan waarin een hogere uitkering wordt bedongen (Cass. 23 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198).

In een ander arrest oordeelde het hof dat gewezen echtgenoten bij overeenkomst de uitkering kunnen vaststellen die krachtens de oude artikelen 301 en 306 BW is verschuldigd. Bij gebreke van

een beding van herziening of beperking van die uitkering, moet de rechter zich houden aan de duidelijke bewoordingen van de overeenkomst (Cass. 30 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198).

#### – Verlenging

**944** In geval van buitengewone omstandigheden, kan de rechter de termijn verlengen indien de uitkeringsgerechtigde aantoonde dat hij bij het verstrijken van deze termijn, om redenen onafhankelijk van zijn wil, nog steeds in staat van behoefte verkeert. In dat geval beantwoordt het bedrag van de uitkering aan het bedrag dat noodzakelijk is om de staat van behoefte van de uitkeringsgerechtigde te dekken (art. 301, § 4, tweede lid BW). Dit bedrag is dus beperkter dan dit van de gewone uitkering na echtscheiding.

De tekst van de wet sluit niet uit dat er na een eerste verlenging ook een tweede en een volgende verlenging plaatsvindt, telkens voor zover aan alle voorwaarden daartoe is voldaan. De verlenging kan echter niet *ab initio* bij de oorspronkelijke vaststelling van de uitkering gevraagd worden, maar anderzijds zou de verlenging wel kunnen gevraagd worden nadat de oorspronkelijke bepaalde termijn van de onderhoudsuitkering reeds is verstreken en zij niet langer verschuldigd is. Er is niet in een verval voorzien indien de onderhoudsgerechtigde de verlenging niet vordert tijdens de looptijd van zijn onderhoudsuitkering (P. SENAEVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 131, nr. 105; volgens J.-C. BROUWERS echter zou de verlenging moeten gevraagd worden bij het verstrijken van de oorspronkelijke bepaalde termijn: J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 119).

De wet preciseert niet hoelang de termijn van de verlenging kan zijn. De rechter zou dus zelf de termijn van de verlenging kunnen bepalen. Het zou echter wel in strijd zijn met de geest van de wet dat die nieuwe termijn langer zou kunnen zijn dan de duur van het huwelijk. Hetzelfde geldt voor de toepassing van de 1/3de-grens.

De vraag kan worden gesteld of de uitkeringsgerechtigde die geen uitkering kreeg voor de wettelijke maximumduur (d.w.z. voor een kortere duur) zich niet kan beroepen, wat de ontbrekende termijn betreft, op de wijzigingsmogelijkheid bepaald in paragraaf 7, eerste lid van artikel 301 BW, d.w.z. in het geval van “nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen”, i.p.v. de “buitengewone omstandigheden” van paragraaf 4 van hetzelfde artikel (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 119, voetnoot 94).

Wij denken dat dit niet het geval is omdat paragraaf 4 van artikel 301 BW betrekking heeft op de duur van de uitkering terwijl paragraaf 7, eerste lid van artikel 301 BW de wijzigingsmogelijkheid beperkt tot het bedrag van

de uitkering en dus geen betrekking heeft op de duur noch het gerechtigd zijn op een uitkering.

Mocht men het tegenovergestelde aannemen, dan zou dergelijk standpunt tot problemen leiden in het kader van de uitkering na een echtscheiding door onderlinge toestemming waarop paragraaf 7, eerste lid van artikel 301 BW ook van toepassing is.

– Einde van de uitkering

**945** Een nieuw huwelijk van de uitkeringsgerechtigde of een wettelijke samenwoning of zelfs het samenleven van de uitkeringsgerechtigde met een andere persoon “als waren zij gehuwd”, kan de uitkering doen eindigen (nieuw art. 301, § 10, tweede en derde lid BW).

Ook in geval van overlijden van de uitkeringsplichtige is de uitkering niet meer verschuldigd maar kan de uitkeringsgerechtigde een onderhoudsgeld vorderen ten laste van de nalatenschap in overeenstemming met de bepalingen van artikel 205*bis* BW (art. 301, § 10, eerste lid BW). De tekst is dezelfde als deze van het oude artikel 301, § 6 BW.

In het oude recht was een nieuw huwelijk of het samenleven in gezinsverband geen grond tot definitieve beëindiging van het recht op een uitkering. Deze feiten konden wel worden ingeroepen als “ingrijpende wijziging” in de toestand van de uitkeringsgerechtigde waardoor het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord was (art. 301, § 3, tweede lid BW). De opheffing of vermindering van de uitkering was dan afhankelijk van de beoordeling van de rechter.

In de nieuwe wet is het aangaan van een nieuw huwelijk of het wettelijk gaan samenwonen een grond van verval van rechtswege van de aanspraak op een onderhoudsuitkering zodat er geen rechterlijke tussenkomst vereist is om dit vast te stellen. Uit het gebruik van het woord “definitief” volgt dat ook na de ontbinding van het nieuwe huwelijk respectievelijk na de beëindiging van de wettelijke samenwoning, de aanspraak op een onderhoudsuitkering ten laste van de vroegere echtgenoot, uitgesloten blijft.

Ingeval de uitkeringsgerechtigde feitelijk samenleeft met iemand anders “als waren zijn gehuwd”, kan de rechtbank op vordering van de onderhoudsplichtige de uitkering van de ex-echtgenoot beëindigen, maar hier gaat het dan om een facultatieve beëindiging. Deze zal afhankelijk zijn van de mate waarin de feitelijke samenleving daadwerkelijk de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde verbetert.

De verwijzing naar een feitelijk samenleven van de partners “als waren zij gehuwd” beoogt de samenleving van twee personen die geen paar vormen (zoals een broer en een zus), uit te sluiten van de mogelijkheid tot beëindiging van de uitkering. Deze nuancering werd echter door de wetgever niet gemaakt voor het geval van de wettelijke samenwoning terwijl dit statuut evenmin gereserveerd is voor seksueel-affectieve relaties (P. SENAËVE, “De wet

van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007,132, nr. 109).

**946** Zoals dit hierboven al aan bod kwam m.b.t. de maximumduur van de uitkering (art. 301, § 4 BW) kan ook hier de vraag worden gesteld of de verschillende hypothesen van beëindiging van de uitkering van toepassing zijn wanneer de echtgenoten een overeenkomst sloten m.b.t. de uitkering doch niets stipuleerden i.v.m. de omstandigheden van beëindiging ervan. Volgens sommigen is dit wel het geval (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 120; N. DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007,1085). Zij steunen zich daarbij op de termen “in ieder geval” en verderop in de tekst van artikel 301, § 10, tweede lid BW “tenzij de partijen anders overeenkomen”.

Dit standpunt kan gevolgd worden wanneer het gaat om overeenkomsten gesloten tijdens de procedure doch er kan aan getwijfeld worden indien een uitkering wordt bepaald door een overeenkomst die gesloten wordt na het definitief worden van de echtscheiding. De regels van het verbintenissenrecht zijn dan van toepassing en het Hof van Cassatie houdt zich strikt aan het conventionele karakter van zulke overeenkomsten (Cass. 23 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198; Cass. 30 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198). In ieder geval is noch paragraaf 4, noch paragraaf 10 van artikel 301 BW van toepassing op de uitkeringen na echtscheiding door onderlinge toestemming en zulks omwille van de louter conventionele aard van deze uitkering. De enige uitzondering daarop is de principiële wijzigbaarheid bepaald in paragraaf 7 van artikel 301 BW doch dit is dan ook uitdrukkelijk gepreciseerd (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 120; J.-L. RENCHON, “La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce: le ‘droit au divorce’”, *RTDF* 2007, 1032 die het overlijden van de uitkeringsplichtige als een toepassing beschouwt van paragraaf 7).

#### d. Begroting van de uitkering en methodiek

##### – Grenzen

**947** Het nieuwe artikel 301, § 3 BW begrenst de uitkering tot enerzijds het “ten minste dekken van de staat van behoefte” van de uitkeringsgerechtigde, anderzijds tot de 1/3de-grens van het (netto-)inkomen van de uitkeringsplichtige.

Deze limitering die de rechter bij de begroting van de uitkering ter controle zal moeten toepassen staat (bijna symbolisch) in het eerste en het laatste lid van de kwestieuze § 3 van artikel 301 BW.



De 1/3de-grens is genoegzaam bekend uit de oude regeling onder artikel 301, § 4 BW en zal hier niet verder worden besproken. Zie hierover meer *boven* nrs. 812-816.

De “benedengrens” wordt gevormd door het begrip “staat van behoefte” waarvan hierboven reeds werd gesteld dat het niet gelijk is aan het “bestaansminimum” maar een “relatieve” betekenis heeft o.m. afhankelijk van de *train de vie* of de levensstandaard van de echtgenoten tijdens het samenleven.

Wij zijn het niet eens met het standpunt dat “staat van behoefte” en “levensstandaard” totaal met elkaar tegenstrijdige begrippen zijn (P. SENAEVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 129, nr. 97). De (ex-)echtgenoot die zelf niet de middelen heeft om de levensstandaard van tijdens het samenleven te bereiken, bevindt zich in een “staat van behoefte”.

Een gelijkaardig genuanceerd criterium werd gebruikt door het Hof van Cassatie in een arrest van 6 juni 2002 n.a.v. het toekennen van een provisionele uitkering na echtscheiding (Cass. 6 juni 2002, *RABG* 2003, 111 noot K. TIMMERMANS en *Pas.* 2002, I, 1300).

Het hof weerhoudt tegenover het gemeenrechtelijke criterium van de situatie van “onmiddellijke nood”, het criterium van de “onmiddellijke nood om te kunnen voorzien in een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven”.

Indien echter op het ogenblik van de echtscheiding de inkomsten nog voldoende hoog zijn om alle kosten te betalen, is aan de voorwaarde van onmiddellijke nood voor het bereiken van een gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven niet voldaan en bestaat er geen aanleiding tot het toekennen van een provisionele uitkering na echtscheiding.

Bij het begroten van een uitkering na echtscheiding zal dus nog steeds de berekening noodzakelijk zijn van enerzijds de 1/3de-grens, anderzijds de levensstandaard.

M.b.t. de 1/3de-grens rijst ten slotte nog de vraag of deze ook van toepassing is op de (verminderde) uitkering die van toepassing is na *verlenging* van de duurtijd van de oorspronkelijke uitkering (art. 301, § 4 BW) of in geval van ongerechtvaardigde keuzes van de uitkeringsgerechtigde (art. 301, § 5 BW). Op deze vraag moet positief worden geantwoord omdat er telkens sprake is van een vermindering van een oorspronkelijk begroot bedrag waarbij al werd rekening gehouden met de toepassing van de 1/3de-grens en de vermindering dan vanzelfsprekend niet kan leiden tot een overschrijding van de bedoelde grens.

**948** De toepassing van het begrip van de “verruimde behoeftigheid” is ook terug te vinden in artikel 205*bis* BW, t.w. de uitkering als last van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot, en was terug te vinden in de opge-

heven artikelen 307 en 307*bis* BW, zijnde de uitkering na een echtscheiding op grond van artikel 232, tweede lid (oud) BW d.w.z. de duurzame ontwrichting ingevolge de geestesgestoordheid van de andere echtgenoot.

Ten titel van voorbeeld hoe het begrip kan worden ingevuld wordt verwezen naar de volgende omschrijvingen uit de rechtspraak.

Onder de term “behoefte echtgenoot” dient m.a.w. niet verstaan te worden dat deze ex-echtgenoot in volstreekte staat van behoefte dient te verkeren alvorens hij/zij ook maar een principieel recht zou hebben op een uitkering tot onderhoud; deze term dient geïnterpreteerd te worden in het kader van de globale economische context van het huwelijk van partijen en de aanzienlijke terugval in de economische situatie van één der ex-echtgenoten in verhouding tot de economische toestand tijdens de huwelijkse staat, rekeninghoudend met hun leeftijd, de duur van het huwelijk en de organisatie van de noden van partijen en het ten laste nemen van de kinderen tijdens het samenleven of daarna (Rb. Mechelen 14 februari 2008, *RABG* 2008, 719, noot S. BROUWERS; zie ook Rb. Brussel 4 februari 2009, *Act.dr.fam.* 2009, 49, waarin de vergelijking wordt gemaakt met de situatie vóór de feitelijke scheiding).

De term “behoefte echtgenoot” mag in de context van het nieuwe echtscheidingsrecht echter niet letterlijk worden geïnterpreteerd zoals in het gemeen onderhoudsrecht.

Hier dient uitgegaan te worden van het onevenwicht in de respectieve globale economische situatie van de ex-echtgenoten: de economisch zwakste echtgenoot is “behoefte” in de zin van het nieuwe artikel 301, § 2, eerste lid BW en dus principieel onderhoudsgerechtigd; de economisch sterkste ex-echtgenoot is principieel onderhoudsplichtig (Rb. Leuven 4 februari 2008, *RABG* 2008, 709, noot).

De term het “ten minste” (dekken van de staat van behoefte) in artikel 301, § 3 BW geeft aan de rechter een grote beoordelingsvrijheid en belet niet dat deze nog steeds refereert naar de “levensstandaard” (N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1121).

De levensstandaard van tijdens het huwelijk blijft dus een belangrijk criterium waaraan de economische terugval moet worden getoetst. In vergelijking met de oude regeling vóór de wetwijziging zijn er echter twee belangrijke verschillen:

- de “levensstandaard” is niet langer het uitgangspunt van de begroting, maar een beoordelingselement; er is m.a.w. geen absoluut recht op het behoud van de vroegere levensstandaard noch op het delen van de levensstandaard van de ex-partner;
- de economische terugval moet “aanzienlijk” zijn wat voorheen niet vereist was en soms aanleiding gaf tot kleine (symbolische) compensatoire uitke-

ringen (zie hierover Vred. Luik (3de kanton) 7 maart 2007, *JLMB* 2008, 1053 en *Rev.not.b.* 2008, 476, de juiste datum van het vonnis moet echter 17 december 2007 zijn; in dezelfde zin Vred. Luik (3de kanton) 7 maart 2008, *RTDF* 2008, 1228 waarbij de vrederechter preciseert dat de wetgever het behoud beoogde van het criterium de “economische levensstandaard van tijdens het samenleven” maar dan wel gekoppeld aan de vereiste dat de terugval “aanzienlijk” moet zijn).

De vraag die hier rijst, is of voor die aanzienlijke economische terugval de vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie na de scheiding met deze tijdens het samenleven, dan wel met de situatie waarin degene die een uitkering vordert zich zou bevonden hebben indien er geen huwelijk zou zijn geweest. Dit laatste refereert o.a. naar het opgeven van professionele mogelijkheden omwille van het huwelijk (N. DANDOY, “La dégradation significative de la situation économique de l'époux demandeur de la pension après divorce” (noot onder Rb. Nijvel 26 februari 2008), *RTDF* 2008, 483; F. SWENNEN, S. EGGERMONT en E. ALOFS, “De wet van 27 april 2007: Knelpunten van materieel recht en procesrecht inzake echtscheiding” in *Evaluatie van recente wetgeving familierecht*, Syllabus studiemiddagen en -avond Gent, Leuven en Antwerpen, 23, 24 en 25 september 2008, 15-17; zie ook m.b.t. het onderscheid “omwille van het huwelijk” dan wel en/of “omwille van de echtscheiding”: N. DANDOY, “Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse annuelle (2008) de décisions de jurisprudence”, *RTDF* 2008, 1122-1124).

Wij denken dat deze vraag rijst omdat het antwoord al vervat is in artikel 301, § 3, tweede lid BW. Hierin wordt gesteld dat om “die terugval te waarden” de rechter zich onder meer dient te baseren op de duur van het huwelijk, het gedrag van de echtgenoten tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden en verder het ten laste nemen van de kinderen tijdens het samenleven of daarna. M.a.w. het hierboven verdedigde standpunt blijkt niet uit de bewoordingen van de wet (zie in dezelfde zin Rb. Nijvel 13 mei 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 190 en *RTDF* 2008, 1221; Vred. Vorst 7 mei 2008, *RTDF* 2008, 1234).

Het referentiekader is dus het huwelijk (het gaat tenslotte toch over de uitkering na de ontbinding van dit huwelijk). Indien de wetgever ook belangstelling zou gehad hebben voor de situatie “alsof er geen huwelijk” zou zijn geweest dan zou hij dit tussen de andere criteria hebben opgenomen. Dit soort hypothetische vergelijking zou dan ook kunnen gemaakt worden met de situatie “alsof er geen kinderen” zouden zijn geweest. Overigens zijn de criteria die de wetgever heeft weerhouden zo ruim dat zij een rechter niet zullen beletten, om ze te “waarden” en de link te maken met de situatie dat er geen huwelijk zou zijn geweest (zie verder “Criteria”). Nochtans is dit niet de enige mogelijke invulling. De rechter kan ook binnen het huwelijk de vergelijking maken met bijvoorbeeld hoe de situatie zou zijn geweest indien beide echtgenoten zich

gelijkmatig zouden hebben beziggehouden met de opvoeding van de kinderen i.p.v. uitsluitend de moeder of de vader. Hetzelfde geldt voor de vergelijking met de situatie waarin niet enkel de vrouw maar ook de man zijn professionele mogelijkheden heeft ingeperkt of de situatie waarin beide echtgenoten dit gelijkmatig deden. Al deze vergelijkingen nopen niet tot een vergelijking met een totaal hypothetische situatie “alsof er geen huwelijk” zou zijn geweest en naar analogie “alsof er geen kinderen” zouden zijn geweest.

Men kan zich bovendien afvragen hoe de rechter zulke situaties, die er nooit geweest zijn, gaat reconstrueren. Zal hij kunnen beschikken over standaarden die aangeven wat bijvoorbeeld het niet-verwezenlijkte verdienvermogen is van een vrouw die een opleiding kreeg als tandarts maar dit beroep nooit uitoefende omwille van het huwelijk? Moet er dan ook geen rekening gehouden worden met het feit dat het niet iedereen – ook zonder huwelijk – gegeven is zijn professionele loopbaan succesvol uit te bouwen of met het feit dat men een totaal ander beroep is gaan uitoefenen dan dit waarvoor men een opleiding kreeg? Of nog, dat er ook mensen zijn die, hoewel zij geen opleiding of professionele bekwaamheid hadden vóór het huwelijk, helemaal niet van plan waren zich zulke opleiding of bekwaamheid toe te eigenen, gewoonweg omdat ze er de belangstelling niet voor hadden?

Het standpunt van de aanzienlijke terugval “wegens” het huwelijk beoogt ten slotte een vergoeding of compensatie ten gunste van de echtgenoot die zijn kansen of mogelijkheden zag voorbijgaan. Op die manier krijgt de uitkering na echtscheiding opnieuw een *in dem n i t a i r* karakter, terwijl er toch een algemene consensus bestaat die stelt dat de nieuwe uitkering na echtscheiding louter “alimentair” is.

De volgende casus is interessant omdat het ging om een vrouw die na de echtscheiding enkel een leefloon ontving, die vóór het huwelijk geen beroepskwalificatie had, weinig werkervaring had opgebouwd, jong gehuwd was en vervolgens weinig of niet meer gewerkt had en zich uitsluitend had beziggehouden met het huishouden en de opvoeding van de kinderen.

De vrederechter van Fontaine-l'Évêque die hierover moest oordelen, vangt zijn motivering aan met de vaststelling dat de nieuwe uitkering na echtscheiding een strikt alimentair karakter heeft en dat er, om een uitkering te kunnen toekennen die boven het bestaansminimum gaat, sprake moet zijn van een aanzienlijke economische terugval. Hij vergelijkt dan de situatie van de vrouw met deze die zij kende ten tijde van het aangaan van haar huwelijk. Vermits er *in casu* niet echt van een degradatie kon gesproken worden vermits de vrouw ook vóór haar huwelijk niet in een comfortabele economische situatie zat, verwijst de vrederechter naar bepaalde rechtsleer die stelt dat er dan maar recht is op een minimale uitkering, terwijl volgens een andere strekking de degradatie ook kan volgen uit het enkele feit van gehuwd te zijn waardoor men zich professioneel niet meer heeft kunnen ontwikkelen. De vrederechter maakt vervolgens deze laatste stekking tot de zijne. Hij besluit dat de vrouw recht heeft op een uitkering die groter moet zijn dan het louter dekken van de staat van behoefte. Hij stelt verder – en dit is belangrijk – dat de uitkering de vrouw moet toelaten de levensstandaard te behouden die de hare was *t i j d e n s* het samenwonen. Uiteindelijk wordt de uitkering dan toch begroot aan de hand van de vergelijking van de economische situatie van de vrouw na de echtscheiding met deze tijdens het huwelijk.

Is het dan niet eenvoudiger, en zou het niet meer de rechtszekerheid dienen, dat die aanzienlijke economische terugval wordt beoordeeld in functie van de gezinstoestand tijdens het huwelijk en dat de vraag of de uitkeringsgerechtigde al dan niet zijn economisch potentieel tijdens dat huwelijk

heeft kunnen ontwikkelen, wordt gebruikt als een beoordelingselement naast de andere die artikel 301, § 3 BW opsomt? (Vred. Fontaine-l'Évêque 22 mei 2008, *JLMB* 2008, 1385 en *RTDF* 2008, 1243; zie voor een ander toepassingsgeval: Vred. Waver 2 december 2008, *Act.dr.fam.* 2009, 54).

#### – Criteria

**949** Naast de bovengemelde grenzen geeft het nieuwe artikel 301, § 3 BW in het tweede lid de *parameters* om de staat van behoefte te bepalen:

- de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoten;
- de aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde.

Om vervolgens deze laatste parameter (die nieuw is) te waarderen, wordt voor de rechter een aantal *criteria* opgesomd die exemplatief zijn (vgl. het woord “notamment” in de Franse tekst):

- de duur van het huwelijk;
- de leeftijd van partijen;
- hun gedrag tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden en het ten laste nemen van de kinderen tijdens het samenleven of daarna.

Deze laatste nogal letterlijke vertaling uit de Franse tekst (“leur comportement durant le mariage quant à l’organisation de leurs besoins, la charge des enfants pendant la vie commune ou après celle-ci”) lijkt volgens de parlementaire voorbereiding te verwijzen naar de organisatie en onderlinge afspraken van de echtgenoten om invulling te geven aan hun noden en deze van de kinderen (bv. het opgeven van een professionele loopbaan om de zorg voor de kinderen op zich te nemen). Ook hier is er volgens de minister van Justitie een verwijzing naar de *train de vie* tijdens het samenleven (*Parl.St.* Senaat nr. 3-2068/4, 69).

Nochtans mag de “aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde” niet zonder meer gelijkgesteld worden met het verlies aan “verdienvermogen” om reden dat men zijn professionele carrière geheel of gedeeltelijk heeft opgegeven. Dit kan zeker het geval zijn maar het staat niet exclusief voor de aanzienlijke terugval van de economische situatie. Een echtgenoot kan hebben ingeleverd op zijn “verdienvermogen” zonder daarom onvermogen uit het huwelijk te stappen. Bij echtgenoten die beiden gepensioneerd zijn speelt het “verdienvermogen” al helemaal geen rol.

#### – Methodiek

**950** Rekening houdend met de bovengemelde grenzen, parameters en criteria zou voor de concrete begroting van een uitkering na echtscheiding, de volgende methodiek kunnen gevolgd worden.

##### *Eerste bewerking*

Samenstelling van het gemiddelde beschikbare gezinsinkomen op basis van de netto-inkomsten van de echtgenoten op het ogenblik van het beëindigen van de samenleving. Aldus kan de vergelij-

king worden gemaakt tussen de globale economisch context van het huwelijk en de aanzienlijke terugval in de economische situatie van één der ex-echtgenoten.

Het bekomen bedrag is te *vermindere*n met:

- a. De onderhoudskosten van de kinderen in overeenstemming met artikel 203 BW, zijnde hun huisvesting, levensonderhoud, toezicht, opvoeding en opleiding.
- b. Het gedeelte van het inkomen (art. 217 BW) dat wordt besteed aan een vermogensopbouw (bv. de spaargelden of het kapitaalgedeelte van de hypotheaire aflossing) en dat beheerst wordt door de regels van het huwelijksvermogensstelsel van de echtgenoten (en voorwerp zal uitmaken van de vereffening en verdeling na echtscheiding).
- c. Buitengewone en niet te vermijden uitgaven zoals deze m.b.t. de behandeling van een zware ziekte of handicap van één van de echtgenoten.

Omdat de basis van de begroting niet meer de “levensstandaard” is van tijdens het samenleven, zou in het geval van een luxueuze levensstandaard, het gemiddelde beschikbare gezinsinkomen ook nog kunnen verminderd worden met de (te) royale uitgaven die besteed werden aan bijvoorbeeld luxewagens, huisvesting van grote standing, exclusieve kledij en accessoires, dure vakantiebestemmingen enz. (zie in die zin Rb. Nijvel 13 mei 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 190 en *RTDF* 2008, 1221).

#### *Tweede bewerking*

Het nettoresultaat van de voormelde bewerking wordt bij helften gedeeld en er wordt nagegaan in hoeverre de economisch zwakke echtgenoot zijn helft al of niet zelf met eigen inkomsten of zijn “mogelijkheden” kan invullen.

Daartoe wordt in mindering gebracht van zijn inkomsten: zijn aandeel in de hierboven vermelde uitgaven *sub.* a. en c.

#### *Derde bewerking*

Hetgeen deze echtgenoot tekortkomt is relevant voor zijn staat van behoefte en maakt de basis uit van de uitkering mits er wordt rekening gehouden met de criteria zoals de leeftijd en de duur van het huwelijk evenals met de *b e l a s t i n g d r u k* op de uitkering.

Ten slotte moet worden geverifieerd of er geen overschrijding is van de 1/3de-grens.

Vermits het uitgangspunt voor de begroting van de uitkering niet de levensstandaard is van tijdens het samenleven maar wel de relatieve “staat van behoefte” moet (zoals dit wel het geval is indien de “driestapsredenering” wordt toegepast, zie *boven* nr. 767) er geen:

- gemiddelde berekend worden van de levensstandaard tijdens de gehele duur van het samenleven met een actualisatie naar het tijdstip van de begroting van de uitkering;
- verhoging worden toegepast op het aandeel van de economisch zwakke echtgenoot in de levensstandaard omwille van de *m e e r k o s t* van het gescheiden leven (de huisvestingskost, verwarming, elektriciteit enz. die niet worden gehalveerd door een gescheiden gezinsvorming).

Het is spijtig dat de wetgever niet van de gelegenheid gebruik heeft gemaakt om een objectieve begrotingsmethodiek te introduceren in artikel 301 BW. In plaats daarvan moet de rechtspraak het stellen met een vrij lange tekst, die niet altijd coherent is, en die begrippen hanteert waarover nog geen eensgezindheid bestaat (zie ook A.-C. VAN GYSEL, “La pension après divorce pour cause de desunion irrémédiable: un essai de lecture” in Y.-H. LELEU en D. PIRE, *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 128).

## 2. Modaliteiten

### a. Provisionele uitkering

**951** Op grond van het oude artikel 301 BW kon een vordering tot het toekennen van een provisionele onderhoudsuitkering zich voordoen in de volgende gevallen, namelijk wanneer:

- de echtscheiding op grond van artikel 229 of 231 BW reeds werd uitgesproken, terwijl nog een tegeneis op dezelfde gronden of op grond van artikel 232, eerste lid BW hangende was;
- de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid BW reeds werd uitgesproken maar omtrent de betwisting in verband met het schuldvermoeden krachtens artikel 306 BW nog geen uitspraak was gedaan;
- de echtscheiding reeds werd uitgesproken maar de vordering tot uitkering nog niet in staat was om te worden behandeld.

Vermits in de nieuwe regeling het recht op een uitkering niet meer gekoppeld is aan het statuut van onschuldige echtgenoot kan bovenvermelde indeling niet meer dienen.

De vraag naar een provisionele uitkering zal voortaan aan de orde kunnen zijn in de volgende gevallen:

- de echtscheiding werd reeds uitgesproken maar de kwestie van de (gewone) zware fout opgeworpen door de uitkeringsplichtige in overeenstemming met artikel 301, § 2, tweede lid BW is nog hangende;
- de echtscheiding werd reeds uitgesproken en de rechter kent in overeenstemming met artikel 301, § 2, vierde lid BW een provisionele uitkering toe in afwachting dat de beslissing over de strafvordering m.b.t. een geval van partnergeweld, in kracht van gewijsde is getreden; in dit geval kan hij het toekennen van deze provisionele uitkering ondergeschikt maken aan het stellen van een warborg die hij bepaalt en waarvoor hij de nadere regels vaststelt; het stellen van een borg moet vermijden dat, indien naderhand zou blijken dat de provisionele uitkering niet verschuldigd was, de ex-echtgenoot die betaalde, de sommen kan recupereren; de rechter is niet verplicht een provisionele uitkering toe te kennen, hij dient rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak o.m. de ernst van de strafklacht van het slachtoffer, het eventuele dilatoire karakter van de ingestelde strafvordering, de dringendheid van het verzoek om alimentatie enz. (*Parl.St.* Kamer nr. 51-2341/007, verslag namens de subcommissie familierecht, 3);
- de echtscheiding werd al uitgesproken maar de vordering tot uitkering is nog niet in staat om te worden behandeld (bv. omwille van een deskundigenonderzoek of om reden dat er kan verwacht worden dat het resultaat van de bewerkingen van de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel een impact zal hebben op de financiële situatie van de partij-

en, zie voor een toepassing m.b.t. het al dan niet vragen van een woonstvergoeding: Brussel 5 juni 2008, *RTDF* 2008, 1196).

De vaststelling van de provisionele uitkering, de wijziging of de opheffing van de echtscheiding (zelfs als er nog één echtscheidingseis hangende is) valt in beginsel onder de bevoegdheid van de vrederechter (art. 591, 7° Ger.W.) (Cass. 15 september 2006, *T.Fam.* 2007, 51, noot P. SENAËVE, *RW* 2006-07, 1758, noot F. SWENNEN, *RTDF* 2007, 95 en *RABG* 2007, 241, noot R. VERBEKE; in de noot wordt de vraag gesteld of de vrederechter ook bevoegd is voor de ontvangstmachtiging m.b.t. een vordering tot provisionele uitkering die nog hangende is voor de echtscheidingsrechter).

Dit belet echter niet dat de echtscheidingsrechter zelf, op het ogenblik dat hij de echtscheiding uitspreekt of kort daarna, al een provisionele uitkering toekent aan de behoeftige echtgenoot (art. 19, tweede lid Ger.W.) of dat de rechter in kort geding na de echtscheiding uitspraak doet, wanneer de hoogdringendheid is bewezen (Arrondrb. Luik 18 februari 1999, *Div.Act.* 2000, 130). Is er geen hoogdringendheid dan kan opnieuw (mits afstand van de eerste vordering) of voor het eerst een vordering worden gesteld voor de vrederechter.

Indien bijvoorbeeld een deskundigenonderzoek werd bevolen kan ook bij toepassing van artikel 1254, § 5 Ger.W. een aanvullende vordering (ampliatieve vordering) worden gesteld tot het bekomen van een provisionele uitkering indien de noodzaak zich hiertoe zou voordoen.

Het voorgaande impliceert dat de vrederechters zich dus ook zullen moeten uitspreken over de “zware fout”, tenzij de echtscheidingsrechter dit reeds deed op verzoek van een van de partijen omdat na verloop van jaren het bewijs van die zware fout moeilijker kan zijn.

## b. Indexatie

**952** Het nieuwe artikel 301, § 6 BW herneemt woordelijk de tekst van het oude artikel 301, § 2 BW.

## c. Wijzigbaarheid

**953** Het artikel 307*bis* (oud) BW bepaalt dat een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding **o n b e p e r k t** gewijzigd kan worden, terwijl een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout slechts in drie wettelijke hypothesen kan gewijzigd worden, waarbij telkens een ingrijpende wijziging van de omstandigheden dient aangetoond te worden (art. 301, § 3 BW):

- indien de uitkering, ingevolge omstandigheden onafhankelijk van de wil van de uitkeringsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend is geworden om



- de gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen, kan de rechtbank de uitkering verhogen;
- indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is, kan de rechtbank de uitkering verminderen of opheffen;
  - dit geldt eveneens bij ingrijpende wijziging van de toestand van de uitkeringsplichtige ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil.

Dit verschil in wijzigbaarheid wordt door het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, goedgekeurd (Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 105/2002, *NJW* 2003, 15 en *EJ* 2002, 114 noot P. SENAËVE; Arbitragehof 27 november 2002, nr. 171/2002, *Div. Act.* 2003, 28 noot A.-C. VAN GYSEL, *EJ* 2003, 19, (weergave P. SENAËVE), *RTDF* 2003, 82, noot en *TBBR* 2003, 123).

Het Arbitragehof stelt enerzijds dat de wijzigbaarheid in beide gevallen vereist dat het gaat om omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van de uitkeringsplichtige, resp. uitkeringsgerechtigde. Op dit vlak is er dus geen verschil tussen beide vormen van uitkering.

Anderzijds meent het Arbitragehof dat het vereiste van het ingrijpend karakter van de wijziging gerechtvaardigd is op grond van de vaststelling dat de wetgever inzake de uitkering op basis van artikel 301, § 3 BW de nadruk heeft willen leggen op het meer indemnitaïr karakter, terwijl de uitkering op basis van artikel 307bis BW een meer alimentair karakter zou hebben.

De wijzigingen moesten zich “ingrijpend” of “in ruime mate” voordoen om tot de herziening te kunnen leiden. Het moest dus gaan om een gevoelige verbetering van de financiële situatie van de uitkeringsgerechtigde dan wel een gevoelige vermindering van deze van de uitkeringsplichtige, ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. Dit stond in tegenstelling tot het gemeen recht inzake onderhoudsplicht (art. 209 BW), en is geïnspireerd door de bedoeling de contacten tussen gewezen echtgenoten na de echtscheiding zoveel mogelijk te beperken (Cass. 12 april 2002, *Pas.* 2002, 875 en *RTDF* 2003, 89).

Vermits het indemnitaïr karakter van de uitkering in de nieuwe regeling weggevallen is, bestond er ook geen reden meer om de bestaande beperking van de wijzigbaarheid te handhaven.

Volgens het nieuwe artikel 301, § 7, eerste lid BW kan de rechter de uitkering verhogen, verminderen of afschaffen indien ten gevolge van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen het bedrag ervan niet meer aangepast is. Dit kan in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt of door een latere beslissing.

Of het praktisch veel nut heeft om in de wijziging van het bedrag reeds te voorzien “in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt”, valt te betwijfelen. De wijziging zou zich kunnen voordoen in de hypothese dat tijdens de procedure op grond van onherstelbare ontwrichting een overeenkomst werd gesloten over de uitkering na echtscheiding en deze op het ogenblik van het vonnis van echtscheiding al moet worden gewijzigd.

**954** Er moet o.i. een onderscheid gemaakt worden tussen het gerechtigd zijn op een uitkering hetgeen beheerst wordt door de tweede paragraaf van artikel 301 BW en de mogelijkheid tot wijziging van het bedrag van de uitkering die bepaald wordt in de zevende paragraaf van hetzelfde artikel.

Een ex-echtgenoot die na de echtscheiding voldoet aan het vereiste van behoefteigheid kan een uitkering vorderen bij toepassing van paragraaf 2 dat bepaalt dat dit kan “bij een latere beslissing”. Het “gerechtigd zijn op” kan bovendien wisselen van titularis indien gedurende de looptijd van onderhoudsuitkering de situatie ingrijpend wijzigt: de onderhoudsschuldenaar kan onderhoudsschuldeiser worden en *vice versa* (P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 125, nr. 83).

Indien men echter uitgaat van paragraaf 7 dan moet men ook aanvaarden dat de ex-echtgenoot reeds behoefteig was op het ogenblik van de echtscheiding doch dat het bedrag van zijn uitkering gelijk was aan € 0,00 en voortaan moet worden aangepast (J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 117).

Dergelijk standpunt is niet verdedigbaar want paragraaf 7 is ook van toepassing op de uitkering in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming en zou impliceren dat, indien niet uitdrukkelijk uitgesloten, te allen tijde in deze echtscheidingsvorm een uitkering zou kunnen worden gevraagd.

**955** De vraag kan worden gesteld of de mogelijkheid tot uitsluiting van de wijzigbaarheid (zoals die bepaald is voor de echtscheiding door onderlinge toestemming) ook kan gelden ingeval in het kader van een echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, overeenkomsten worden gesloten tot het bekomen van een uitkering (art. 301, § 1 BW).

Wij denken dat dit niet het geval is vermits de woorden “in dat geval” in artikel 301, § 7, eerste lid BW duidelijk verwijzen naar de echtscheiding door onderlinge toestemming. Bovendien kunnen de echtgenoten in het kader van een echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting zolang het huwelijk niet ontbonden is, niet vrij overeenkomen wat zij willen. Zo kunnen zij wel een vergelijk treffen over het bedrag (art. 301, § 1 BW en art. 301, § 9 BW) en de regels van de herziening (art. 301, § 1 BW, de tekst verwijst niet naar de uitsluiting van de herziening) maar kunnen zij geen afstand doen van hun rechten op een uitkering (art. 301, § 9, eerste lid BW)

Indien geen afstand kan worden gedaan van het recht op een uitkering dan kan ook geen afstand worden gedaan van het recht op de wijziging ervan.

Voorstander van deze visie zijn: H. CASMAN, “Nieuw echtscheidingsrecht. Toelichting voor de notariële praktijk”, *Not.Fisc.M.* 2007, 283 en 286; N.

DANDOY, “La réforme du divorce: les effets alimentaires”, *RTDF* 2007, 1069; J.-P. MASSON, “La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2007, 539, voetnoot 29; S. LOUIS, “Le nouveau divorce par consentement mutuel” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 156, voetnoot 76; A.-C. VAN GYSEL, “La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 111-112; anders I. MARTENS, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 91; G. VERSCHELDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen”, *T.Fam.* 2007, 150, nr. 45; J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 121).

Het beginsel van de wijzigbaarheid is zowel van toepassing in het geval van alimentatie opgelegd in een gerechtelijke beslissing als vastgesteld in een overeenkomst. Het is een beginsel van openbare orde. Minstens op grond van het dwingende karakter van de onderhoudsverplichting zou een definitieve en forfaitaire overeenkomst nietig zijn (met uitzondering voor de uitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming) (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 21; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, Larcier, 2006, 119).

Een wettelijke onderhoudsverplichting, zoals deze georganiseerd door artikel 301 BW is van dwingend recht en kan niet het voorwerp zijn van afwijkende overeenkomsten onder particulieren (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 42). Dit wil nog niet zeggen dat alle bepalingen m.b.t. wettelijke onderhoudsverplichtingen van openbare orde zijn of van dwingend recht en dat alles wat daaraan tegenstrijdig is, verboden is. Overeenkomsten die het “recht op” een onderhoudsuitkering raken, zijn dat wel. Deze die betrekking hebben op de uitvoering of de modaliteiten van een onderhoudsuitkering, zijn dat niet (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 132-133; A.-C. VAN GYSEL “Les personnes-Examen de jurisprudence (1991-2002)”, *RCJB* 2003, 393).

Volledigheidshalve moet verwezen worden naar een arrest van het Hof van Cassatie van 18 juni 2007. Volgens het hof is artikel 301 BW dat het recht op een uitkering na echtscheiding regelt, niet van internationale openbare orde (Cass. 18 juni 2007, *JLMB* 2008, 820, noot P. WAUTELET, *RTDF* 2007, 1127, *Tijdschrift@ipr.be* 2007, afl. 2, 33, *TBBR* 2008, 522, noot J.-Y. CARLIER en *RABG* 2008, 1091). Het gaat hier echter om het begrip “internationale openbare orde” en niet over het begrip “dwingend recht”.

Uit het dwingend karakter van de onderhoudsverplichting volgt dat de onderhoudsgerechtigde er niet zonder meer kan aan verzoeken en dat overeenkomsten slechts geldig zijn voor zover ze niet strijdig zijn met de wettelijk vastgestelde principes. Hieronder valt het niet-kunnen verzaken aan, en het niet-respecteren van de wijzigbaarheid van een onderhoudsuitkering (het *rebus sic stantibus*-principe vastgelegd in art. 209 BW). Het principe van de veranderlijkheid is van openbare orde minstens van dwingend recht. De bescherming geldt naar de toekomst en niet voor het verleden. Verzaken aan achterstallen bijvoorbeeld is mogelijk. Wanneer de onderhoudsgerechtigde een overeenkomst uitvoert die niet of niet meer conform is met de wettelijk vastgestelde principes, dan verzaakt hij aan de wettelijke bescherming (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 151-152). Wanneer m.a.w. de geboden bescherming niet meer adequaat is (omdat

de band met de familiale solidariteit verdwenen of verzwakt is) of niet werd benut, kan er van afgezien worden.

Vandaar dat wat hierboven werd uiteengezet slechts geldt voor overeenkomsten die worden gesloten vóór het definitief worden van de echtscheiding. Overeenkomsten die worden gesloten na de echtscheiding vallen niet meer onder de wettelijke bescherming (zie hierover meer *verder* nr. 961).

De zevende paragraaf van artikel 301 BW is niets anders dan de uitdrukkelijke toepassing van een algemeen geldend principe. Het conventioneel uitsluiten er van vóór de echtscheiding is niet mogelijk.

De voorstanders van de conventionele uitsluiting steunen zich op het feit dat voormeld artikel uitdrukkelijk toelaat afspraken te maken over de herzieningsmodaliteiten om eruit af te leiden dat het bijgevolg ook mogelijk moet zijn de wijzigbaarheid conventioneel uit te schakelen. Welnu het bepalen van herzieningsmogelijkheden is precies conform het voormelde algemeen principe, het uitschakelen ervan gaat er echter volledig tegen in.

Verder wordt nog ingeroepen dat de onmogelijkheid om de wijzigbaarheid uit te schakelen, leidt tot een ongelijke behandeling van de echtgenoten die opteerden voor de echtscheiding door onderlinge toestemming en deze die de weg kozen van een echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting. Dit argument kan niet gevolgd worden waar de echtgenoten de keuze hebben tussen de ene dan wel de andere echtscheidingvorm met de voor- en nadelen die aan zulke keuze inherent zijn. Bovendien mag niet uit het oog verloren worden dat de wetgever eerst geopteerd had voor een volledige integratie van de echtscheiding door onderlinge toestemming in de nieuwe en enige echtscheidingsvorm maar daarop teruggekomen is. Het gaat dan ook niet op om thans opnieuw te trachten de door de wetgever “gewilde” verschillen weg te werken in de richting van een uniforme echtscheiding.

**956** Het nieuwe artikel 301, § 7 BW bevat nog een tweede lid dat in de mogelijkheid tot aanpassing van de uitkering voorziet indien ten gevolge van de ontbinding van het huwelijk, de vereffening en verdeling van het gemeenschappelijk vermogen of van de onverdeeldheid die tussen de echtgenoten bestond, zulks aanleiding geeft tot een wijziging van hun financiële toestand. De rechtbank kan de uitkering dan aanpassen, tenzij in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming.

Deze wijzigingsmogelijkheid verschilt van de eerste waar het niet gaat om “nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen”.

De rechtbank zou ook een “definitief” onderhoudsgeld kunnen toekennen waarin rekening wordt gehouden met de v o o r s p e l b a r e resultaten van de vereffening-verdeling. Zijn die resultaten niet voorspelbaar, dan kan de rechtbank *ab initio* een provisionele uitkering toekennen die achteraf retroactief kan worden herzien (F. SWENNEN, S. EGGERMONT en E. ALOFS, “De wet van 27 april 2007: Knelpunten van materieel recht en procesrecht inzake echtscheiding” in *Evaluatie van recente wetgeving familierecht*, Syllabus studiemiddagen en -avond Gent, Leuven en Antwerpen, 23, 24 en 25 september 2008, 17-18, met verwijzing naar Rb. Brugge 26 mei 2008, AR 07/03844/A, onuitg.).

#### d. Kapitalisatie

**957** Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen:

- de vervanging door een kapitaal op grond van een overeenkomst tussen partijen;
- de kapitalisatie op aanvraag van de tot uitkering gehouden echtgenoot.

Het nieuwe artikel 301, § 8 BW herneemt de tekst van het oude artikel 301, § 5 BW zij het mits een aantal grammaticale en spellingsaanpassingen.

Het gaat hier niet om een transactie maar om de omzetting van de werkelijke waarde van de reeds bepaalde uitkering in kapitaal, waarbij rekening gehouden wordt met (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 279, nr. 426; J. SCHRIJVERS, *De betere tafels voor het jaar 2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 156 p.; J.-E. BEERNAERT en D. DE CALLATAY, “La capitalisation en question(s)”, *Div.Act.* 2002,113 e.v.):

- de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde;
- de duur van het huwelijk of de duurtijd van de uitkering (en niet meer zoals in de oude regeling met de overlevingskansen van de gerechtigde volgens de zgn. sterftetafels);
- met een kapitalisatietafel, zijnde een tabel met de coëfficiënten van de huidige waarde van toekomstig te betalen periodieke uitkeringen;
- de toepasselijke rentevoet;
- de inflatie.

Op de prejudiciële vraag van de vrederechter van het kanton Vielsalm, La Roche-en-Ardenne en Houffalize of er geen discriminatie is tussen de uitkeringsplichtige en de -gerechtigde waar enkel de eerstgenoemde het recht heeft een kapitalisatie te vragen, antwoordde het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, negatief (Arbitragehof 14 september 2006, *Div.Act.* 2007, 6, noot J.-C. BROUWERS).

Het hof kwam tot deze beslissing omdat het oordeelde dat het verplicht opleggen van een kapitalisatie aan de debiteur van de uitkering overdreven zware en onmiddellijke gevolgen zou kunnen hebben op diens vermogen die moeilijk te dragen zouden zijn.

**958** Indien het wel gaat om een dading en niet de eenvoudige en zuivere omzetting van de uitkering in een kapitaal, dan moeten, indien deze dading wordt gesloten vóór de ontbinding van het huwelijk, de voorwaarden worden gevolgd die opgelegd worden door artikel 1257 Ger.W. Het akkoord moet dan eerst gehomologeerd worden door de echtscheidingsrechter en na verloop van drie maanden volgend op de homologatie worden bekrachtigd door deze rechter. Dit vereiste volgt uit de paragrafen 1 en 9, tweede lid van artikel 301 BW.

#### e. Ontvangstmachtiging

**959** Zowel voor de onderhoudsuitkering tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280, zesde lid Ger.W.) als voor de uitkering na echtscheiding (art. 301 *bis*

BW) kon de onderhoudsgerechtigde (ex-)echtgenoot aan de rechter een ontvangstmachtiging vragen ten einde het onderhoudsgeld rechtstreeks in ontvangst te nemen bij de derdeschuldnaars van de onderhoudsplichtige. Volgens het Hof van Cassatie kan dergelijke ontvangstmachtiging geenszins ambtshalve door de rechter worden verleend (Cass. 24 maart 1994, *RW* 1994-95, 829 en *Pas.* 1994, I, 303).

In beginsel kan de rechter slechts een ontvangstmachtiging toestaan voor zover hij kan vaststellen dat de onderhoudsplichtige zijn onderhoudsverplichting niet naleeft of voor zover er een gegronde vrees bestaat dat hij dit niet zal naleven. Hij kan dan in voorkomend geval bepalen dat de ontvangstmachtiging slechts van toepassing wordt voor zover de uitkeringsplichtige één of meerdere mensualiteiten van de uitkering nalaat te betalen (K. VANLEDE, “De onderhoudsuitkering tussen (ex-)echtgenoten tijdens en na een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 19, nr. 79 en 81).

Het oude artikel 301*bis* BW werd opgeheven en in de plaats daarvan is artikel 301, § 11 BW gekomen dat geen wijziging brengt aan de bovenvermelde beginselen. De ontvangstmachtiging is bijgevolg ook niet van toepassing op de uitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming.

In tegenstelling tot het oude artikel 301*bis* BW is thans niet vereist dat het vonnis dat de ontvangstmachtiging toekent bij gerechtsdeurwaarder moet worden betekend. De kennisgeving aan de derde kan door de griffier gebeuren.

#### f. Degressiviteit

**960** De rechter kan, indien nodig, beslissen dat de uitkering degressief zal zijn en in welke mate (art. 301, § 3, tweede lid, *in fine* BW).

#### g. Dading

**961** Behoudens het geval van overeenkomsten m.b.t. de kapitalisatie van onderhoudsuitkeringen (art. 301, § 5 (oud) BW) golden in het oude recht sinds het cassatiearrest van 14 november 1974 de volgende regels (Cass. 14 november 1974, *Pas.* 1975, I, 304 en *RW* 1974-75, 1767; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 321):

- de overeenkomsten gesloten vóór de echtscheiding zijn nietig, behoudens homologatie door de rechter die niet noodzakelijk de echtscheidingsrechter moet zijn (zie voor een toepassing Brussel 29 maart 2007, *RTDF* 2008, 428, goedkeurende noot J.-L. RENCHON);

- de overeenkomsten gesloten na de echtscheiding zijn geldig, behalve indien ze strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden (bv. strijdigheid met het *rebus sic stantibus*-principe);
- overeenkomsten en verzekeringen na het definitief worden van de echtscheiding, zonder tussenkomst van de rechter, zijn geldig (Cass. 26 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1359 en *Pas.* 1980, I, 1335; Cass. 30 juni 2006, *RABG* 2007, 148 en *RW* 2007-08, 1198, in dit arrest wordt nog gepreciseerd dat de enige juridische grondslag dan de overeenkomst is tussen partijen en de wettelijke modaliteiten, in dit geval deze van art. 307bis BW niet meer van toepassing zijn).

In het nieuwe recht werden de mogelijkheden tot het sluiten van overeenkomsten uitdrukkelijk bepaald, althans voor de situatie vóór de ontbinding van het huwelijk. De regels zijn voortaan als volgt:

- *vóór de echtscheiding*:
- geen mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten tot afstand van het recht op een uitkering dan tenzij mits een dading over het bedrag van de uitkering (bv. onder de vorm van een kapitaal), wat een gedeeltelijke afstand van het recht op een uitkering zou kunnen impliceren (art. 301, § 9, eerste lid BW);
- wel mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten over het bedrag van de uitkering en de regels van haar herziening (art. 301, § 1 BW);
- de bepalingen van het nieuwe artikel 1257 Ger.W. moeten worden gevolgd d.w.z.
  - \* homologatie door de echtscheidingrechter;
  - \* na het verstrijken van een termijn van drie maanden volgend op de homologatie, bekrachtiging ten definitieven titel door de feitenrechter (rechtbank van eerste aanleg of vrederechter, zie wat de bevoegdheid van de vrederechter betreft A.-C. VAN GYSEL, “La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture” in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 127).

De vraag rijst of geen afstand van de rechten op een uitkering zou kunnen worden bedongen onder de opschortende voorwaarde van het definitief worden van de echtscheiding, dit naar analogie met het sluiten van overeenkomsten inzake de vereffening van het huwelijksvermogensstelsel zoals bepaald in het nieuwe artikel 1257, derde lid Ger.W.

Wij denken dat dit niet kan omdat het niet bepaald is in artikel 301, § 9 BW (in tegenstelling tot art. 1257 Ger.W.) en het verbod een bescherming inhoudt van de afstanddoende echtgenoot. Indien het tegenovergestelde standpunt zou worden ingenomen, zou de afstand maar kunnen voor zover de afstand-

doende echtgenoot nog de mogelijkheid heeft om de echtscheidingsprocedure te verlaten, maar dat exclusieve recht heeft hij niet altijd in het nieuwe echtscheidingsrecht.

Volgens J.-L. RENCHON, moet dit kunnen mits het akkoord reeds geakteerd wordt in het echtscheidingsvonnis en dit voor de periode na de echtscheiding (J.-L. RENCHON, noot onder Brussel 29 maart 2007, *RTDF* 2008, 440).

– *na de echtscheiding*:

– geen specifieke regeling, behoudens overeenkomsten tot kapitalisatie, zodat de regels uit het oude recht toepasselijk blijven.

### 3. Procedure

#### a. Bevoegdheid

**962** De uitkering na echtscheiding kan worden gevorderd als *accessorium* van de echtscheidingsvordering. In dat geval is de echtscheidingsrechter bevoegd. Na de echtscheiding is de vrederechter bevoegd (art. 591, 7° Ger.W.; Vred. Meise 24 juli 2003, *RW* 2003-04, 514; Vred. Brussel (4de kanton), 19 januari 2004, *JT* 2005, 419 en *Div.Act.* 2006, 78, noot J.-E. BEERNAERT). Zie *boven* m.b.t. de provisionele uitkering nr. 951.

Ook inzake de homologatie van kapitalisatieovereenkomsten en de gerechtelijke kapitalisatie is de vrederechter in geval van vordering na de echtscheiding, bevoegd.

Behoudens andersluidende bepalingen is (voor de vrederechter) de rechtspleging bepaald in de artikelen 1320 e.v. Ger.W. toepasselijk op alle vorderingen tot toekenning, verhoging, verlaging of afschaffing van de onderhoudsuitkering. De vordering tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde onderhoudsgelden moet daarentegen worden ingeleid en behandeld overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels.

De vonnissen of arresten die worden gewezen in het kader van de bijzondere procedure inzake de uitkeringen tot levensonderhoud (art. 1320 Ger.W. e.v.), zijn niet van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.

Noch de artikelen 1320 e.v. Ger.W., noch de gemeenrechtelijke bepalingen inzake het tegensprekelijk verzoekschrift wijken immers af van de gewone beginselen inzake de uitvoerbaarheid (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 229-234, nrs. 357-373; S. BROUWERS, “Ger.W. Art. 1320-1322” in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.).



Het nieuwe artikel 301, § 12 BW bepaalt echter dat de rechter die uitspraak doet over de uitkering ambtshalve de voorlopige uitvoering van zijn beslissing kan bevelen (zie *verder*).

#### b. Voorlopige tenuitvoerlegging

**963** Zowel de echtscheidingsrechter als de vrederechter kan ambtshalve de voorlopige tenuitvoerlegging van zijn beslissing inzake de uitkering na echtscheiding bevelen (art. 301, § 12 BW).

Deze mogelijkheid geldt zowel voor de beslissing inzake de oorspronkelijke toekenning van de uitkering als voor die inzake de verlenging, de wijziging, de opheffing of de kapitalisatie van de oorspronkelijk toegekende uitkering.

Er verandert niets aan het feit dat de voorlopige tenuitvoerlegging van een eindvonnis inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed niet kan worden toegestaan (art. 1399, eerste lid Ger.W.).

### B. DE UITKERING NA ECHTSCHEIDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING (NIEUW ART. 1288, 4° GER.W. EN NIEUW ART. 301, § 7 BW)

#### 1. De principiële onwijzigbaarheid

**964** In de oude wetgeving vond de regel van de onveranderlijkheid van de overeenkomsten onverkort toepassing op de uitkering tussen echtgenoten (S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming in Bibliotheek Burgerlijk Recht Larcier nr. 4*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 166, nr. 205 e.v.).

Stelt de overeenkomst geen bijzondere regels, dan kan de uitkering niet worden gewijzigd naar analogie met artikel 301 BW.

De onveranderlijkheid blijft gelden indien de uitkeringsgerechtigde een tweede huwelijk aangaat of in concubinaat gaat leven, indien de inkomsten van de partijen zijn gewijzigd, indien de uitkeringsplichtige de uitkering niet meer met zijn inkomsten kan dekken en zijn kapitaal moet aanspreken of indien geen behoefte meer bestaat. Evenzo kan geen indexering worden opgelegd, of kan zij niet worden afgeschaft of gewijzigd (Cass. 15 oktober 1987, *JT* 1988, 143; Cass. 21 juni 1991, *JT* 1992, 75, *RW* 1991-92, 547, noot en *T.Not.* 1992, 256 noot A. VERBEKE; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 319 en de uitvoerige verwijzingen in noot 74; F. RIGAUX en M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Les personnes*, T. I, mise à jour 1978, 135, nr. 251).

De uitkering is bij ontstentenis van andersluidende uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijking, passief overdraagbaar op de erfgenamen van de schuldenaar (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer

Rechtswetenschappen 1994, 232; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 342).

Het uitstel van betaling en afbetalingsmodaliteiten kunnen wel verleend worden (art. 1244 BW; Beslagnr. Luik 9 mei 1988, *Rev.Liège* 1988, 1149; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 236).

Wanneer de overeenkomst niet in het verval van de uitkering na echtscheiding in geval van hertrouwen van de gerechtigde voorziet, kan de gerechtigde die de uitkering na haar hertrouwen blijft opeisen, niet verweten worden deze overeenkomst niet te goeder trouw of naar billijkheid uit te voeren. Ook rechtsmisbruik kan haar niet verweten worden, vermits zij haar recht niet uitoefent met de uitsluitende bedoeling de uitkeringsplichtige te schaden en vermits deze laatste niet het bewijs levert van het bestaan van een ernstige discrepantie tussen het, ten gevolge van het voortduren van de alimentatie na het tweede huwelijk van gerechtigde, door (haar) genoten voordeel en het door (hem) geleden nadeel (Cass. 21 juni 1991, *JT* 1992, 75, *RW* 1991-92, 547, noot en *T.Not.* 1992, 256, noot A. VERBEKE; Cass. 14 april 1994, *RW* 1994-95, 434 en *Arr.Cass.* 1994, 369).

Het beginsel van de principiële onveranderlijkheid werd door de wetgever nog steviger verankerd in de wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (*BS* 21 juli 1994). Indien de echtgenoten indexatie-, herzienings- of uitdovingsmogelijkheden wensen, dienen zij in hun overeenkomst de formule op te nemen voor de eventuele aanpassing van de uitkering aan de kosten van levensonderhoud, alsook de omstandigheden waaronder dit bedrag na echtscheiding kan worden herzien en de nadere bepalingen ter zake (art. 1288, eerste lid, 4° Ger.W.). Aldus kan verwezen worden naar een gelijkaardige wijzigingsmogelijkheid zoals bepaald in artikel 301, § 3 (oud) BW (*Vred. Gent* 25 juni 1999, *TGR* 2000, 225).

Vermits de uitkering een uitsluitend conventioneel en geen alimentair karakter heeft, wordt ze beheerst door de titel die haar heeft vastgesteld en door de gevolgen die het verbintissenrecht daaraan vastknoot.

Het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, zag hierin geen discriminatie t.o.v. de wijzigingsmogelijkheden die bepaald zijn in geval van toepassing van artikel 301 BW en artikel 307bis BW.

In het arrest van 2 juli 2003 stelt het Arbitragehof (Arbitragehof 2 juli 2003, nr. 96/2003, *BS* 5 november 2003, 53871, *EJ* 2004, 158, noot P. SENAËVE en *RTDF* 2004, 99) dat het feit dat een onderhoudsuitkering vastgesteld in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, niet kan gewijzigd worden dan in gemeen akkoord tussen partijen of conform de gemeenschappelijke regels van het verbintissenrecht, niet strijdig is met de artikel 10 en 11 Gw., dit in vergelijking met de onderhoudsbijdragen voor de kinderen die in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming wel (onder bepaalde voorwaarden) kunnen gewijzigd worden en de wijzigbaarheid van de uitkeringen tussen echtgenoten voorzien na echtscheiding op grond van bepaalde feiten (art. 301 BW) en na echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding (art. 307bis BW).

De niet-discriminatie vindt haar finaliteit, volgens het Hof, in het onderscheid tussen het conventionele karakter enerzijds en het wettelijke karakter anderzijds van de betrokken onderhoudsverplichtingen.

**965** Pogingen om deze harde regel te doorbreken, kenden weinig succes. Zeldzaam waren de beslissingen die een middel tot wijziging vonden in onder

meer (zie voor een meer gedetailleerde bespreking van deze middelen: W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen Kluwer, 1982, 320-325; C. JONCKERS, “De onwijzigbaarheid van de uitkering tussen echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming: Vaststaand feit of verleden tijd?” (noot onder Vred. Gent 4 december 2000), *AJT* 2001-02, 54-62; F. BUYSENS, “De wijzigbaarheid van de uitkering tussen echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Brussel 14 december 2000), *EJ* 2002, 39; voor verdere lectuur verwijzen wij nog naar o.m.: F. APS, “Aanpassing van de uitkering tussen gewezen echtgenoten en inkomstdelegatie na E.O.T.”, *Not.Fisc.M.* 1992, 303-309; G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 523-546; F. BUYSENS, “De echtscheiding door onderlinge toestemming” in *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1997, tweede druk, 245-385; F. BUYSENS, “Overzicht van rechtspraak (1994-2000) – Echtscheiding door onderlinge toestemming”, *EJ* 2001, 96; F. BUYSENS, “De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 139-148, nrs. 207-218; W. PINTENS, “Het verval van de uitkering tussen ex-echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Vred. Borgerhout 16 januari 1992), *T.Vred.* 1994, 129-133; A. VERBEKE, “De bindende kracht van de overeenkomst over de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming” (noot onder Cass. 21 juni 1991), *T.Not.* 1992, 258-266):

- een wilsgebrek;
- de interpretatie van de overeenkomst (art. 1156 en 1164 BW);
- de imprevisieel (de leer van de onvoorziene omstandigheden) (Cass. 20 april 2006, *EJ* 2006, 100, noot C. AERTS, *RTDF* 2008, 95, *RABG* 2007, 143 en *TBBR* 2009, 34, in dit arrest wordt de toepassing van de imprevisieel verworpen als strijdig met art. 1134 BW; zie ook G. HIERNAUX, “Le divorce et la Cour d’Arbitrage. Evolutions récentes” in A.-C. VAN GYSEL (ed.), *Droit Familial. Actualité législative et jurisprudentielle*, in *UB<sup>3</sup>*, Brussel, Bruylant, 2004, 68; A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1644);
- de theorie van de vreemde oorzaak (overmacht, risico, toeval);
- de clause *rebus sic stantibus* (art. 1135 BW door een beroep op de billijkheid) (Gent 23 februari 1993, *RW* 1993-94, 1407);
- de leer van het rechtsmisbruik (Cass. 21 juni 1991, *JT* 1992, 75, *RW* 1991-92, 547, noot en *T.Not.* 1992, 256, noot A. VERBEKE; Cass. 11 juni 1992, *JT* 1992, 676; zie ook m.b.t. de uitvoering te goeder trouw: Cass. 14 april 1994, *RW* 1994-95, 434 en *Arr.Cass.* 1994, 369);
- de verrijking zonder oorzaak;
- de toepassing van het uitstel van betaling (art. 1244, tweede al. BW; Besl. agr. Luik 9 mei 1988, *Rev. Liège* 1988, 1149; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 236, nr. 370; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toe-*

*stemming*, Antwerpen Kluwer, 1982, 324, nr. 540). Wanneer beslag gelegd wordt op basis van de grosse van een notariële familierechtelijke overeenkomst, kan de beslagrechter een uitstel van betaling toestaan. Voor de tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten kan alleen uitstel worden toegestaan in de uitspraak zelf en niet meer nadien (art. 1333-1343 Ger.W.)

Sinds de wet van 30 juni 1994 houdende de wijziging van artikel 931 Ger.W. en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (*BS* 21 juli 1994) werd echter wel aangenomen dat bij toepassing van artikel 2053 BW de rechtsgeldigheid van de regelingsakte kon worden bestreden op grond van wilsgebreken, waardoor het bedrog of geweld, de dwaling en ook benadeling voor meer dan een vierde kan worden ingeroepen (F. BUYSSENS, "Regelingsakte en familierechtelijke overeenkomsten. Aandachtspunten" in *Echtscheiding door onderlinge toestemming. Verslagboek Notariële vormingsdagen van de Nederlandstalige Gemeenschapsraad van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat*, Brugge, die Keure, 2002, 6, nr. 10).

## 2. Het belangrijke cassatiearrest van 16 juni 2000

**966** Op het vlak van de wilsgebreken kwam er met het arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 2000 dan ook een kentering en werd op basis van de leer van de wilsgebreken het principe van de onveranderlijkheid van de voorafgaande overeenkomsten verworpen (Cass. 16 juni 2000, *JLMB* 2000, 1769, *RW* 2000-01, 238, noot W. PINTENS, *TBBR* 2000, 652, noot F. BUYSSENS en Y.-H. LELEU, *T.Not.* 2000, 526, *Div.Act.* 2001, 163, *EJ* 2001, 31 en *RTDF* 2001, 653; H. CASMAN, "Fraus corrumpit sed non omnia corrumpit en matière de divorce par consentement mutuel" (noot onder Cass. 16 juni 2000), *RCJB* 2002, 406; A.-C. VAN GYSEL, "La pension après divorce et son annulation pour dol dans le cadre du divorce par consentement mutuel", *Div.Act.* 2001, 170-174, deze auteur deelt niet de mening van de andere auteurs en bekritiseert het standpunt gehuldigd door het Hof van Cassatie. Hij baseert zich daarvoor op de beperkte onderzoeksmacht van de echtscheidingsrechter en de ondeelbaarheid van de voorafgaande overeenkomsten zo onderling als ten opzichte van de echtscheiding zelf; P. SENAËVE, "De nietigverklaring van een beding van een overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming na de ontbinding van het huwelijk", *EJ* 2001, 26-31; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van Rechtspraak (1995-2000), Personen- en Familierecht", *TPR* 2001, nrs. 365 en 609).

In dit arrest dat betrekking had op het verzwijgen door de vrouw van haar relatie met een andere man en diens biologisch vaderschap van haar kind, wordt geoordeeld dat de clausule over de uitkering voor de ex-echtgenote mag worden vernietigd op grond van bedrogen wordt er nog aan toegevoegd dat uit de aard van het instituut echtscheiding volgt dat de nietigheid van het beding, bedoeld in artikel 1288, 4° Ger.W., de echtscheiding zelf niet kan aantasten.

Dit cassatiearrest is belangrijk omdat de meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak juist het tegenovergestelde standpunt innam: terugkomen op de regelingsakte of de familierechtelijke overeenkomst is uitgesloten omdat dit een terugkomen is op de toestemming tot echtscheiding en dus op de echtscheiding zelf.

Het hof verbreekt dus de band tussen de echtscheiding en de voorafgaande overeenkomsten. Noch de nietigheid van een beding, noch de nietigheid van de hele overeenkomst kan de nietigverklaring van de echtscheiding tot gevolg hebben.

### 3. De nieuwe wet: principiële wijzigbaarheid

**967** De nieuwe wet brengt in artikel 301, § 7, eerste lid BW een belangrijke wijziging aan het strenge conventionele karakter van de uitkering na echtscheiding aan (zie ook S. BROUWERS, “De echtscheiding door onderlinge toestemming” in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 141-176; S. LOUIS, “Le nouveau divorce par consentement mutuel” in Y.-H. LELEU en D. PIRE, *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2007, 131-156).

De uitkering kan door de rechtbank worden verhoogd, verminderd of afgeschaft indien ten gevolge van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen het bedrag ervan niet meer aangepast is.

Deze wijzigingsmogelijkheid kan worden uitgesloten indien partijen dit uitdrukkelijk bepalen in hun familierechtelijke overeenkomst.

Vermits de wijzigbaarheid niet van dwingend recht is (in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming), zou de uitsluiting ervan ook na de echtscheiding kunnen overeengekomen worden op voorwaarde dat dit schriftelijk gebeurt. Nieuwe overeenkomsten strekken de partijen ook tot wet (art. 1134 BW; G. VERSCHELDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen”, *T.Fam.* 2007,150, nr.46).

De wijzigingsmogelijkheid kan ook worden beperkt of uitgebreid volgens andere criteria en modaliteiten dan deze opgenomen in artikel 301, § 7, eerste lid BW indien partijen dit uitdrukkelijk bepalen (art. 1288, eerste lid, 4° Ger.W.).

Indien zij echter niets bepalen, is de wet van toepassing en is de uitkering wijzigbaar. Het is dus het tegenovergestelde van de situatie onder de oude wetgeving. Werd er niets bepaald dan was de uitkering onwijzigbaar.

Dat de nieuwe wijzigingsmogelijkheid niet werd opgenomen onder de specifieke bepalingen met betrekking tot de echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288, eerste lid, 4° Ger.W.) maar wel onder deze die betrekking hebben op de echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting (EOO) wordt verklaard door de bedoeling die in het initiële wetsontwerp van 15 maart 2006 voorlag om de echtscheiding door onderlinge toestemming volledig te integreren in de nieuwe uniforme echtscheiding (*Parl.St.* Kamer nr. 51-2341/001, MvT, 12).

De tekst van het nieuwe artikel 301, § 7, eerste lid BW is derwijze opgevat dat de aanpassing van de uitkering al kan worden gevraagd in de loop van de echtscheidingsprocedure.

Inzake de echtscheiding door onderlinge toestemming bestaat er echter reeds een geëigende proceduremogelijkheid tot wijziging middels het artikel 1293 Ger.W. Dit artikel werd niet gewijzigd noch opgeheven. Het is bovendien van openbare orde en gekoppeld aan strikte voorwaarden (Bergen 8 december 1998, *TBBR* 2000, 189).

Gelet op de specifieke regeling voor de echtscheiding door onderlinge toestemming moet o.i. daaraan de voorkeur gegeven worden boven deze bepaald in artikel 301, § 7, eerste lid BW. Dit impliceert wel dat de aanpassingsmogelijkheid strenger is vermits artikel 1293, eerste lid Ger.W. “nieuwe en onvoorzene omstandigheden” vereist met een ingrijpend karakter terwijl artikel 301, § 7, eerste lid BW beperkt is tot nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen (C. AUGHUET, “La réforme du divorce. III. Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel”, *Di.v.Act.* 2007, 132).

In het geval partijen in hun familierechtelijke overeenkomst niets hebben bepaald over een uitkering na echtscheiding en dus ook niet dat zij er niet op gerechtigd zijn, rijst de vraag of de rechter bij toepassing van artikel 301, § 7, eerste lid BW in combinatie met artikel 301, § 2, eerste lid BW een uitkering kan toekennen indien een echtgenoot ten gevolge van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van partijen in een toestand van behoefte terecht komt.

Vermits artikel 301, § 7, eerste lid BW de wijzigingsmogelijkheid beperkt tot het bedrag van de uitkering en het dus geen betrekking heeft op de duur en het gerechtigd zijn, zou voormeld standpunt impliceren dat de rechter ook een uitkering van € 0,00 zou kunnen verhogen naar bijvoorbeeld € 1.000,00.

Het bestaande en niet-gewijzigde artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W. bepaalt echter: “Zij zijn ertoe gehouden hun overeenkomst omtrent de volgende punten bij geschrift vast te leggen : ... 4° het bedrag van de *eventuele uitkering* te betalen door de ene echtgenoot aan de andere, gedurende de proeftijd en na de

echtscheiding, 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 andere bepalingen ter zake” (eigen cursivering).

Hieruit kan toch niet anders dan afgeleid worden dat, indien er niets werd overeengekomen, er ook geen recht is op een uitkering en bijgevolg de vraag naar een aanpassing van een bedrag, zij het € 0,00, niet kan rijzen.

Alleszins is het voor de rechtspraak aangewezen dat in de voorafgaande overeenkomsten uitdrukkelijk wordt opgenomen of er een principieel recht is op een uitkering of niet, zelfs al wordt in het eerste geval het bedrag nog niet uitgedrukt.

Het opnemen van het absurde beding in de familierechtelijke overeenkomst dat de ene echtgenoot aan de andere een uitkering van € 0,00 zal betalen om op die manier later in geval van gewijzigde omstandigheden toch de mogelijkheid open te houden aanspraak te kunnen maken op een hoger bedrag, kan dan achterwege blijven (G. VERSCHULDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoorwaarden”, *T.Fam.* 2007, 149, nr. 42; C. AUGHUET, “La réforme du divorce. III. Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel”, *Div.Act.* 2007, 133).

Indien de echtgenoten in de familierechtelijke overeenkomst een k a p i t a l bedingen i.p.v. een maandelijkse uitkering dan is er uiteraard wel een bedrag bepaald en dan kan de vraag worden gesteld of er geen mogelijkheid tot wijziging is in geval van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van partijen en die zich zouden voordoen na de betaling van het kapitaal. Voor zover het kapitaal de eenvoudige en zuivere omzetting van de uitkering is, dan is met de betaling ervan ook het r e c h t o p een uitkering uitgeput en vermits er geen “recht op” meer is kan ook de principiële wijzigingsmogelijkheid niet meer spelen.

Indien het kapitaal enkel “in naam” refereert naar een uitkering (bv. om fiscale redenen) maar eigenlijk transactioneel een ander lading dekt dan is geen uitkering voorzien en dan is dezelfde redenering van toepassing als deze hierboven ontwikkeld.

Het nieuwe artikel 301, § 7 BW bevat nog een tweede lid dat in de mogelijkheid tot aanpassing van de uitkering voorziet indien ten gevolge van de ontbinding van het huwelijk, de vereffening en verdeling van het gemeenschappelijke vermogen of van de onverdeeldheid die tussen de echtgenoten bestond, dit aanleiding geeft tot een wijziging van hun financiële toestand. De rechtbank kan de uitkering dan aanpassen, tenzij in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming.

In tegenstelling tot het eerste lid van hetzelfde nieuwe artikel is deze mogelijkheid dus niet toepasselijk op de echtscheiding door onderlinge toestemming.

In geval van aanpassing van de uitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming bij toepassing van bovengenoemd artikel 301, § 7, eerste lid BW zijn de nieuwe bepalingen inzake de duur van de uitkering (maximaal de duur van het huwelijk) en het einde ervan, t.w. het overlijden van de uitkeringsplichtige, het nieuwe huwelijk van de uitkeringsgerechtigde, de wettelijke samenwoning of het samenleven “als waren zij gehuwd” niet van toepassing (art. 301, § 4 en § 10 BW; J.-C. BROUWERS, “Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire”, *Div.Act.* 2007, 120; J.-L. RENCHON, “La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce: le ‘droit au divorce’”, *RTDF* 2007, 1032 die het overlijden van de uitkeringsplichtige als een toepassing beschouwt van paragraaf 7).

**968** De vraag kan worden gesteld of de mogelijkheid tot uitsluiting van de wijzigbaarheid ook kan gelden ingeval in het kader van een echtscheiding op grond van een onherstelbare ontwrichting, overeenkomsten worden gesloten tot het bekomen van een uitkering (art. 301, § 1 BW). Wij denken dat dit niet zo is vermits de woorden “in dat geval” in artikel 301, § 7, eerste lid BW duidelijk verwijzen naar de echtscheiding door onderlinge toestemming. Bovendien kunnen de echtgenoten in het kader van een echtscheiding op grond van een onherstelbare ontwrichting zolang het huwelijk niet ontbonden is, niet vrij overeenkomen wat zij willen. Zo kunnen zij wel een vergelijk treffen over het bedrag (art. 301, § 1 BW en art. 301, § 9 BW) en de regels van de herziening (art. 301, § 1 BW, de tekst verwijst niet naar de uitsluiting van de herziening) maar kunnen zij geen afstand doen van hun rechten op een uitkering (art. 301, § 9, eerste lid BW). Zie hierover meer uitgebreid *boven* nrs. 953-956.

#### 4. De voorlopige binding

**969** Onder het oude artikel 1287, vierde lid Ger.W. hadden de vermogensrechtelijke overeenkomsten geen gevolg meer indien afstand werd gedaan van de procedure.

De wetgever beoordeelde dit volledige verval als te verregaand en wou beletten dat er *ab initio* een echtscheidingsprocedure moest worden ingeleid (*Parl.St.* Kamer nr. 51-2341/008, Amendement nr. 109 (regering), 11).

Indien afstand wordt gedaan van de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming, verbinden de (vermogensrechtelijke) overeenkomsten de partijen voortaan voorlopig. De wetgever verwijst enkel naar artikel 1287 Ger.W. en niet naar de familierechtelijke overeenkomsten zoals bepaald in artikel 1288 Ger.W. doch het gaat hier klaarblijkelijk om een loutere vergetelheid te verklaren door het feit dat het verval in het oude recht enkel bepaald was onder artikel 1287 Ger.W.

Op een vraag van mevr. LAHAYE-BATTHEU, gaf de minister van Justitie in de kamercommissie voor de Justitie overigens toe dat het om een materiële vergissing gaat (*Vr.en Antw.* Kamer 2007-08, 17 oktober 2007, vr. nr. 102 LAHAYE-BATTHEU). Op 10 juli 2008 werd daartoe een wetsvoorstel goedgekeurd door de Kamer. Artikel 1287 Ger.W. wordt daarin vervangen door artikel 1288 Ger.W. (*Act.dr.fam.* 2008, 152). Bij wet van 31 oktober 2008 tot wijziging van artikel 1294*bis*, § 2



van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding te verduidelijken (*BS* 23 januari 2009), werd de vergissing rechtgezet.

Werden de voorafgaande overeenkomsten in een notariële akte opgenomen, dan blijven de afspraken automatisch (voorlopig) gelden totdat zij worden bekrachtigd door de echtscheidingsrechter in het kader van de procedure echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting (EEO) (art. 1257 Ger.W.) of totdat nieuwe voorlopige maatregelen worden bevolen in kort geding (art. 1280 Ger.W.). Deze laatste hypothese zal zich wel het meest voordoen vermits in de praktijk de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming meestal wordt verlaten wanneer er geen akkoord meer is betreffende de voorafgaande overeenkomsten.

Gaat het niet om een notariële voorafgaande overeenkomst dan heeft die ook een voorlopige binding doch dan kan de kort gedingrechter op verzoek van de meest gereede partij een voorlopige titel (een “voorlopige” beschikking) verlenen die in overeenstemming is met de voorafgaande overeenkomsten en dit dus in afwachting dat alsnog een akkoord kan worden bekrachtigd door de echtscheidingsrechter (art. 1257 Ger.W.) dan wel de kort gedingrechter voorlopige maatregelen uitspreekt (art. 1280 Ger.W.).

De zaak wordt op een zitting voor de kort gedingrechter gebracht in overeenstemming met artikel 1256 Ger.W., d.w.z. dat ze op verzoek van één van de partijen wordt verwezen door de bodemrechter naar de eerst nuttige zitting van de zaken in kort geding, voor zover ze nog niet is ingeschreven op de rol van de zaken in kort geding. Artikel 803 Ger.W. is van toepassing.

Wij zijn het niet eens met het standpunt dat stelt dat de kort gedingrechter maar een voorlopige titel zou kunnen geven voor die onderdelen van de voorafgaande overeenkomsten waarvoor hij niet werd geadieerd in het kader van de conflictueuze procedure (art. 1280 Ger.W.) of enkel voor nieuwe partiële overeenkomsten (G. VERSCHELDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen”, *T.Fam.* 2007, 147, nr. 35; de auteur is later op zijn standpunt teruggekomen: G. VERSCHELDEN, “Echtscheiding door onderlinge toestemming” in *FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID. INSTITUUT NOTARIEEL RECHT. UNIVERSITEIT GENT* (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 12, Brugge, die Keure, 2008, 45).

Op die manier ontstaat er een discriminatie tussen de echtgenoten die over een notariële akte beschikken waarvan alle onderdelen van de voorafgaande overeenkomsten in principe uitvoerbaar zijn en diegenen die daarover niet beschikken, terwijl het precies de bedoeling was van de nieuwe bepaling om dit onderscheid op te heffen.

Deze interpretatie is in strijd met de voorlopige draagkracht die de wetgever heeft willen geven aan de voorafgaande overeenkomsten (aanhef van paragraaf 2 van art. 1294*bis* Ger.W.) en waarvan de uitvoerbaarheid hetzij via een notariële akte, hetzij via een gerechtelijke akte toch maar het *instrumentum* is. De voorzitter moet geen “uitspraak” doen over een of meerdere punten uit de voorafgaande overeenkomsten, hij moet enkel uitvoerbaarheid geven. Hij kan die weigeren voor bedingen die strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden (J.-P.MASSON, “La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce”, *JT* 2007, 541, in het bijzonder voetnoot 49).

Bovendien heeft de voorlopige titel toch ook maar zin indien hij wordt gevraagd in afwachting van het totstandkomen van nieuwe overeenkomsten (art. 1257 Ger.W.) dan wel de beslechting van de geschillen door de kort gedingrechter (art. 1280 Ger.W.) en niet n a d a t die akkoorden werden gesloten of de geschillen aanhangig werden gemaakt.

Het is duidelijk dat de wetgever met het systeem van de voorlopige binding een beschermingsmechanisme beoogde ten voordele van de echtgenoot die wenste uit de echt te scheiden via de echtscheiding door onderlinge toestemming maar daarin voor “schut” wordt gezet door de andere, niet zelden zelfs wordt gechanteerd. Nochtans is het niet enkel die echtgenoot die het recht heeft de overstap te vragen. Artikel 1294*bis*, § 2 Ger.W. spreekt van de “meeste gerede partij” doch het zal wel zo zijn dat de echtgenoot die niet te goeder trouw handelt er geen belang bij heeft zich als “meest gerede partij” op te werpen.

Dit beschermingsmechanisme kan dan ook niet vooraf conventioneel worden uitgeschakeld maar het verliest anderzijds zijn betekenis indien de echtgenoten zich verzoenen of samen beslissen de procedure te verlaten z o n d e r overstap (zie *verder*).

Nog omwille van dit beschermingsmechanisme kan het voorlopig bindende karakter niet worden uitgeschakeld vóór de homologatie bepaald in artikel 1257 Ger.W. in de hypothese dat partijen bestaande overeenkomsten vervangen door nieuwe (*anders* G. VERSCHULDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoorwaarden”, *T.Fam.* 2007, 146, nr. 32).

Sommige auteurs zijn van mening dat er wel conventioneel kan worden afstand gedaan van de voorlopige binding van de voorafgaande overeenkomsten en beroepen zich daarvoor op het louter verbintenisrechtelijke karakter van de overeenkomsten. Deze overeenkomsten dienen gekwalificeerd te worden als een dading (F. BUYSENS, “Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007”, *Not.Fisc.M.* 2008, 22). Nu de wetgever zijn vergissing rechtzette en in artikel 1294*bis* Ger.W. de verwijzing naar artikel 1287 Ger.W (vermogensrechtelijke overeenkomst) verving door artikel 1288 Ger.W. (familierechtelijke overeenkomst) ziet men overigens niet goed in wat de zin is van een conventionele afstand van de voorlopige binding (wet van 31 oktober 2008 tot wijziging van artikel 1294*bis*, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de wet

van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding te verduidelijken (BS 23 januari 2009).

Naast het argument dat het door de wetgever beoogde beschermingsmechanisme deel uitmaakt van een echtscheidingsprocedure die betrekking heeft op de staat van de persoon en dat dit de openbare orde raakt (C. AUGHUET, “La réforme du divorce. III. Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel”, *Div. Act.* 2007, 131; G. VERSCHULDEN, “Echtscheiding door onderlinge toestemming” in FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID. INSTITUUT NOTARIEEL RECHT. UNIVERSITEIT GENT (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 12*, Brugge, die Keure, 2008, 44), kan er over de louter “verbintenisrechtelijke” benadering ook het volgende gezegd worden.

In het kader van de voorafgaande overeenkomsten worden afspraken gemaakt over onderwerpen die dikwijls van openbare orde zijn of van dwingend recht. De regeling m.b.t. de uitoefening van het ouderlijk gezag over de kinderen en de onderhoudsbijdrage is van openbare orde. De bepalingen over de hulpplicht tussen de echtgenoten tijdens de procedure zijn van dwingend recht (Cass. 27 september 1990, *Rev.not.b.* 1991, 195). Over deze materies komen de echtgenoten niet overeen wat zij willen.

De wettelijke onderhoudsverplichting is van dwingend recht en kan niet het voorwerp zijn van afwijkende overeenkomsten onder particulieren (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 42). Dit wil nog niet zeggen dat alle bepalingen m.b.t. wettelijke onderhoudsverplichtingen van openbare orde zijn of van dwingend recht en dat alles wat daaraan tegenstrijdig is, verboden is. Overeenkomsten die het “recht op” een onderhoudsuitkering raken, zijn dat wel. Deze die betrekking hebben op de uitvoering of de modaliteiten van een onderhoudsuitkering, zijn dat niet (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 132-133; A.-C. VAN GYSEL “Les personnes-Examen de jurisprudence (1991-2002)”, *RCJB* 2003, 393).

Uit het voorgaande volgt dat het louter verbintenisrechtelijke standpunt moet worden genuanceerd in die zin dat in het kader van dit standpunt verzaking mogelijk is aan de voorlopige binding van overeenkomsten die materies betreffen die niet van openbare orde of dwingend recht zijn, terwijl geen verzaking mogelijk is in het tegenovergestelde geval.

**970** De overstapregeling geldt uiteraard slechts ingeval er werkelijk wordt “overgestapt” van de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming naar de procedure echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (EOO) en niet wanneer er geen gerede partij is, hetzij om reden dat partijen zich hebben verzoend, dan wel dat zij de procedure echtscheiding door onderlinge toestemming zuiver en eenvoudig hebben “verlaten” en bijvoorbeeld een procedure op basis van artikel 223 BW begonnen zijn voor de vrederechter (in dezelfde zin A.-C. VAN GYSEL, “Une bien fragile passerelle” (noot onder Vred. Marche-en-Famenne-Durbuy 13 maart 2008), *Act.dr.fam* 2008, 150; anders K. VERSTRAETE, “Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding”, *NJW* 2007, 639, nr. 56).

Wordt het tegenovergestelde standpunt gehuldigd, d.w.z. dat de voorlopige gelding bestaat buiten de wil en het akkoord van de partijen, dan blijven zij, zonder dat zij dit willen, *ad vitam aeternam* opgezadeld met de voorafgaande overeenkomsten en organiseert de wetgever langs deze weg eigenlijk een feitelijke scheiding.

Indien zuiver en eenvoudig afstand wordt gedaan van de echtscheiding door onderlinge toestemming dan hebben de voorafgaande overeenkomsten geen reden van bestaan meer. Zij werden tot stand gebracht – dikwijls mits een geheel van wederzijdse toegevingen – met het oog op het bekomen van een echtscheiding. Indien afstand wordt gedaan van de procedure zonder de bedoeling nog een echtscheiding te bereiken, dan beantwoorden de voorafgaande overeenkomsten niet meer aan hun finaliteit. Anders is het uiteraard wanneer het de bedoeling blijft, via de overstap, tot een echtscheiding te komen.

Zie voor een toepassing Vred. Marche-en-Famenne-Durbuy 13 maart 2008, *Act.dr.fam* 2008, 149, noot A.-C. VAN GYSEL. De zaak werd eerst bij de vrederechter aanhangig gemaakt door een van de echtgenoten op basis van artikel 223 BW waarop de andere onmiddellijk de overstap vroeg naar de echtscheiding op grond van een onherstelbare ontwrichting. Als gevolg daarvan verklaarde de vrederechter zich onbevoegd ten voordele van de kort gedingrechter. De vrederechter had zich echter ook bevoegd kunnen verklaren tot op het ogenblik dat de kort gedingrechter uitspraak deed (Cass. 22 oktober 1981, *RTDF* 1981, 398 en *Pas.* 1982, 272; J.-E. BEERNAERT, "Droit judiciaire familial" in *Précis de droit de la famille*, Brussel, Bruylant, 2004, 560).

Een voorlopige binding zonder dat de partijen nog de bedoeling hebben om tot een echtscheiding te komen zou ook ongewenste effecten hebben. Indien bijvoorbeeld een echtgenoot in het kader van de voorafgaande overeenkomsten afstand deed van het recht op een onderhoudsgeld tijdens de proeftijd en ook daarna, en zulke afstand zou een voorlopige binding hebben indien de procedure EOT wordt verlaten, dan zou dit strijdig zijn met het algemene beginsel in het alimentatierecht dat van dit recht tijdens het huwelijk geen afstand kan worden gedaan (Cass. 14 november 1974, *Pas.* 1975, I, 304 en *RW* 1974-75, 1766; het nieuwe art. 301, § 9 BW is ook een toepassing van dit beginsel van openbare orde). Ook overeenkomsten m.b.t. de kinderen zouden een voorlopige binding krijgen terwijl ze nooit door de rechter werden gehomologeerd, uitgezonderd de hypothese dat in het geval van een onderhandse overeenkomst om een titel zou worden gevraagd aan de kort gedingrechter overeenkomstig artikel 1294bis, § 2 Ger.W.

Artikel 1294bis, § 2 Ger.W. vermeldt trouwens uitdrukkelijk dat de voorafgaande overeenkomsten slechts een voorlopige draagkracht behouden tot wanneer de artikelen 1257 of 1280 Ger.W. worden toegepast en dit is toch naar mogelijk indien er werd overgestapt naar de derde variant van de procedure echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (EOO) (op eenzijdig verzoek en mits een termijn van feitelijke scheiding van 1 jaar, nieuw art. 229, § 3 BW). De wet voorziet niet in voorlopige binding indien bijvoorbeeld wordt overgestapt naar een procedure op grond van de artikelen 221 en 223 BW voor de vrederechter. Nochtans wordt dan ook afstand gedaan van de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming (zie *boven* Vred. Marche-en-Famenne-Durbuy 13 maart 2008, *Act.dr.fam* 2008, 149, noot A.-C. VAN GYSEL).

In de hypothese dat de voorafgaande overeenkomsten een voorlopige binding behouden bij eenvoudige en zuivere afstand, rijst de vraag of partijen dan niet conventioneel kunnen bedingen dat de overeenkomsten geen gevolg meer hebben. Indien men deze mogelijkheid zou afwijzen op basis van de redenering dat de voorlopige draagkracht van de overeenkomsten door de wetgever werd ingevoerd om de echtgenoot die slachtoffer is van de eenzijdige beslissing van de andere om de procedure stop te zetten, te beschermen, dan bevestigt dit precies het standpunt dat er enkel een voorlopige draagkracht is bij overstap en niet bij het g e z a m e n l i j k verlaten van de procedure.

Mits deze laatste vaststelling menen wij dat het overigens niet mogelijk is het voorlopig bindend karakter van de overeenkomsten, c o n v e n t i o n e e l uit te schakelen gelet op het beschermingsmechanisme dat de wetgever voor ogen had (zie in dezelfde zin C. AUGHUET, “La réforme du divorce. III. Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel”, *Div.Act.* 2007, 131; G. VERSCHULDEN, “Echtscheiding door onderlinge toestemming” in FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID. INSTITUUT NOTARIEEL RECHT. UNIVERSITEIT GENT (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 12*, Brugge, die Keure, 2008, 44; G. VERSCHULDEN, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen”, *T.Fam.* 2007, 146-147, nr. 33).

Volgens bepaalde rechtspraak en rechtsleer is er bij de overstap van een procedure EOT naar een procedure EOO geen sprake van een “verderzetting” van de oorspronkelijk ingeleide echtscheidingsprocedure, maar wordt er door de overstap een nieuw (zelfstandig) geding ingeleid (KG Leuven 9 juni 2008, *T.Fam.* 2008, 179 en Rb. Leuven 29 september 2008, *T.Fam.* 2008, 180, noot T. TOREMANS). Er zou m.a.w. een discontinuïteit zijn, met dien verstande dat geen nieuwe gedingleidende akte zou nodig zijn (dus een vereenvoudigde rechtsingang) maar dat er logischerwijze wel een nieuwe rolstelling zou vereist zijn.

Dit standpunt dat ingaat tegen de *ratio legis* van artikel 1294bis, § 1 Ger.W. leidt echter wel tot problemen wat de bevoegdheid *ratione loci* betreft én van de echtscheidingsrechter én van de kort gedingrechter en, wat deze laatste betreft, ook aangaande het precieze tijdstip van de rolstelling. Immers de territoriale bevoegdheid van de EOT-rechter hoeft niet dezelfde te zijn als deze van de EOO-rechter en de vraag ter gelegenheid van welke “akte” de nieuwe rolstelling zal moeten plaatsgrijpen, zal dan weer afhangen van de willekeur van de plaatselijke griffies.

## 5. Overgangsrecht

**971** Bij de overgangsregeling werd uitgegaan van het principe van de o n m i d d e l l i j k e toepassing van de wet. De overgangsregeling vormt daarop een uitzondering.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de vertegenwoordiger van de minister van Justitie de algemene beginselen van het overgangsrecht als volgt omschreef: “De niet-terugwerkende kracht van de wetten en het logische gevolg ervan, de onmiddellijke toepassing ervan op de situaties die in aanleg zijn en situaties die aan de gang zijn (art. 2 BW), de onmiddellijke toepassing van de wetten op de rechtspleging, het verbod gebruik te maken van feiten uit het

verleden voor de tenuitvoerlegging van de nieuwe wet, alsook het voortbestaan van de vroegere wet op *contractueel vlak*” (wetsontwerp betreffende de hervorming van de echtscheiding 12 april 2007, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51 2341/018, 70).

Wat dit laatste betreft, is dit niet het geval wanneer het gaat om materies die van openbare orde zijn.

Dit principe werd toegepast door het Hof van Cassatie in een arrest van 14 februari 2002, waarin werd geoordeeld dat de wettelijke bepalingen betreffende de overeenkomst tussen echtgenoten die wensen over te gaan tot een echtscheiding door onderlinge toestemming over de bijdrage van elk van hen in het levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van de gemeenschappelijke kinderen, van openbare orde zijn.

Dit brengt met zich mee dat een nieuwe wet (*in casu* ging het over de wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding, *BS* 27 juni 1997), ingevolge de artikelen 2 BW en 3 Ger.W. onmiddellijk van toepassing wordt op toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude wet zijn ontstaan. Volgens het Hof van Cassatie kan een aanvraag tot herziening van een bijdrage dus niet worden afgewezen op grond van het feit dat de gewijzigde omstandigheden van een partij niet zouden voldoen aan de vereisten gesteld door de oude wet (wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, *BS* 21 juli 1994).

Zoals hierboven al werd gesteld, blijft in beginsel de oude wet van toepassing op contractuele materies, doch hier ging het uiteraard om bepalingen van openbare orde (Cass. 14 februari 2002, *RABG* 2003, 105, noot F. DE BOCK, *Pas.* 2002, I, 435, *RTDF* 2004, 990, *EJ* 2002, 118, noot F. BUYSENS en *Arr.Cass.* 2002, 465).

**972** Op het vlak van het overgangsrecht is de nieuwe wijzigingsmogelijkheid niet van toepassing op de overeenkomsten voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming gesloten vóór 1 september 2007.

De “spildatum” is deze van het sluiten van de overeenkomst, niet deze van het verzoekschrift of van de eerste verschijning voor de rechtbank (P. SENAEVE, “Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007” in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 247 en 249).

**973** Ook de nieuwe regeling inzake de echtscheiding door onderlinge toestemming waarbij de voorafgaande overeenkomsten (waaronder deze m.b.t. alimentatie) een voorlopige draagkracht behouden indien de overstap wordt gedaan naar de procedure van echtscheiding op grond van een onherstelbare ontwrichting, is niet van toepassing op overeenkomsten die de partijen hebben getekend vóór 1 september 2007 (nieuw art. 1294*bis*, § 2 Ger.W.).

De beperking in de tijd van de uitkering na echtscheiding tot maximaal de duur van het huwelijk zoals bepaald in het kader van de echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting onder het artikel 301, § 4, eerste lid BW is niet van toepassing op de echtscheiding door onderlinge toestemming noch voor de uitkeringen overeengekomen onder de oude wet noch voor deze bepaald onder de nieuwe wet. Niets belet uiteraard dat partijen louter conventioneel zulke maximale termijn bepalen.

C. HET ONDERHOUDSGELD NA SCHEIDING VAN TAFEL EN BED (NIEUW ART. 308 BW)

**974** Na scheiding van tafel en bed blijft de hulpplicht (art. 213 BW) bestaan (art. 308 BW). Nu de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk en de onderlinge toestemming de enige gronden voor scheiding van tafel en bed zijn geworden, kan er ook bij de toepassing hiervan niet langer sprake zijn van een schuldige en een onschuldige echtgenoot. Om die reden diende de oude wettekst te worden aangepast aan de nieuwe echtscheidingsgronden (art. 308 (oud) BW). De oude tekst bepaalde dat de hulpverplichting na scheiding van tafel en bed alleen bleef bestaan ten voordele van de echtgenoot die de scheiding had verkregen.

Nu de hulpverplichting na scheiding van tafel en bed in hoofde van beide echtgenoten blijft bestaan, kan volgens bepaalde auteurs verwacht worden dat de vraag naar onderhoudsgeld tussen van tafel en bed gescheiden echtgenoten in de praktijk zal toenemen vermits het geval dat geen van beide echtgenoten aanspraak kan maken op hulp (na uitspraak van de scheiding van tafel en bed tegen beide echtgenoten) onder gelding van het nieuwe recht niet meer kan voorkomen (G. VERSCHULDEN, “De scheiding van tafel en bed” in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 190).

Zoals hierboven reeds gesteld, heeft dit onderhoudsgeld de hulpverplichting ex artikel 213 BW als grondslag en wordt het dus niet geregeld door artikel 301 BW (de uitkering na echtscheiding). Dit betekent ook dat het onderhoudsgeld onbeperkt veranderlijk is en niet beperkt is tot 1/3 van de netto-inkomsten van de schuldenaar.

Onder het oude recht werd nog beslist dat, wanneer na een scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding bij een definitief vonnis is uitgesproken, de voorafgaande overeenkomst met betrekking tot het onderhoudsgeld tussen de echtgenoten vervalt. Enkel de vermogensrechtelijke overeenkomst behoudt haar uitwerking.

Artikel 308 BW heeft volgens het Hof van Cassatie immers geen uitstaans met de scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming (Cass. 19 december 2003, *NJW* 2004, 626 en *TBBR* 2004, 387 noot J. GERLO; Antwerpen 17 december 2003, *NJW* 2004, 628). Voormeld artikel bepaalt dat na scheiding van tafel en bed de hulpplicht alleen blijft bestaan ten voordele van de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen. Bij onderlinge toestemming is er geen “schuldige” echtgenoot.

## AFDELING IV

## DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN WETTELIJK SAMENWONENDEN

## § 1. Inleiding

975 Recent wetgevend initiatief heeft ertoe geleid dat het huwelijk niet langer een monopolie uitoefent op de organisatie van de tweerelatie, ook al beperkt het huwelijk zich niet langer tot de heterorelatie. Als gevolg van 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 (BS 28 februari 2003) werd het homohuwelijk ingevoerd. Het homokoppel is aldus niet langer aangewezen op de wet tot invoering van de wettelijke samenwoning van 23 november 1998, die in voege trad op 1 januari 2000, doch die slechts een minimale rechtsbescherming biedt aan een tweerelatie (BS 12 januari 1999).

Thans beheerst de vrije wil de “samenwoning”, zodat aan de samenwoners op civielrechtelijk vlak de keuze gelaten wordt aan welke wettelijke plichten zij zich willen onderwerpen, onverminderd de contractuele. Het wordt met andere woorden aan de samenwoners overgelaten in hoeverre zij hun relatie wensen te onderwerpen aan een wettelijke organisatie en bescherming, gaande van het toetredingscontract dat het huwelijk is, tot de feitelijke samenwoning, waarin de wetgever organisatorisch niet tussenkomt (H. WILLEKENS, “De (vrije?) wil in het gezinsrecht” in *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 82-83).

Onderscheid kan worden gemaakt tussen het huwelijk, de wettelijke samenwoning, de feitelijke samenwoning die georganiseerd wordt op een contractuele basis en ten slotte het volkomen “vrije” concubinaat, los van iedere wettelijke en contractuele regeling. De samenwoners bepalen dus in grote mate zelf de wijze waarop zij hun samenwoning organiseren, deze instandhouden, zoals zij ook de duur en de beëindiging ervan bepalen (P. SENAËVE, “De homofiele tweerelatie op de drempel van de 21ste eeuw” in *Liber Amicorum Roger Dillemans*, I, Antwerpen, Kluwer, 1997, 262; J.-L. RENCHON, “La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 43).

De ongehuwde tweerelatie wordt beschouwd als een rechtsfeit, doch de wettelijke samenwoning onderscheidt zich van de feitelijke samenwoning doordat het een rechtshandeling vereist, met name het vervullen van de wettelijk bepaalde formaliteiten conform de artikelen 1475 en 1476 BW (L. BARNICH, “Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé” in



*Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Revue du Notariat Belge*, Brussel, Bruylant, 2000, 9-10).

**976** Hoewel de rechtsleer aanvankelijk grote twijfels had of de wettelijke samenwoning tot de staat van de persoon behoort, wordt dit thans vrij algemeen aanvaard nu de wettelijk georganiseerde patrimoniale status gebaseerd is op de persoonlijke verhouding tussen de samenwoners, die trouwens rechtstreeks door de wetgever is bepaald (F. SWENNEN, “Bedenkingen bij het rechtsbegrip ‘staat van de persoon’” in *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 75-76; J. SOSSON en N. DANDOY, “La reconnaissance juridique du couple non marié” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 49).

Ook het concubinaat vormt een basis van familiale relatie, zodat door zekere rechtsleer gesteld wordt dat het deel uitmaakt van het persoonlijk statuut van de samenwonende (P.-P. RENSON, “L’union libre internationale”, *Ann.dr. Louvain* 2002, 210).

Wanneer het begrip “familie” traditioneel omschreven kan worden als een geheel van personen die met elkaar verenigd zijn als gevolg van het huwelijk, door afstamming of mogelijk als gevolg van adoptie, kan thans, als gevolg van de maatschappelijke evolutie, de samenwoning hieraan toegevoegd worden. Het feit dat uit de samenwoning afstammingsbanden kunnen ontstaan, evenals de erkenning van subjectieve rechten, zoals het recht op schadevergoeding als gevolg van het overlijden van de partner, heeft voor gevolg dat de “samenwoning” als bron of oorzaak tot het vormen van een familiale band moet worden weerhouden (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. I, Brussel, Bruylant, 1990, 459, nr. 440).

De vrijheid die de wetgever laat betreffende het samenwonen reikt aldus verder dan de keuze tussen huwen en ongehuwd samenwonen (D. VAN GUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 281).

**977** De invoering van de wet van 23 november 1998 in zake de wettelijke samenwoning, doet de rechtsgeldigheid van de overeenkomsten van samenwoners omtrent de organisatie van hun patrimonium, naar analogie met het huwelijkscontract, niet meer in vraag stellen (wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning, *BS* 12 januari 1999, in werking sinds 1 januari 2000).

De wettelijke samenwoning brengt de personen die een gezin vormen, zonder de verklaring, conform artikel 1475 BW te hebben afgelegd, echter niet in de illegaliteit, wat trouwens nooit de optiek van de wetgever is geweest bij de totstandkoming van de wet van 23 november 1998.

Anderzijds voorziet de wettelijke samenwoning wel in een regime van solidariteit tussen de samenwonenden, waardoor het zich onderscheidt van het “vrije” concubinaat, ook “feitelijke samenwoning” genoemd (N. VERHEYDEN-JEANMART, “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation”, in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 324-328).

In dit perspectief zal nader ingegaan worden op de onderhoudsverplichting tussen ongehuwde samenwoners in een tweerelatie.

**978** Hierna wordt m.b.t. de onderhoudsverplichting telkens het onderscheid gemaakt tussen de wettelijke regeling en de conventionele regeling. Deze laatste hypothese wordt dan nog uitgesplitst in de situatie tijdens de samenwoning en deze na de beëindiging ervan.

Wat de feitelijke samenwoning betreft, bestaat er in principe geen wettelijke regeling voor de alimentatieverplichtingen zodat deze categorie eigenlijk niet thuishoort onder de groep van de “wettelijk georganiseerde onderhoudsverplichtingen”. Ze zal dan ook worden behandeld onder de “wettelijk niet georganiseerde onderhoudsverplichtingen” (*verder* nrs. 1192-1227).

## § 2. De wettelijke samenwoning

### A. GRONDSLAGEN

#### 1. De wettelijke regeling

**979** De onderhoudsverplichting wordt beheerst door artikel 1477, § 3 BW. De sanctionering ervan, bij ernstige verstoring van de verstandhouding, door artikel 1479 BW.

**980** De wetgever heeft een beperkt aantal rechten en verplichtingen, uit het primair huwelijksstelsel van echtgenoten toegepast op de wettelijk samenwoners, meer bepaald de artikelen 215, 220, eerste lid, 221, eerste lid, 222, 223 en 224, § 1, 1 BW. Deze bepalingen werden opgenomen in de artikelen 1477 en 1479 BW.

Dit betekent dat aan de wettelijk samenwoners een zuiver patrimoniaal statuut werd toegekend (J.-L. RENCHON, “La régulation par la loi des relations juridiques” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (ed.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 37). Aldus is een solidariteit tussen twee ongehuwde personen, ongeacht hun geslacht en zonder enig beletstel *qua* verwant- of aanverwantschap in het leven geroepen. Vereist is evenwel dat deze samenwoners handelingsbekwaam zijn om te contracteren en dat zij ongehuwd zijn (P. SENAEVE, “De Belgische ‘wettelijke samenwoning’ en het Franse ‘pacte civil de solidarité’”. Enkele rechtsvergelij-

kende beschouwingen” in *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 441 e.v.; C. COUQUELET, “Le statut de cohabitant légal” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 137 e.v.)

Door het enkele feit van de wettelijke samenwoning zijn voormelde rechten en verplichtingen van toepassing, waarvan niet afgeweken kan worden, zodat ze van dwingend recht zijn zolang de wettelijke samenwoning duurt (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 368; O. DE SCHUTTER en A. WEYEMBERGH, “La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe?”, *JT* 2000, 98).

Andere bepalingen uit het primair huwelijkstelsel, zoals onder meer de hulpen bijstandsverplichting werden niet overgenomen en aan de wettelijk samenwoners opgelegd (E. DE KEZEL, “De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning: Een maat voor niets?”, *AJT* 1999-2000, 133; N. DANDOY en F. TAINMONT, “Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale”, *RRD* 1999, 268).

**981** Er is *stricto sensu* geen onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden, vermits artikel 213 BW niet werd overgenomen door artikel 1477 BW. Evenmin bestaat er tussen wettelijk samenwonenden een gemeenschappelijk inkomen (Vred. Zomergem 27 mei 2005, *T.Not.* 2005, 495 en *T.Vred.* 2007, 345; F. SWENNEN, “Alimentatie tussen partners” in C. FORDER en A. VERBEKE (eds.), *Gehuwd of niet, maakt het iets uit?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 295, nr. 31).

Slechts wanneer de problematiek op financieel vlak aan de orde is om bij te dragen in de lasten van de samenwoning, kan een beroep gedaan worden op artikel 1477, § 3 BW (P. SENAEVE en E. COENE, “De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning”, *EJ* 1998, 160). Aldus moet ieder der wettelijk samenwonenden naar evenredigheid van zijn mogelijkheden en middelen bijdragen in de lasten van het samenleven, hetgeen overeenstemt met de bijdrageplicht tussen gehuwden, conform artikel 221, eerste lid BW. Bijgevolg zal de samenwoner, die niet proportioneel bijdraagt, schuldenaar zijn van een onderhoudsplicht ten overstaan van de andere (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 58).

Deze bijdrageverplichting heeft betrekking op alle uitgaven en lasten aangaande de organisatie en de instandhouding van een harmonieus samenwonen, met inbegrip van de kosten en lasten, verbonden aan het onderhoud en de opvoeding van de kinderen die mee onder hetzelfde dak leven. De wettelijk samenwonende die niet de ouder is van deze kinderen maar die wel gezamenlijk worden opgevoed, dient aldus naar evenredigheid van zijn mogelijkheden

bij te dragen in de lasten ervan. Bovendien zijn de wettelijk samenwonenden hoofdelijk gehouden, overeenkomstig artikel 1477, § 4 BW voor iedere schuld die werd aangegaan door één van hen ten behoeve van het samenleven en van de kinderen die door beide worden opgevoed (F. TAINMONT, “Les charges du ménage” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (ed.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 143; zie ook P. BORGHS, “Omgangsrecht van de meemoeder”, *NJW* 2004, 1158; E. DE WILDE D’ESTMAEL, “La nouvelle législation sur les droits successoraux du cohabitant légal”, *Div.Act.* 2007, 140).

Artikel 1477, § 5 BW voorziet in een onderhoudsverplichting van de langstlevende wettelijk samenwonende ten overstaan van de kinderen van de wettelijk vooroverleden samenwonende, overeenkomstig artikel 203, § 1 BW, binnen de grenzen van wat hij krachtens artikel 74*Socties*, § 1 BW heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en van de voordelen die hij mocht verkregen hebben uit schenking, testament of in de in artikel 1478 BW bedoelde overeenkomst. Bovendien bepaalt de wet (art. 1477, § 6 BW) dat wanneer de wettelijk samenwonende vooroverleden is zonder nakomelingen na te laten, zijn nalatenschap aan zijn bloedverwanten in opgaande lijn die ten tijde van het overlijden behoeftig zijn, levensonderhoud is verschuldigd eveneens ten beloop van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van de giften aan de langstlevende wettelijk samenwonende. Aldus werden twee nieuwe vorderingen tot levensonderhoud ingevoerd (W. PINTENS en V. ALLAERTS, “Het erfrecht van de langstlevende wettelijke samenwonende. Een commentaar op de wet van 28 maart 2007”, *RW* 2007-08, 269; E. DE WILDE D’ESTMAEL, “La nouvelle législation sur les droits successoraux du cohabitant légal”, *Div.Act.* 2007, 137-147). Zie hierover meer uitgebreid *boven* nr. 530.

Vermits een “bijdrageplicht” ruimer is dan een “onderhoudsplicht” zou men kunnen stellen dat, zoals bij gehuwden, de onderhoudsplicht opgeslorpt is door de bijdrageplicht maar dat er dan toch (impliciet) een onderhoudsplicht bestaat. Er is echter wel een verschil: die onderhoudsplicht houdt op bij het beëindigen van de samenwoning. Er bestaat geen onderhoudsplicht meer na de samenwoning, noch bij overlijden of het aangaan van een huwelijk, noch ingeval van de verklaring afgelegd bij toepassing van artikel 1476, § 2 BW. Het bestaan van een alimentatieplicht na samenwoning kan ook niet gesteund worden op artikel 1479, derde lid BW dat bepaalt dat de vrederechter enkel dringende en voorlopige maatregelen kan gelasten die als gevolg van de beëindiging gerechtvaardigd zijn.

**982** Slechts indien de verstandhouding tussen de samenwoners ernstig verstoord is en niet van zodra een van hen, naar analogie met gehuwden, zijn wettelijke plichten grovelijk verzuimt (art. 223, eerste lid BW), kan de vrederechter krachtens artikel 1479 BW dringende voorlopige maatregelen opleggen. Is dit niet het geval, t.t.z. indien er geen ernstige verstoring in de verstandhouding weerhouden kan worden, doch er anderzijds wel hoogdringendheid aanwezig is, zal de voorzitter zetelend in kort geding, op grond van artikel 584 Ger.W. bevoegd zijn om maatregelen te treffen (P. SENAEVE, “De onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden en tussen concubinerenden” in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 159).

Naast de ernstige verstoring van de verstandhouding tussen de samenwoners, dient h o o g d r i n g e n d h e i d vastgesteld te worden alvorens de vrederechter kan tussenkomen. De te treffen dringende en voorlopige maatregelen worden bepaald door de vastgestelde urgentie. Dit heeft voor gevolg dat dringende en voorlopige maatregelen opgelegd kunnen worden, ook al bestaat de onenigheid tussen de samenwoners reeds gedurende een zekere tijd. Dit is trouwens ook de meerderheidstrekking in rechtspraak en rechtsleer bij het opleggen van dringende en voorlopige maatregelen tussen gehuwden in overeenstemming met artikel 223 BW (E. VON FRENCKELL, “Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 186).

In tegenstelling tot dringende voorlopige maatregelen opgelegd tussen echtgenoten in overeenstemming met artikel 223 BW, is de vrederechter conform artikel 1479, tweede lid BW verplicht om een geldingsduur van de maatregelen te bepalen. Wanneer de vrederechter echter bevoegd is om maatregelen te treffen aangaande de wettelijke en ook de conventionele verplichtingen van de samenwoners, kan de samenwoner zich hieraan naar de toekomst toe, onttrekken door aan de wettelijke samenwoning eenzijdig en zonder rechtvaardiging een einde te stellen. Het wezenlijke verschil met gehuwden is dat de bijdrageplicht onmiddellijk ophoudt te bestaan, wanneer de wettelijke samenwoning wordt beëindigd (K. BOONE, “Voorlopige maatregelen. Bevoegdheidsperikelen”, *NJW* 2003, 45; P. SENAËVE, “De onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden en tussen concubinerenden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 157; V. ALLAERTS, “Samenwoningsrecht” in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, 59-60, met een bespreking van het hierboven al aangehaalde vonnis van de vrederechter van Zomergem: Vred. Zomergem 27 mei 2005, *T.Not.* 2005, 495 en *T.Vred.* 2007, 345).

Het Arbitragehof was van oordeel dat artikel 1479, derde lid BW de artikelen 10 en 11 Gw. niet schendt in zoverre het bepaalt dat de vrederechter de dringende en voorlopige maatregelen gelast die gerechtvaardigd zijn als gevolg van de beëindiging van een wettelijke samenwoning, doch de vrederechter niet dezelfde bevoegdheid verleent indien geen verklaring van wettelijke samenwoning werd afgelegd (Arbitragehof 23 januari 2002, nr. 24/2002, *BS* 26 maart 2002, 12415, *Div.Act.* 2002, 43 en 91, noot S. BRAT, *JLMB* 2002, 620, noot D. PIRE en *RTDF* 2002, 710; Vred. Braschaat AR.02A693, 24 december 2002, onuitg.).

**983** Ook al is de tussenkomst van de bodemrechter naar de toekomst toe vrij beperkt, dit neemt niet weg dat artikel 1477, § 3 BW een wettelijke basis uitmaakt om achterstallen in de bijdrageplicht op te eisen. Bijgevolg kan een samenwonende die nagelaten heeft tijdens de samenwoning proportioneel bij te dragen in de lasten en kosten ervan, in rechte aangesproken worden om zijn aandeel te voldoen (Y.-H. LELEU, “Le régime juridique de la cohabitation légale” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 157;

N. DANDOY en F. TAINMONT, "Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale", *RRD* 1999, 272).

## 2. De conventionele regeling

### a. Tijdens de samenwoning

**984** De samenwoners zijn wettelijk in de gelegenheid om, conform artikel 1478, vierde lid BW van de gemeenrechtelijke bepalingen conventioneel af te wijken; die overeenkomst kan zowel vóór als tijdens de wettelijke samenwoning afgesloten worden. Wat de vorm betreft, is wettelijk vereist dat deze overeenkomst bij notariële akte wordt verleden, waarvan melding wordt gemaakt in de bevolkingsregisters. Het authentieke karakter van de akte is een wettelijk vereiste, zodat een loutere registratie van een onderhandse akte niet volstaat. Iedere afwijking wordt dan ook door absolute nietigheid gesanctioneerd. Voorwaarde is wel dat deze overeenkomst geen clausules bevat die strijdig zijn met onder meer de bepalingen van artikel 1477 BW of met de openbare orde en de goede zeden (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 379; Y.-H. LELEU, "Le régime juridique de la cohabitation légale" in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l'usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 170).

Mits naleving van het voorgaande kunnen dus conventioneel de respectievelijke bijdragen in de kosten en lasten van de wettelijke samenwoning nader worden omschreven, in het kader waarvan de samenwoners elkaar wederzijds ook mandaat kunnen verlenen (E. DE KEZEL, "De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning: Een maat voor niets?", *AJT* 1999-2000, 135).

Er ontstaat wel een probleem indien de samenwonenden in hun overeenkomst hebben bepaald dat zij geacht worden hun bijdrage in de lasten van het samenleven dag na dag te hebben geleverd. Dit veroorzaakt immers een omkering in de bewijslast in die zin dat diegene die een bijdrage vordert dan eerst zal moeten bewijzen dat de andere zijn deel in de dagelijkse lasten niet heeft betaald.

**985** De overeenkomst kan, in tegenstelling tot een huwelijkscontract steeds in onderling overleg tussen de wettelijk samenwonenden gewijzigd worden. Dit is echter niet tegenstelbaar aan derden. Louter het bestaan en het tijdstip waarop de overeenkomst is tot stand gekomen is aan derden tegenstelbaar, hetgeen betekent dat een derde medeplichtig kan zijn aan contractbreuk en deze derde zich op de overeenkomst kan beroepen indien er in zijn voordeel werd bedongen (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 380-381).

Het is toegestaan dat afspraken gemaakt worden op het vlak van de bijdrageplicht, en de onbetaalde rekeningen in het bijzonder indien aan de wettelijke samenwoning een einde zou gesteld worden. Kortom, het staat de samenwonenden vrij onderling de modaliteiten van hun bijdrageplicht te bepalen. Het is aangewezen dat dan duidelijk omschreven afspraken worden opgenomen in de samenlevingsovereenkomst, wat niet zo eenvoudig is als op het eerste gezicht lijkt. Immers, “de bijdrageplicht” is een vage, open norm die moet ingevuld worden op gevaar af dat dit in de praktijk kan leiden tot de uitholling van deze bijdrageverplichting (O. DE SCHUTTER en A. WEYEMBERGH, “La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe?”, *JT* 2000, 99).

Bovendien is er ook geen wettelijke regeling bepaald om de naleving van de conventioneel bedongen bijdrageverplichting af te dwingen zodat ook op dit vlak duidelijke akkoorden dienen gesloten te worden. Hierbij dient opgemerkt te worden dat artikel 221 BW niet van toepassing is zodat de ontvangstmachtiging zoals tussen echtgenoten, niet bij analogie kan worden toegepast (N. TORFS en E. VAN SOEST, “De redactie van een samenlevingsovereenkomst (wettelijke samenwoning)” in L. WEYTS, A. VERBEKE en E. GOOVAERTS (eds.), *Actualia Familiaal Vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2003, 70).

**986** Wel gelden de afspraken tussen samenwonenden slechts *rebus sic stantibus*, zodat, wanneer er zich wijzigende omstandigheden voordoen met betrekking tot de draagkracht van één van hen, de overeenkomst vatbaar is voor herziening en er gebeurlijk een beroep kan gedaan worden op de tussenkomst van de vrederechter. Zie voor een uitgebreide bespreking van het *rebus sic stantibus*-principe, *boven* nrs. 103-113.

#### b. Na de beëindiging van de samenwoning

**987** Niets belet dat tussen ex-wettelijk samenwonenden een overeenkomst gesloten wordt betreffende een onderhoudsuitkering na beëindiging van de wettelijke samenwoning, op voorwaarde dat deze overeenkomst niet strijdig is met de openbare orde en goede zeden.

De overeenkomst mag er bovendien niet toe strekken de samenwonende te verhinderen en dat hij geremd wordt om aan de wettelijke samenwoning een einde te stellen. Anders uitgedrukt, de overeenkomst mag geen penaliserende inhoud van de beëindiging der wettelijke samenwoning. Bovendien moet deze overeenkomst, strekkend tot het betalen van een onderhoudsuitkering na de beëindiging van de wettelijke samenwoning in geval van periodieke betalingen, beperkt zijn in de tijd.

Een dergelijke (rechtsgeldige) overeenkomst garandeert echter rechtszekerheid tussen de gewezen wettelijk samenwonenden op gebied van hun wederzijdse rechten en plichten met betrekking tot de periode na het beëindigen van

de wettelijke samenwoning. De overeenkomst kan dan ook voorzien in de modaliteiten van de alimentatie, onder meer de duur en de omvang van de regelmatige betalingen.

Vermits partijen hun wettelijke samenwoning conventioneel kunnen regelen, staat het hen ook vrij om een vergoeding te bedingen ingeval aan deze samenwoning een einde wordt gesteld. Dit laatste geldt echter maar voor zover dit slechts een beperkt overbruggingsgeld is, met andere woorden een financiële hulp welke de behoeftige ex-samenwonende in de gelegenheid moet stellen zijn persoonlijk onderhoud naar de toekomst toe te organiseren. Dit betekent dat in de overeenkomst geen echte verbrekkingsvergoeding kan bedongen worden, indien een van de samenwonenden een einde zou stellen aan de wettelijke samenwoning. Vermits in de overeenkomst niet geraakt mag worden aan de staat en bekwaamheid van de persoon, is een schadebeding in geval van beëindiging van de wettelijke samenwoning strijdig met de individuele vrijheid en daarom met de openbare orde (Rb. Brugge 9 april 2001, *RW* 2002-03, 1552; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La cohabitation légale. Du contrat à l'institutionnalisation" in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 334; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 381; C. COUQUELET, "Le statut de cohabitant légal" in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale*, *Chronique à l'usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 146).

## B. MODALITEITEN

### 1. Ontvangstmachtiging

**988** Zoals hierboven reeds gezegd, bestaat er eensgezindheid over dat de ontvangstmachtiging in het kader van dringende voorlopige maatregelen, conform artikel 1479 BW uitgesloten is. De wettelijke grondslag hiertoe ontbreekt. Meer bepaald werden in artikel 1477, § 3 BW de bepalingen van artikel 221, tweede tot zesde lid BW niet overgenomen, zodat onmogelijk naar analogie met voormeld wetsartikel de ontvangstmachtiging tussen wettelijke samenwonenden kan worden toegepast (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 370; N. DANDOY en F. TAINMONT, "Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale", *RRD* 1999, 271).

### 2. Beëindiging

**989** Ieder van de samenwonenden kan op elk ogenblik, zonder dat hiervoor de instemming van de andere vereist is, aan de wettelijke samenwoning een einde stellen, door middel van het afleggen van een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze rechtshandeling is essentieel, wat de bevoegdheid van de vrederechter betreft met betrekking tot de bijdrageplicht,



conform artikel 1477, § 3 BW. Van zodra de wettelijke samenwoning beëindigd is, houdt ook iedere bijdrageplicht op te bestaan tussen de gewezen samenwonenden. Er is dus wettelijk geen onderhoudsuitkering bepaald voor een ex-samenwoner (N. VERHEYDEN-JEANMART, “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 329).

Zoals reeds aangehaald, betekent zulks dat, wanneer in het kader van dringende voorlopige maatregelen een bijdrage in de kosten en lasten van de wettelijke samenwoning werd opgelegd, de veroordeelde samenwoner onmiddellijk een einde kan stellen aan de wettelijke samenwoning, met als gevolg dat de dringende voorlopige maatregelen vervallen.

Weliswaar kan de andere ex-samenwoner binnen een termijn van drie maanden na de beëindiging dringende voorlopige maatregelen vorderen, die conform artikel 1479, derde lid BW slechts een maximale geldingsduur van één jaar hebben.

In deze situatie beperkt de bevoegdheid van de vrederechter zich tot het opleggen van maatregelen, die als gevolg van de beëindiging van de wettelijke samenwoning gerechtvaardigd zijn. Doordat de bijdrageplicht opgehouden heeft te bestaan, is het de vrederechter wettelijk niet toegestaan een onderhoudsuitkering op te leggen (P. SENAËVE, “De onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden en tussen concubinerenden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 165-166; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 373; anders E. VON FRENCHELL, “Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 185, nr. 119: deze auteur meent dat een onderhoudsuitkering mogelijk is, in acht genomen de feitelijke omstandigheden, en deze de tijdelijke voortzetting vormt van de bijdrageplicht die gold tijdens de wettelijke samenwoning).

Er bestaan m.b.t. tot het juiste tijdstip van de beëindiging van de bijdrageplicht twee strekkingen.

Zo is er een eerste strekking in de rechtsleer die stelt dat de verplichting eindigt wanneer er geen samenleving meer is zonder dat vereist is dat al een einde werd gesteld aan de wettelijke samenwoning. Deze stelling steunt zich op een letterlijke interpretatie van de wet (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 509, nr. 1471).

Volgens de andere stelling blijft de solidariteitsplicht bestaan totdat de wettelijke samenwoning juridisch ontbonden is, dit zelfs al wonen de wettelijk samenwonenden niet meer samen (K. VERSTRAËTE, “Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning”, *NJW* 2008, 572, 16).

### 3. *Fout*

**990** De beëindiging van de wettelijke samenwoning is wettelijk geregeld en het kan dan ook niet als een fout worden beschouwd wanneer een samenwoner eenzijdig aan de wettelijke samenwoning een einde stelt (K. SABBE en G. COPS, “Niet getrouwd, wel gescheiden. Juridische aspecten van de beëindiging van de samenwoning”, *Not.Fisc.M.* 2002, 7).

De *quasi*-delictuele aansprakelijkheid kan echter wel in het gedrang komen, wanneer diegene die aan de samenwoning een einde stelt, tijdens het samenleven de partner in een totaal afhankelijke situatie heeft gebracht. Dit zou kunnen door bijvoorbeeld verbod op te leggen uit werken te gaan, of wanneer in gemeen overleg werd beslist dat de ex-samenwoner zich enkel nog diende toe te leggen op het huishouden en de opvoeding van de kinderen, deel uitmakend van het gezin.

In dergelijke omstandigheden, dient diegene die dergelijke situatie gecreëerd heeft, zijn verantwoordelijkheid te nemen en de gevolgen te dragen, zodat aan de andere ex-samenwoner de gelegenheid wordt geboden om de nodige schikkingen te treffen die hem of haar in staat stellen opnieuw in het eigen onderhoud te voorzien (N. VERHEYDEN-JEANMART, “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 330).

De fout situeert zich niet in de beëindiging van de wettelijke samenwoning doch wel in de omstandigheden die kaderen in het ontstaan ervan (E. DE KEZEL, “De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning: Een maat voor niets?”, *AJT* 1999-2000, 138).

Bijgevolg wordt in het kader van de wettelijke samenwoning op analoge wijze, als in geval van de abrupte beëindiging van de feitelijke samenwoning, toepassing gemaakt van artikelen 1382-1383 BW. De fout in hoofde van ex-samenwoner, die een einde stelde aan de wettelijke samenwoning, zal dus dienen aangetoond te worden, alsook het nadeel dat hierdoor is ontstaan. Slechts dan kan de andere ex-samenwoner aanspraak maken op een (verbrekkings)vergoeding (N. DANDOY en F. TAINMONT, “Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale”, *RRD* 1999, 281).

### 4. *Natuurlijke verbintenissen*

**991** Er moet vastgesteld worden dat de juridische situatie van de wettelijke samenwonende op gebied van de onderhoudsplicht, na beëindiging van de samenwoning, identiek, alleszins analoog is aan de positie van de feitelijke samenwoners, in geval van het beëindigen van het concubinaat. Meer bepaald is er niet in een wettelijke onderhoudsplicht voorzien, noch voor de wettelijke, noch voor de feitelijke samenwonende. Bijgevolg kan er ter gelegenheid van de beëindiging van de wettelijke samenwoning, inachtgenomen de bijzondere

feitelijke omstandigheden, uitsluitend een natuurlijke verbintenis in hoofde van de economisch sterkere ex-samenwonende weerhouden worden.

Deze natuurlijke verbintenis kan uitsluitend genoveerd worden in een civiel-rechtelijke, indien hij die meent hiertoe gehouden te zijn, na de beëindiging van de wettelijke samenwoning zichzelf ertoe verbindt vrijwillig gedurende een zekere periode een welbepaald bedrag op regelmatige tijdstippen te voldoen of tot de spontane uitkering is overgegaan.

Het moet met andere woorden gaan om de spontane, vrijwillige uitvoering van de verbintenis (zie hierover meer uitgebreid de nrs. 1182-1191).

In een geval waar de vaderlijke afstamming niet bewezen was, steunde de rechtbank van eerste aanleg te Luik zich op de natuurlijke verbintenis om een verhoging toe te kennen van de onderhoudsbijdrage die de betrokken man vrijwillig was blijven betalen voor het kind dat uit de samenwoning geboren was.

Appellant die dacht de vader te zijn van het kind dat geïntimeerde ter wereld had gebracht, had er zich in een proces-verbaal van verzoening toe verbonden aan geïntimeerde, zijn gewezen bijzit, een onderhoudsgeld te betalen voor het kind, op voorwaarde dat de moeder instemde met zijn erkenning van het kind. Appellant zag er echter van af het kind na de verzoeningszitting te erkennen, maar bleef het onderhoudsgeld betalen. Aangezien hij van oordeel was niet de wettige vader van het kind te zijn, wou appellant het door geïntimeerde ingediende verzoekschrift tot verhoging van het onderhoudsgeld ongegrond horen verklaren. Hij steunde zich onder meer op het feit dat de moeder na bovenvermelde verzoeningszitting zou gezegd hebben dat hij niet de vader was.

Om de vernietiging van het akkoord te verkrijgen waarvan in het bovenvermelde proces-verbaal van verzoening akte was gegeven, wegens het ontbreken van een oorzaak, moest appellant bewijzen dat de hoofdreden van zijn verbintenis de afstammingsband was die hij dacht met het kind te hebben en moest hij met alle rechtsmiddelen bewijzen dat hij niet de vader van het kind kon zijn, m.a.w. dat er geen oorzaak was. Appellant verzocht echter helemaal niet om de vernietiging van het akkoord, dat overigens maar gedeeltelijk ten uitvoer werd gelegd. Er bleef dus twijfel bestaan wat de vaderlijke afstamming van het kind betrof, die noch door appellant, noch geïntimeerde uit de wereld werd geholpen. Er kon bijgevolg ook niet besloten worden dat zijn verbintenis er een was zonder oorzaak.

De rechtbank oordeelde dat een natuurlijke verbintenis rechtsgeldig kan dienen als oorzaak voor een civiele verbintenis. Indien een persoon zich ertoe verbonden heeft te voorzien in de opvoeding van een kind van wie de vaderlijke afstamming niet is bewezen, berust de rechtsoverheid die is ingesteld om hem ertoe te verplichten zijn verbintenis na te komen op deze verbintenis en vormt zij geen vordering tot onderhoudsgeld.

Appellant heeft zich verbonden tot een bijdrageplicht die eveneens de mogelijkheid bevat om het bedrag van zijn aandeel naar boven toe te herzien (Rb. Luik (4de kamer) 29 april 2004, *TBBR* 2005, 209).

Het bewijs van het bestaan van de natuurlijke verbintenis en haar omzetting in een burgerlijke verbintenis wordt geleverd volgens het gemeen recht van de artikelen 1341 e.v. BW met een geschrift of het begin van een geschreven bewijs aangevuld met het getuigenbewijs of vermoedens.

Indien er een materiële of morele onmogelijkheid zou geweest zijn om zich een geschreven bewijs te verschaffen dan kan het bewijs ook geleverd worden door getuigen of vermoedens (Vred. Charleroi 26 oktober 2001, *JT* 2002, 474 en *RGDC* 2002, 475).

Naast de natuurlijke verbintenis bestaan er nog twee andere gronden uit het gemeen recht die zouden kunnen ingeroepen worden om een in de tijd beperkte onderhoudsuitkering te krijgen, zij het dat de rechtspraak niet bereid is ze gemakkelijk te aanvaarden (K. VERSTRAETE, “Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning”, *NJW* 2008, 573, nr. 20):

- de leer van de buiten contractuele aansprakelijkheid (art. 1382 BW); dit werd hierboven al besproken;
- het bestaan van een (stilzwijgende) samenlevingsovereenkomst op grond waarvan een beperkte opzeggingstermijn voor de beëindiging moet worden inachtgenomen (F. SWENNEN, “Alimentatie tussen partners” in C. FORDER en A. VERBEKE (eds.), *Gehuwd of niet, maakt het iets uit?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 306, nr. 69; J. DU MONGH, I. SAMOY en V. ALLAERTS, “Overzicht van rechtspraak (2000-2007). De feitelijke samenwoning”, *T.Fam.* 2008, 40, nr. 84).

### C. PROCEDURE

**992** In overeenstemming met artikel 591, 7° Ger.W. is de vrederechter *ratione materiae* bevoegd om kennis te nemen van de betwistingen betreffende de bijdrage in de lasten van de wettelijke samenwoning, zoals hij eveneens de bodemrechter is betreffende geschillen tussen gehuwden omtrent hun bijdrageverplichting in de lasten en kosten van het huwelijk.

Ook op het vlak van de bevoegdheid *ratione loci* kan er geen aanleiding tot betwisting bestaan, vermits, conform artikel 628, 17° Ger.W., de zaak uitsluitend bij de vrederechter van de laatste gemeenschappelijke verblijfplaats van de wettelijk samenwonenden kan gebracht worden (E. VON FRENCKELL, “Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale*, *Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 176-177; A.-C. VAN GYSEL en S. BRAT, “La rupture du couple: les recours judiciaires et les effets alimentaires” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 285).

Wat de bevoegdheid *ratione temporis* betreft, hoeft enkel verwezen te worden naar artikel 1479, tweede lid BW, waar uitdrukkelijk gesteld wordt dat de maatregelen ophouden uitwerking te hebben van zodra aan de wettelijke samenwoning een einde is gesteld. Op het vlak van de bijdrage in de lasten van de wettelijke samenwoning kan de onderhoudsverplichting zich dus niet verder uitstrekken dan tot de periode ervan. Bovendien is de vrederechter wettelijk verplicht de duur van de door hem opgelegde maatregelen uitdrukkelijk te vermelden, wanneer aan de wettelijke samenwoning geen einde is gesteld.

Teneinde de bevoegdheid *ratione temporis* te kunnen beoordelen, kan, in geval van betwisting, de vrederechter eisen dat de partij die de exceptie opwerpt,

kopij overlegt van de verklaring van beëindiging van de wettelijke samenwoning.

Voor de dringende en voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de periode na de beëindiging van de wettelijke samenwoning is vereist dat de vordering gesteld wordt binnen de drie maanden na de beëindiging. De geldigheidsduur van die maatregelen mag niet langer dan één jaar bedragen (art. 1479, derde lid BW). De juridische grondslag van de maatregelen is niet meer artikel 1477 BW maar het gemeen recht hetgeen impliceert dat de maatregelen maar een voorlopig karakter hebben en kunnen worden vervangen door de bevoegde bodemrechter. Het moet bovendien gaan om maatregelen die gerechtvaardigd zijn door de beëindiging wat op zich al inhoudt dat het geen beslissingen ten gronde kunnen zijn zodat er bijvoorbeeld ook geen plaats kan zijn voor een uitkering na wettelijke samenwoning naar analogie met de uitkering na echtscheiding.

**993** Ten slotte bepaalt artikel 1479, vierde lid BW uitdrukkelijk dat de artikelen 1253*ter* tot 1253*octies* Ger.W. van toepassing zijn, procedureregels die echter oorspronkelijk bedoeld zijn voor geschillen tussen gehuwden, overeenkomstig artikel 223 BW. Dit heeft voor gevolg dat de vrederechter zal kunnen aandringen op de persoonlijke verschijning van de wettelijk samenwonenden en dat het op het vlak van de bewijslast volstaat dat een ernstige verstoring in de verstandhouding tussen de wettelijke samenwonenden wordt vastgesteld, opdat dringende voorlopige maatregelen kunnen opgelegd worden (E. VON FRENCKELL, “Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix” in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, Chronique à l’usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 175). Het “grovelijk” verzuimen aan zijn plicht zoals bepaald tussen echtgenoten is hier niet het geval omdat de wettelijke samenwoning geen persoonlijke plichten zoals deze van getrouwheid, hulp en bijstand oplegt aan de samenwoners.

### § 3. De nieuwe Echtscheidingswet

**994** De nieuwe Echtscheidingswet grijpt niet rechtstreeks in op het statuut van de samenwoners (de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

Het “gaan samenwonen” door de ex-echtgenoot heeft echter wel een gevolg voor het gerechtigd zijn op de uitkering na echtscheiding. Een nieuw huwelijk van de uitkeringsgerechtigde of een wettelijke samenwoning of zelfs het feitelijk samenleven van de uitkeringsgerechtigde met een andere persoon “als waren zij gehuwd”, doet de uitkering eindigen in de twee eerste gevallen en “kan” ze doen eindigen in het laatste geval (nieuw art. 301, § 10, tweede en derde lid BW).

In het oude recht was een nieuw huwelijk of het samenleven in gezinsverband geen grond tot definitieve beëindiging van het recht op een uitkering. Deze feiten konden wel worden ingeroepen als “ingrijpende wijziging” in de toestand van de uitkeringsgerechtigde waardoor het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord was (art. 301, § 3, tweede lid BW). De opheffing of vermindering van de uitkering was dan afhankelijk van de beoordeling van de rechter.

In de nieuwe wet is het aangaan van een nieuw huwelijk of het wettelijk gaan samenwonen een grond van verval van rechtswege van de aanspraak op een onderhoudsuitkering zodat er geen rechterlijke tussenkomst vereist is om dit vast te stellen.

Uit het gebruik van het woord “definitief” volgt dat ook na de ontbinding van het nieuwe huwelijk respectievelijk na de beëindiging van de wettelijke samenwoning, de aanspraak op een onderhoudsuitkering ten laste van de vroegere echtgenoot, uitgesloten blijft.

**995** Ingeval de uitkeringsgerechtigde feitelijk samenleeft met iemand anders “als waren zijn gehuwd” kan de rechtbank op vordering van de onderhoudsplichtige de uitkering van de echtgenoot beëindigen, maar hier gaat het dan om een facultatieve beëindiging. Deze zal afhankelijk zijn van de mate waarin de feitelijke samenleving daadwerkelijk de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde verbetert. De verwijzing naar een feitelijk samenleven van de partners “als waren zij gehuwd” beoogt de samenleving van twee personen die geen paar vormen (zoals een broer en een zus), uit te sluiten van de mogelijkheid tot beëindiging van de uitkering. Deze nuancering werd door de wetgever niet gemaakt voor het geval van de wettelijke samenwoning terwijl dit statuut evenmin gereserveerd is voor seksueel-affectieve relaties. Blijkbaar gaat het hier om een vergetelheid (P. SENAËVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 132, nr. 109).

## HOOFDSTUK II

**DE ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN DIE ALS GRONDSLAG DE  
“STAAT VAN BEHOEFTE” HEBBEN**

## AFDELING I

**DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN BLOEDVERWANTEN  
IN DE RECHTE LIJN (ART. 205 BW)****§ 1. Grondslagen**

## A. AARD

**996** De wederkerige onderhoudsplicht die tussen bloedverwanten in de rechte lijn bestaat en die onbeperkt is in de tijd, wordt bepaald door artikel 205 *juncto* artikel 207 BW.

Artikel 205 BW luidt: “De kinderen zijn levensonderhoud verschuldigd aan hun ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn”.

Dit artikel werd eerst gewijzigd door artikel 2 van de wet van 20 november 1896 houdende tot wijziging van het erfrecht van de overlevende echtgenoot (*BS* 27 november 1896). Het werd opnieuw gewijzigd door artikel 3 van de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de overlevende echtgenoot (*BS* 27 mei 1981). De paragrafen 2-5 werden dan opgeheven en de overeenstemmende inhoud werd opgenomen in artikel 205*bis* BW. Op die manier werd de tekst hersteld in zijn oorspronkelijke versie zoals deze opgenomen was onder de *Code civil des Français* van 1804: “De kinderen zyn alimentatie verschuldigd aen hunne ouders, en andere ascendenten die gebrek lyden”.

Artikel 207 BW bepaalt: “De verplichtingen die uit deze bepalingen voortvloeien, zijn wederkerig”.

Dit artikel bleef ongewijzigd sinds 1804 (*Code civil des Français*): “De verbintenissen ontstaende uyt deze dispositiën zyn wederzydsche” (*Bulletin flamand* 1804).

*1. Onderscheid tussen artikel 205 BW en artikel 203 BW*

**997** De onderhoudsverplichting op grond van artikel 205 BW onderscheidt zich van de onderhoudsbijdrage die ouders in overeenstemming met artikel 203 BW aan hun niet-zelfstandige kinderen zijn verschuldigd.

De onderhoudsverplichting heeft in essentie materiële prestaties tot doel, wat betekent dat aan deze verplichting wordt voldaan door het verstrekken van geldmiddelen.

De onderhoudsbijdrage op grond van artikel 203 BW heeft echter een gemengd karakter. Dit houdt in dat naast materiële hulp, die zowel *in natura* verstrekt wordt als onder de vorm van geld, er ook morele verplichtingen in hoofde van de ouder bestaan, zoals onder meer het verzekeren van een goede opvoeding in al haar aspecten als het verlenen van een psychologische, morele en affectieve steun (J. SOSSON, “La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels” in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 235).

Hieruit volgt eveneens dat de onderhoudsverplichting op grond van artikel 205 BW tijdens de minderjarigheid en zolang de opvoedings- en opleidingsplicht niet beëindigd is, volledig wordt opgeslorpt door de onderhoudsverplichting in hoofde van de ouder ten overstaan van het niet-zelfstandige kind, zijnde deze van artikel 203, § 1 BW. Dit betekent verder ook dat wanneer de onderhoudsverplichting op grond van artikel 205 BW wederkerig is, de andere onderhoudsverplichting op grond artikel 203 BW slechts eenzijdig is en uitsluitend in hoofde van de ouder bestaat en niet in hoofde van de grootouders (J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 107).

Indien de grootouders in rechte worden aangesproken op grond van de artikelen 205 en 207 BW, geschiedt zulks uitsluitend in ondergeschikte orde, meer bepaald wanneer de ouders hun onderhoudsplicht overeenkomstig artikel 203 BW niet nakomen.

Dit subsidiaire karakter wordt verklaard door de beginselen van de hiërarchie tussen onderhoudsplichtigen. Ouders staan immers in een dichtere graad van afstamming ten opzichte van hun kinderen dan de grootouders.

Bovendien bestaat er een gelijkheid tussen de grootouders langs moederszijde en langs vaderszijde op het vlak van de onderhoudsverplichting t.o.v. de kleinkinderen, zodat de grootouders langs ene zijde er belang bij hebben deze langs de andere zijde in het geding te betrekken (J. SOSSON, “La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels” in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 236-237).

Doordat de grootouders in zulke omstandigheden hun onderhoudsverplichting nakomen, bevrijden zij hierdoor op evenredige wijze de ouders in hun prioritaire onderhoudsverplichting.

De grootouders kunnen ten overstaan van de ouders slechts een vordering instellen op grond van verrijking zonder oorzaak en eventueel ook op grond van de zaakwaarneming (Vred. Westerlo 26 februari 2007, *NJW* 2007, 420, noot G. VERSCHULDEN). Een onderhoudsvordering namens hun kleinkind ten overstaan van de onderhoudsplichtige ouders zal overeenkomstig de artikelen 17 en 18 Ger.W. niet ontvankelijk verklaard te worden bij gebreke aan belang (Vred. Pâturages 27 november 1996, *JLMB* 1997, 1586).



**998** Van zodra het meerderjarige kind-student zijn studies beëindigd heeft, vervalt de onderhoudsverplichting overeenkomstig artikel 203 BW en, voor zover het kind niet onmiddellijk kan voorzien in een al dan niet vervangend inkomen, gaat deze over in de onderhoudsverplichting op grond van artikel 205 BW.

Dit betekent wel dat het onderhoudsgerechtigde kind zich niet langer kan beroepen op de standing van tijdens het gezinsleven met de ouders, doch zich dient tevreden te stellen met wat vereist is om in de levensbehoeften te voorzien, hetgeen vergelijkbaar is met het levensminimum, zoals dit door het OCMW verzekerd wordt (Vred. Waver 20 mei 1999, *RTDF* 2000, 74).

Dit geldt eveneens voor het meerderjarig gehandicapt kind dat geen enkele opleiding volgt. Deze meerderjarige kan zich niet meer beroepen als onderhoudsgerechtigde op de onderhoudsplicht van de ouders conform artikel 203 BW, doch uitsluitend nog op grond van artikel 205 BW. Dit impliceert dat hij zich enkel nog tot de ouders kan wenden indien behoefte wordt aangetoond (Vred. Fontaine-l'Évêque 17 september 2003, *JLMB* 2004, 665).

Zoals hierboven al werd gesteld, heeft het kind slechts het recht de levensstandaard te delen van zijn ouders, zolang de onderhoudsverplichting, op grond van artikel 203 BW duurt (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 107).

## 2. Bijdrage met een geldsom of in natura

**999** De vraag rijst of de onderhoudsverplichting overeenkomstig artikel 205 BW zich strikt beperkt tot een geldelijke uitkering, dan wel of de onderhoudsplichtige eveneens gerechtigd is, een onderhoudsuitkering *in natura* aan te bieden, met andere woorden anders dan in een geldsom.

In overeenstemming met het gemeenrechtelijk onderhoudsrecht, bestaat in hoofde van de onderhoudsschuldenaar de plicht om, onder de vorm van het verschaffen van een geldsom (*dare*), zijn onderhoudsverplichting ten overstaan van de onderhoudsgerechtigde na te komen.

Het verschaffen van een geldsom staat lijnrecht tegenover het invullen van de onderhoudsverplichting onder de vorm van het verstrekken van diensten en materiële voorzieningen, met andere woorden het invullen van de onderhoudsverplichting *in natura*.

Volgens een eerste strekking maakt in het kader van een kerngezin het nakomen van de onderhoudsplicht onder de vorm van het verschaffen van een geldsom een uitzondering uit. Principieel is de onderhoudsverplichting een verbintenis “om iets te doen”, in het bijzonder de verplichting om in de nodige behoeften te voorzien (*de facere*) ten overstaan van de andere gezinsleden die er deel van uitmaken, zoals de echtgenoot, de wettelijk samenwonende en de niet-zelfstandige kinderen, tenzij deze verplichting niet *in natura* kan worden uitgevoerd en daardoor omgezet wordt in een verbintenis om te geven (*dare*) (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 771).

Volgens een andere strekking voorziet de onderhoudsverplichting van artikel 205 *juncto* artikel 207 BW in een verplichting *de facere* zodat de onderhoudsplichtige niet gedwongen kan worden tot betaling van een geldsom, terwijl dit wel zou kunnen volgens de eerste hierbovenvermelde strekking.

De aangeboden huisvesting zou tussen de ascendant en descendent door deze laatste slechts kunnen geweigerd worden in geval van onverenigbaarheid van karakter, zulks ingevolge de evolutie van de maatschappij waarin een groot aantal meerderjarige kinderen afzonderlijk van hun ouders leven, die dikwijls een onderscheiden maatschappelijke visie hebben (Rb. Luik 7 december 1998, *TBBR* 1999, 586; Vred. Luik 17 juni 1997, *TBBR* 1999, 584). Dit zou betekenen dat het aanbod van een onderhoudsuitkering *in natura* dient weerhouden te worden en de betaling van een geldsom dan de uitzondering zou zijn (Vred. Vielsalm-La Roche en Ardenne-Houffalize 29 juli 2002, *JLMB* 2003, 1641).

**1000** Voor zover de onderhoudsplicht door betaling van een geldsom wordt uitgevoerd, zijn de bepalingen over de beslagbaarheid, overeenkomstig de artikelen 1409 en 1410, § 1 Ger.W. van toepassing en bijgevolg, zoals lonen, slechts gedeeltelijk vatbaar voor beslag (J. GERLO, *Handboek voor familieright*, I, *Personen- en familieright*, Brugge, die Keure, 2003, 90). Dit betekent dat de verworven onderhoudsuitkeringen die aan de onderhoudsgerechtigde betaald worden, slechts in voormelde, beperkte mate vatbaar zijn voor beslag (zie hierover meer *boven* nrs.133-138).

**1001** De onderhoudsverplichting in hoofde van de ouders, op grond van artikel 203 BW is tijdelijk, meer bepaald tot wanneer de opvoeding en opleiding is voltooid, terwijl deze van de onderhoudsplichtigen op basis van artikel 205 BW blijvend is (J. GERLO, *Handboek voor familieright*, I, *Personen- en familieright*, Brugge, die Keure, 2003, 107).

Hieruit volgt dat het recht op een opleiding van een meerderjarig kind een feitenkwestie is, die beoordeeld moet worden aan de hand van de bijzondere omstandigheden. Dit betekent dat het kind dient aan te tonen dat de gevolgde en niet-beëindigde studies, op het ogenblik van de meerderjarigheid verantwoord en gerechtvaardigd zijn. Hierbij wordt uitgegaan van de veronderstelling dat iedere persoon, die meerderjarig is, in de mogelijkheid verkeert om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien, waarbij de verdere onderhoudsverplichting van de ouders, op grond van artikel 203 BW de uitzondering uitmaakt. De bewijslast rust op de descendent, die de onderhoudsvordering lastens zijn ouders heeft gesteld (Rb. Nijvel 9 februari 1996, *JLMB* 1996, 683).

### 3. *Het huwelijksvermogen*

**1002** Onderhoudsgelden, verschuldigd ten overstaan van hun ouders, respectievelijk schoonouders krachtens artikel 205 en ook artikel 206 BW, in het geval dat de kinderen gehuwd zijn volgens een gemeenschapsstelsel, zijn verhaalbaar op hun persoonlijke zowel als op het gemeenschappelijk vermogen.

Dit is niet zo wanneer de schoonmoeder, of de schoonvader (art. 206, 1° BW) een tweede huwelijk aangaat (Antwerpen 26 juni 2001, *AJT* 2001-02, 978, noot K. VANWINCKELEN; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 158). De onderhoudsuitkering kan dan niet langer verhaald worden op het eigen vermogen van de schoonzoon of -dochter (Cass. 10 september 1987, *TBBR* 1989, 129, noot J. GERLO).

Met betrekking tot de verdere onderhoudsverplichting ten overstaan van *grootouders*, ligt de situatie enigszins anders. Naar analogie met artikel 1414, tweede lid, 4° BW zou uitsluitend het gemeenschappelijk vermogen evenals het eigen vermogen van het onderhoudsplichtige kleinkind kunnen aangesproken worden (J. GERLO, "Alimentatie en huwelijksvermogensrecht" (noot onder Cass. 10 september 1987), *TBBR* 1989, 134).

In het geval van onderhoudsschulden ten aanzien van ascendenten is er het hierboven al aangehaalde arrest van 10 september 1987 waarin het Hof van Cassatie zich uitsprak over het statuut van deze onderhoudsschulden (Cass. 10 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 40, *TBBR* 1989, 129, noot J. GERLO en *RCJB* 1990, 251, noot S. NUDELHOLE).

In de casus waarover het hof moest oordelen vorderde een dame een uitkering tot levensonderhoud van haar dochter. In graad van beroep kende de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel deze vordering toe ondanks het feit dat de dochter had aangevoerd geen inkomsten te hebben zodat zij niet voldoende draagkrachtig was. De rechtbank was evenwel van oordeel dat het enkele feit dat de dochter geen eigen beroepsinkomen had, niet impliceerde dat zij geen inkomsten had: zij kon immers aanspraak maken op de helft van de aanwinsten van haar echtgenoot, met wie zij was gehuwd onder een stelsel van scheiding van goederen met gemeenschap van aanwinsten. Bovendien was de rechtbank van oordeel dat de onderhoudsschuld een gemeenschappelijke schuld was, die bijgevolg op het gemeenschappelijk vermogen kon worden verhaald.

In cassatie voerde de dochter aan dat niet kan worden verdedigd dat het gemeenschappelijk vermogen van ieder van de echtgenoten een voordeel verschaft ten belope van de helft. De inkomsten van het gezin waren integraal afkomstig uit de beroepsbezigheden van de man en behoorden bijgevolg niet toe aan de vrouw, zelfs niet ten belope van de helft. Daarnaast wierp zij ook een schending van artikel 206 BW op: doordat de omvang van de vordering tot levensonderhoud werd begroot rekeninghoudend met de inkomsten van haar echtgenoot, werd hij *de facto* als onderhoudsplichtige beschouwd, terwijl hij daarvan nochtans was bevrijd doordat zijn schoonmoeder opnieuw in het huwelijk was getreden. Schulden die enkel bestaan ten aanzien van één van de echtgenoten kunnen enkel op het eigen vermogen van die echtgenoot en op diens persoonlijke inkomsten worden verhaald.

Het Hof van Cassatie was van oordeel dat onderhoudsschulden van in scheiding van goederen en gemeenschap van aanwinsten gehuwde echtgenoten toch gemeenschappelijke schulden zijn. Het hof voegde daar echter aan toe dat indien de onderhoudsgerechtigde ascendent een tweede huwelijk was aangegaan en dus daardoor het schoonkind van zijn onderhoudsverplichting was bevrijd, deze schulden weliswaar gemeenschappelijk blijven, maar dat ze nog slechts kunnen worden verhaald op het eigen vermogen van het onderhoudsplichtige kind evenals op het gemeenschappelijk vermogen, maar niet langer op het eigen vermogen van het schoonkind.

De meerderheid van de doctrine volgt het standpunt van het Hof van Cassatie zij het met de nodige nuancering (E. BEGUIN, *Les régimes matrimoniaux* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 2001, 745, nr. 800; H. CASMAN en M. VAN LOOK,

“Art. 1408 B.W.” in *Huwelijksvermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl. III.6.7-8; J. GERLO, “Alimentatie en huwelijksvermogensrecht” (noot onder Cass. 10 september 1987), *TBBR* 1989, 135; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, UP, 2002, 158, nr. 303; E. VIEUJEAN, “Le régime légal: passif et gestion” in X (ed.) *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 1977, 302-303, nr. 47).

Het gemeenschappelijk karakter van de onderhoudsschuld wordt dan verdedigd op grond van het argument dat beide echtgenoten daartoe gehouden zijn: het kind op grond van artikel 205 BW; het schoonkind op grond van artikel 206 BW. Anderen voeren aan dat de schuld gemeenschappelijk is omdat ze wordt voldaan met inkomsten die in de gemeenschap vallen. Als mildering wordt aanvaard dat deze schulden niet langer kunnen worden verhaald op het vermogen van het schoonkind, wanneer diens onderhoudsverplichting krachtens artikel 206 BW heeft opgehouden te bestaan. Anderen zijn zelfs van oordeel dat de schuld in dit geval een eigen schuld is van het kleinkind (E. BEGUIN, *Les régimes matrimoniaux*, 756, nr. 818; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, UP, 2002, 158, nr. 303).

Sommige auteurs maken dan nog een bijkomend onderscheid naargelang de onderhoudsschuld bestaat ten aanzien van een ouder dan wel een verdere ascendent. Zij verdedigen dat enkel de schulden ten aanzien van een ouder gemeenschappelijk zijn; de schulden ten aanzien van de verdere ascendenten zijn dan eigen. Als argument wordt dan aangevoerd dat er geen wettelijke grondslag voorhanden is die voor de aanverwanten een onderhoudsverplichting invoert ten aanzien van deze verdere ascendenten.

Door deze strekking in de rechtsleer, die kritiek heeft op het cassatiearrest van 10 september 1987, wordt gesteld dat dergelijke onderhoudsschuld (tussen de onderhoudsplichtige en verdere ascendenten) een eigen schuld uitmaakt, daar het bestaan van de onderhoudsplicht als zodanig haar grondslag vindt in de familiale band, onverminderd en vreemd aan het huwelijk, zodat artikel 1406 BW van toepassing is (schulden die eigen zijn) en er geen beroep kan gedaan worden op artikel 1408, *in fine* BW (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, UP, 2002, 159, nr. 303; K. VANWINCKELEN, “Onderhoudsschulden ten aanzien van ascendenten van één der echtgenoten in een gemeenschapsstelsel: eigen of gemeenschappelijk?” (noot onder Antwerpen 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 981-982).

J. GERLO is het hiermee niet eens en stelt enerzijds dat artikel 1408, *in fine* BW uitdrukkelijk bepaalt dat alle schulden, die de wet niet uitdrukkelijk als eigen verklaart, gemeenschappelijk zijn. Anderzijds is de onderhoudsverplichting ten overstaan van ascendenten niet uitsluitend gestoeld op de bloedverwantschap. Deze onderhoudsplicht is eveneens gesteund op de behoefte van de onderhoudsschuldeiser en op grond van het vermogen van de onderhoudsplichtige. Het vermogen van de onderhoudsschuldenaar moet van dag tot dag beoordeeld worden, wat betekent dat de onderhoudsschuld geen voorhuwelijks schuld is, behoudens eventuele achterstallen. De omvang van de onderhoudsuitkering wordt in functie van de inkomsten van de onderhoudsplichtige bepaald. De lasten die op de inkomsten drukken, hebben net zoals de inkomsten een gemeenschappelijk karakter. Bijgevolg is de onderhoudsschuld een gemeenschappelijke schuld van de echtgenoten (J. GERLO, “Alimentatie en huwelijksvermogensrecht” (noot onder Cass. 10 september 1987), *TBBR* 1989, 135).

**1003** Wat de onderhoudsschulden ten aanzien van ex-echtgenoten betreft is er het arrest van 21 januari 1988 waarin het Hof van Cassatie zich uitsprak

over het statuut van onderhoudsschulden ten aanzien van de ex-echtgenoten (Cass. 21 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 643, *RTDF* 1988, 575, noot S. NUDELHOLE en *RW* 1988-89, 499).

In de zaak waarover het Hof van Cassatie te oordelen had ging een man een tweede huwelijk aan. Bij huwelijkscontract opteerde hij (onder de gelding van het oude huwelijksvermogensrecht) voor een stelsel met een beperkte gemeenschap (art. 1498-1499 (oud) BW). De man was veroordeeld tot betaling van een onderhoudsuitkering aan zijn ex-echtgenote. Hij had deze onderhoudsuitkeringen betaald met inkomsten, dus met gemeenschapsgelden. Na zijn overlijden voerde zijn tweede echtgenote aan dat het eigen vermogen van de overleden echtgenoot om die reden een vergoeding verschuldigd was aan het gemeenschappelijk vermogen. De erfgenamen van de overleden echtgenoot bestreden dit. Zowel in eerste aanleg als in graad van beroep was de rechter van oordeel dat de schuld een eigen schuld was, aangezien ze dateerde van vóór het huwelijk, zodat het eigen vermogen inderdaad vergoedingsplichtig was (Rb. Brussel 16 november 1984, zoals vermeld in Brussel 5 november 1986, *RTDF* 1987, 207, noot Ph. DE PAGE). Het Hof van Cassatie volgde deze redenering. Ook een onderhoudsschuld die zijn oorsprong vindt in de voorafgaande overeenkomst aan een echtscheiding door onderlinge toestemming blijft een eigen schuld van de onderhoudsplichtige echtgenoot (Cass. 27 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 924 en *T.Not.* 1992, 178; J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2001, 159, nr. 278).

Ook hier bestaat er weer geen eensgezindheid. Sommige auteurs verdedigen dat de schuld eigen is vermits ze haar oorzaak vindt in de periode vóór het nieuwe huwelijk. Dit geldt ongeacht het ogenblik waarop de ex-echtgenoot effectief tot betaling van deze onderhoudsverplichting wordt veroordeeld. Het blijft een eigen schuld ook wanneer de behoefte van de ex-echtgenoot pas ontstaat gedurende het tweede huwelijk. De behoefte maakt de onderhoudsschuld enkel maar opeisbaar maar doet haar niet ontstaan (E. BEGUIN, *Les régimes matrimoniaux*, 744, nr. 799 en p. 757, nr. 819; H. CASMAN en M. VAN LOOK, "Art. 1406 B.W.", III.5.4; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, UP, 2002, 150, nr. 281).

Volgens anderen zou deze schuld gemeenschappelijk zijn. Zij voeren als argument aan dat de onderhoudsschuld met inkomsten wordt betaald zodat zij ook (definitief) ten laste moet komen van deze inkomsten en bijgevolg als een gemeenschappelijke schuld moeten worden beschouwd. Zij werpen verder op dat er anders over oordelen, zou impliceren dat de onderhoudsplichtige echtgenoot naar aanleiding van het opmaken van de vergoedingsrekeningen bij ontbinding van het stelsel een tweede keer zou moeten betalen, hetgeen uit den boze is. Tot slot wordt ook aangevoerd dat de schuld weliswaar haar oorsprong vindt in een feit dat dateert van vóór het nieuwe huwelijk, maar dat de schuld pas ontstaat indien de onderhoudsgerechtigde behoefte is en de onderhoudsplichtige voldoende draagkrachtig. Zij aanvaarden echter wel dat de schuld, niettegenstaande het ontbreken van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag, onvolkomen gemeenschappelijk is en bijgevolg niet kan worden verhaald op het eigen vermogen van de niet-onderhoudsplichtige echtgenoot (J. GERLO, *Huwelijksvermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2001, 158-159, nr. 278; J. MAHAUX, "La détermination du caractère propre ou commun d'une dette d'un époux en fonction de sa date (avant et après la loi du 14 juillet 1976)" (noot onder Cass. 5 september 1980), *RCJB* 1982, 365, nr. 30; E.

VIEUJEAN, “Le régime légal: passif et gestion” in X (ed.), *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 1977, 302, nr. 47; M. EECKHAUTTE, “Le nouveau régime légal, la communauté réduite aux acquêts et l’article 301 du Code civil” in X. (ed.), *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Brussel, Bruylant, 1989, 97, nr. 3).

Uit het voorgaande blijkt dat er in deze materie weinig consistentie bestaat en dat er veel tegenstrijdige stellingen zijn. Volgens R. BARBAIX kan deze problematiek echter wel op een consistente en uniforme wijze worden beoordeeld en dit volgens de algemene principes van het huwelijksvermogensrecht. Zo zijn onderhoudsschulden ten aanzien van (eigen) ascendenten en ex-echtgenoten ontstaan vóór het huwelijk, en zijn zij in het wettelijk stelsel bijgevolg eigen schulden. Volgens de auteur moet het bovendien mogelijk zijn ter zake een andersluidende regeling op te nemen in het huwelijkscontract. De toekomstige echtgenoten kunnen sleutelen aan het statuut van de schuld en bedingen dat de onderhoudsschuld een gemeenschappelijke schuld zal uitmaken. Daarbij moet dan wel worden gepreciseerd dat deze schulden dan op de drie vermogens van de echtgenoten – dus ook op het eigen vermogen van de niet-onderhoudspflichtige echtgenoot – zullen kunnen worden verhaald. Daarvan afwijken is niet mogelijk. Ze kunnen ook een regeling treffen inzake de vergoedingsregeling en bedingen dat de betaling van de onderhoudsuitkering geen aanleiding zal geven tot vergoeding, zelfs niet wanneer daarvoor gemeenschapsgelden werden aangewend (R. BARBAIX, “Het huwelijksvermogensrechtelijke statuut van onderhoudsschulden. Een pleidooi voor consistentie!” in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213-230).

**1004** De persoonlijke schulden, waaronder onderhoudsschulden van vóór het huwelijk vallen in de gemeenschap krachtens artikel 1409, 1° BW, doch geven aanleiding tot vergoeding (Luik 21 december 2005, *JLMB* 2006, 1150).

#### 4. Onwaardigheid

**1005** Artikel 207 BW bepaalt dat de onderhoudsverplichting *w e d e r k e r i g* is, zulks in tegenstelling tot de onderhoudsverplichting, overeenkomstig artikel 203 BW.

Op grond van dit beginsel wordt door de klassieke rechtsleer en rechtspraak gesteld dat betreffende alimentatie er geen *o n w a a r d i g h e i d* bestaat (Brussel 9 maart 2005, *RTDF* 2007, 897 (verkort), *TBBR* 2008, 68 en *NJW* 2006, 656 noot G. VERSCHELDEN).

Bijgevolg maken de beledigende, of degenererende houding die door descendent of ascendent ten opzichte van de andere werd aangenomen, evenals de fouten en tekortkomingen uit het verleden, geen beletsel of exceptie uit, op grond waarvan de alimentatie ontzegd kan worden.

Bij gebreke aan een uitdrukkelijke wettekst is onwaardigheid dus geen uitsluitingsgrond tot het recht op alimentatie op grond van artikel 205 BW. Bijgevolg zal het kind dat zich misprijzend opstelt ten overstaan van zijn ouders en aldus geen respect voor hen betoont, niet van zijn recht op alimentatie ontheven worden (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 19; J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 89).

Hetzelfde geldt in hoofde van de ouders wanneer zij tekortgeschoten zijn aan hun onderhouds- en opvoedingsplicht en hun kinderen verwaarloosden, waardoor hun toekomst gehypothekeerd werd. Dit feitelijk gegeven ontnemt hun niet het recht om een onderhoudsgeld te vorderen van hun zelfstandig geworden kinderen.

Uitsluitend de ontzetting uit de ouderlijke macht maakt, overeenkomstig artikel 33, tweede lid, 4° W. Jb een wettelijk beletsel uit. Meer bepaald ontnemt de volledige ontzetting uit de ouderlijke macht het recht op alimentatie in hoofde van de ontzette ouder (J. ROODHOOF, "Art. 207 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.).

Dit is eveneens het geval wanneer er slechts een gedeeltelijke ontzetting uit de ouderlijke macht uitgesproken werd, doch het vonnis uitdrukkelijk het wettelijk beletsel weerhoudt. De ontzetting kan zich dus beperken tot de uitoefening van welbepaalde rechten, zoals het vorderen van een onderhoudsuitkering. Dergelijke beslissing kan verklaard worden in een situatie waarin de ouder zich jarenlang niet heeft geïnteresseerd voor het minderjarig kind en dit zowel op materieel als affectief vlak, doch de kans reëel is dat de interesse zal terugkeren, van zodra de ouder vaststelt dat het kind ondertussen een carrière gaat opbouwen en het ogenblik gekomen is om onderhoudsgeld te vragen (N. GALLUS, "L'incidence du comportement du créancier sur les droits à une pension alimentaire", *RTDF* 1996, 10).

**1006** De resolute toepassing van het beginsel dat ter zake onderhoudsgelden geen onwaardigheid bestaat, behoudens ingevolge voormelde ontzetting uit de ouderlijk macht, is gesteund op het dwingend karakter van het recht een onderhoudsuitkering te vorderen zowel als op grond van het feit dat de familiale band blijft bestaan. Dit beginsel kan met andere woorden niet ongedaan gemaakt worden, ongeacht de houding die het ene familielid ten overstaan van het andere aannam.

Anderzijds kan het instellen van een alimentatievordering een aanleiding zijn om tot familiale verzoening te komen en voor gevolg hebben dat er spijt betuigd wordt (P. HOFSTRÖSSLER, "Als een ouder onderhoudsgeld moet vragen aan een kind" (noot onder Vred. St.-Jans-Molenbeek 10 mei 1994), *AJT* 1994-95, 65).

**1007** Een andere strekking in rechtspraak en rechtsleer meent dat er toch met de moreel afkeurenswaardige houding moet worden rekening gehouden en dat deze wel gesanctioneerd kan worden op het niveau van de begroting van de uitkering, in het bijzonder tot het vitale minimum, of dat deze zelfs geweigerd kan worden (Vred. Elsene 14 november 1995, *J.dr.jeun.* 1996, 433 en *JT* 1996, 107).

Deze beoordeling zou niet in strijd zijn met het dwingend karakter van de familiale solidariteit, omdat ze het recht niet aantast op een bestaansrecht. De familiale solidariteit, gebaseerd op morele- en niet op rechtsbeginselen laat toe dat in bepaalde mate en tot op zekere hoogte met het onwaardig gedrag uit het verleden, rekening gehouden wordt (N. GALLUS, “L’incidence du comportement du créancier sur les droits à une pension alimentaire”, *RTDF* 1996, 11).

Het wederzijds respect dat, weliswaar uitsluitend ouders en kinderen tegenover elkaar verschuldigd zijn (art. 371 BW), wordt volgens deze zienswijze als rechtsgrond ingeroepen om tot een ontheffing van de onderhoudsplicht te besluiten (Vred. Gent 28 december 1998, *AJT* 1999-2000, 711, noot E. DE GROOTE).

Illustratief zijn de twee volgende arresten van het hof van beroep te Brussel. Merk op dat het wel steeds over meerderjarige kinderen gaat.

Een kind van welke leeftijd ook is respect verschuldigd aan zijn ouders (art. 371 BW). Bij een flagrante miskenning van die plicht kan een meerderjarig studerend kind elk recht op voortgezet onderhoud verbeuren. Het ging om een adoptiefzoon die wegens slagen en verwondingen t.a.v. zijn adoptievader blijkbaar met medewerking van de moeder, strafrechtelijk veroordeeld was. Hij genoot een onderhoudsbijdrage op grond van artikel 203, § 1, tweede lid BW (Brussel 6 juni 2006, *T.Fam.* 2007, 6, noot).

Een kind van welke leeftijd ook is respect verschuldigd aan zijn ouders (art. 371 BW). In geval van bijzonder laakbaar gedrag waaruit een manifeste miskenning van die civielrechtelijke plicht blijkt, kan een meerderjarig kind zijn recht op voortgezet onderhoud vanwege de ouders verbeuren. Hier ging het om twee meerderjarige dochters die geen enkel contact meer hadden met hun vader en die hem niet op de hoogte brachten van hun studie activiteiten en -resultaten (Brussel 10 oktober 2006, *T.Fam.* 2007, 7, goedkeurende noot R. HEPS en *Div.Act.* 2007, 36, afkeurende noot J. FIERENS, onder meer m.b.t. het onderscheid tussen meerderjarige en minderjarige kinderen en m.b.t. het verhaalsrecht van het OCMW).

Er wordt echter terecht op gewezen dat het weerhouden van een matigingsbevoegdheid van de bodemrechter, als gevolg van het verbeuren van het recht op alimentatie door het wangedrag van de onderhoudsgerechtigde, aanleiding geeft tot het opblazen van futiele familiegebeurtenissen uit het verleden. Dit zou enkel maar tot nog meer wrevel aanleiding geven. Vandaar dat het, wanneer een dergelijke bevoegdheid aan de feitenrechter wordt toegekend, aangewezen is dat de wetgever het kader zou bepalen waarin matiging van de onderhoudsuitkering kan weerhouden worden (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 19).

##### 5. De onderhoudsverplichting is van dwingend recht

**1008** De vraag blijft bestaan of de onderhoudsverplichting op grond van artikel 205 e.v. BW al dan niet van openbare orde is. Als argumenten om hierop positief te antwoorden wordt het alimentair karakter of ook de familiale solidariteitsplicht als zodanig ingeroepen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden* in



*Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 30-31; *RPDB*, Compl. III, v° *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 79, nr. 110). Aldus moet de onderhoudsgerechtigde beschermd worden en mag hij geen afstand doen van zijn recht op onderhoud (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 27, nr. 64).

Alleszins staat vast dat deze onderhoudsverplichting van dwingend recht is (Cass. 27 september 1990, *Rev.not.b.* 1991, 195). Hieruit volgt dat de onderhoudsgerechtigde geen afstand kan doen van zijn recht op onderhoud, alleszins niet wat de toekomst betreft.

Overeenkomsten over de onderhoudsverplichting zijn slechts rechtsgeldig voor zover aan de wettelijke verplichting geen afbreuk wordt gedaan (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998, Les Dossiers du JT n° 25*, Brussel, Larcier, 2000, 66). Dergelijke afspraken gelden slechts *rebus sic stantibus*, wat betekent dat er voor de toekomst steeds een afwijkende regeling kan nagestreefd worden, op grond van de wettelijke onderhoudsverplichting (J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 90).

#### 6. De onderhoudsverplichting is persoonlijk

**1009** Er werd reeds gesteld dat de onderhoudsverplichting wederkerig is, maar ze heeft ook een persoonlijk karakter.

Dit principe werd toegepast door de vrederechter van het 4de kanton te Gent waar deze oordeelde dat de onderhoudsplicht bepaald in artikel 205 BW individueel is en slechts wordt toegestaan naar verhouding van de behoeften van hem die het vordert en het vermogen van hem die het verschuldigd is. De onderhoudsschuldeiser kan van de verschillende onderhoudsschuldenaars enkel van elk zijn deel vorderen, rekeninghoudend met het levensonderhoud dat de overigen in staat zijn te betalen, zonder dat het vermogen van de verschillende schuldenaars samen mag worden vergeleken met de behoeften van de schuldeisers.

Als er in hoofde van een schuldenaar geen vermogen voorhanden is, is er in hoofde van die schuldenaar geen onderhoudsplicht ex artikel 205 BW (Vred. Gent (4de kanton) 23 augustus 2005, *TGR-TWVR* 2005, 321).

**1010** Het persoonlijke karakter van de onderhoudsverplichting houdt ook in dat uitsluitend de onderhoudsgerechtigde een vordering kan instellen, zodat schuldeisers van deze laatste onmogelijk tot een zijdelingse vordering kunnen overgaan (art. 1166 BW; i.v.m. hospitalisatiekosten: Brussel 9 maart 2005, *RTDF* 2007, 897 (verkort), *NJW* 2006, 656 noot G. VERSCHULDEN en *TBBR* 2008, 68; Rb. Bergen 13 maart 2001, *JLMB* 2001, 1353, noot J. SACE).

Een zijdelingse vordering is de aan de schuldeiser toekomende bevoegdheid om de rechten en de rechtsvorderingen van zijn schuldenaar in diens naam en voor diens rekening tegen derden uit te oefenen, wanneer die schuldenaar zelf verzuimt dit te doen, behalve als het gaat om rechten en rechtsvorderingen die uitsluitend aan de persoon van de schuldenaar zijn verbonden (A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1660, nr. 41).

In een arrest van 29 september 2008 oordeelde het Hof van Cassatie dat volgens de bewoordingen van artikel 1166 BW de schuldeisers alle rechten en vorderingen van hun schuldenaar kunnen uitoefenen, met uitzondering van die welke uitsluitend aan de persoon verbonden zijn. Volgens artikel 1, eerste lid van de wet van 8 juli 1976 (organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 5 augustus 1976, *err. BS* 26 november 1976) heeft elke persoon recht op maatschappelijke dienstverlening die hem moet toelaten een leven te leiden overeenkomstig de menselijke waardigheid. Volgens het hof volgt daaruit dat het recht op maatschappelijke dienstverlening een recht is dat kleeft aan de persoon en bijgevolg niet het voorwerp kan uitmaken van een zijdelingse vordering. Enkel de persoon waarvan de menselijke waardigheid beschermd is, heeft recht op sociale hulp. Zijn schuldeisers kunnen zijn rechten en vorderingen niet uitoefenen om deze hulp te bekomen, *in casu* ging het weliswaar om dringende medische hulp welke het OCMW ten onrechte geweigerd had ten laste te nemen. Het is dan het hospitaal dat deze kosten rechtstreeks bij wijze van zijdelingse vordering had gevorderd van het OCMW (Cass. 29 september 2008, nr. C.070101.F, onuitg.).

De onderhoudsvordering is onafscheidelijk verbonden met de persoon van de onderhoudsgerechtigde en onontbeerlijk om zijn bestaan te verzekeren (J. SACE, “Aliments et frais funéraires: des dettes personnelles” (noot onder Rb. Bergen 13 maart 2001), *JLMB* 2001, 1356). Het persoonlijke karakter van de onderhoudsverplichting belet echter niet – anders dan in het geval van een pauliaanse vordering – dat schuldeisers van de onderhoudsplichtige een pauliaanse vordering (art. 1167 BW) kunnen instellen, zoals dit eveneens het geval is in hoofde van de onderhoudsgerechtigde, behoudens dan wat in de toekomst nog te vervallen onderhoudsuitkeringen betreft (*RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 79, nr. 108 en 109).

Op de pauliaanse vordering kan een beroep worden gedaan om te ageren tegen de handelingen van een schuldenaar, waarbij deze zich bedrieglijk onvermogen tracht te maken. De geveiseerde handelingen zijn vaak de verkoop van een onroerend goed, de schenking, de kosteloze afstand van bepaalde rechten, de overdracht van een handelszaak en in toenemende mate de inbreng in een vennootschap. Uit de tekst van artikel 1167 BW, zoals geïnterpreteerd door de rechtspraak en de doctrine, volgt dat een schuldeiser, om de pauliaanse vordering te kunnen instellen, moet aantonen dat aan vier voorwaarden is voldaan:

- zijn schuldvordering moet dateren van vóór de aangevochten rechtshandeling;
- hij dient benadeeld te worden door een handeling die een verarming van zijn schuldenaar meebrengt;
- er moet sprake zijn van bedrog van de schuldenaar;
- en er moet sprake zijn van medeplichtigheid van de derde die met de schuldenaar heeft gehandeld, behalve als het gaat om rechtshandelingen ten kosteloze titel (A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1660, nr. 42).

Wat de eerste toepassingsvoorwaarde betreft, is het voldoende dat het principe en de oorzaak van de schuldvordering dateren van vóór de aangevochten rechtshandeling. De schuldvordering moet enkel opeisbaar zijn op het ogenblik dat de pauliaanse vordering wordt ingesteld. Ook het bedrag van de schuldvordering hoeft niet vast te staan vóór de schuldenaar de bestreden handeling stelde (Cass. 19 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 338, *Pas.* 1998, I, 359 en *RW* 1998-99, 1177, noot K. VAN RAEMDONCK, *TBH* 1998, 531, noot C. VERBRUGGEN; Cass. 5 januari 2006, *RW* 2008-09, 361, noot; Cass. 20 maart 2008, *RW* 2008-09, 362, noot).

Aangaande de tweede toepassingsvoorwaarde voor het instellen van de pauliaanse vordering wordt dit thans meestal zo opgevat dat de schuldenaar door de bestreden handeling zijn feitelijke insolventie moet hebben veroorzaakt of verergerd, of nog dat de verhaalsrechten van de schuldeisers door de bestreden handeling worden bemoeilijkt (Cass. 5 januari 2006, *RW* 2008-09, 361, noot; Brussel 19 oktober 1998, *JT* 1999, 44 en *TBBR* 2001, 145, noot S. LOOSVELD; Gent 23 februari 1989, *T.Not.* 2001, 185, noot F. BLONTRUCK).

De derde toepassingsvoorwaarde houdt in dat er voor de toepassing van de pauliaanse vordering sprake is van bedrog van de schuldenaar als hij wist of redelijker wijze behoorde te weten dat hij zich door de betwiste handeling insolvent maakte of zijn insolventie vergrootte en daardoor aan zijn schuldeiser nadeel berokkende (A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1661, nr. 43).

Voor de toepassing van de vierde voorwaarde is er sprake van medeplichtigheid van de derde als hij wist, of gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, redelijkerwijze had behoren te weten dat hij, door mee te werken aan de gewraakte rechtshandeling van de schuldenaar, bijdroeg tot het insolvent maken van die schuldenaar ten opzichte van de schuldeiser (A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1662, nr. 43).

### 7. De onderhoudsverplichting is onoverdraagbaar

**1011** Uit het persoonlijk karakter volgt eveneens dat de onderhoudsuitkering niet overdraagbaar is, noch door de onderhoudsgerechtigde ten voordele van zijn erfgenamen, noch door de onderhoudsschuldenaar naar zijn erfgenamen toe. Eventuele achterstallen kunnen op de erfgenamen, die de nalatenschap van de onderhoudsschuldenaar aanvaard hebben, worden verhaald (J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 90).

Deze niet-overdraagbaarheid heeft voor gevolg dat de onderhoudsgerechtigde niet in de mogelijkheid is zijn recht op levensonderhoud te vervreemden, behoudens dan om aan een eigen onderhoudsplicht te voldoen.

De onderhoudsuitkering kan, zoals al werd gesteld, slechts het voorwerp van een dading uitmaken voor zover aan de wettelijke beginselen van het recht op het levensonderhoud niet wordt geraakt, onverminderd de mogelijkheid tot herziening, overeenkomstig artikel 209 BW.

Ten slotte kan het recht op levensonderhoud niet het voorwerp van een in pandgeving uitmaken (*RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 79, nr. 110).

### 8. De onderhoudsverplichting is geen ondeelbare verbintenis

**1012** De onderhoudsschuld is, zoals hierboven gesteld, een persoonlijke schuld zodat, wanneer er meerdere onderhoudsschuldenaars zijn, er evenveel, onderscheiden onderhoudsschulden bestaan (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak – Personen- en Familierecht (1995-2000)”, *TPR* 2001, 2016, nr. 563).

Gezien thans de hiërarchie tussen onderhoudsplichtigen niet langer voorwerp van betwisting uitmaakt, rijst nog steeds de vraag of onderhoudsschuldenaars, die zich in dezelfde rangorde ten overstaan van onderhoudsschuldeiser bevinden (bv. de kinderen ten overstaan van de behoeftige ouder) hoofdelijk dan wel *in solidum* tot deze onderhoudsverplichting gehouden zijn, en ook of zij tot een ondeelbare verbintenis tegenover de onderhoudsgerechtigde gehouden zijn.

Een verbintenis is ondeelbaar naar de aard of strekking ervan, indien het voorwerp van deze verbintenis onmogelijk in onderdelen kan uitgevoerd worden (art. 1217 BW) of wanneer een gedeeltelijke uitvoering van de prestatie wel mogelijk is, doch ieder praktisch nut mist (art. 1218 BW; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 324). Dit zou betekenen dat, wanneer de onderhoudsverplichting ondeelbaar zou zijn, de onderhoudsgerechtigde de uitvoering van zijn onderhoudsrechten ten overstaan van ieder der onderhoudsschuldnaars individueel en volledig zou kunnen afdwingen, voor zover ze allen in de gelegenheid verkeren deze onderhoudsplicht te voldoen (J. ROODHOOF, "Art. 205 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 7).

Juist als gevolg van het persoonlijk karakter van de onderhoudsschuld, bestaat er niet één onderhoudsschuld die opgedeeld wordt onder diverse onderhoudsplichtigen, doch zijn er zoveel onderhoudsschulden als er onderhoudsplichtigen in dezelfde rangorde zijn. Ieder van de onderhoudsplichtigen is individueel, overeenkomstig zijn vermogen, gehouden tot het betalen van een onderhoudsuitkering aan de onderhoudsgerechtigde in verhouding tot de staat van behoeftigheid van deze laatste. Hieruit blijkt dat de onderhoudsverplichting geen ondeelbare schuld is (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 61 e.v., nr. 81).

**1013** Tussen de onderhoudsplichtigen bestaat er, eveneens op grond van het persoonlijk karakter van de onderhoudsvordering, al evenmin hoofdelijkheid, noch zijn ze *in solidum* gehouden tot de onderhoudsschuld. Ingeval er meerdere schuldenaars zijn, kan de onderhoudsgerechtigde slechts ten overstaan van ieder van hen, zijn aandeel vorderen, hierbij rekening houdend met en in overeenstemming met de mogelijkheden van de overige onderhoudsplichtigen (Cass. 16 maart 1995, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF; Rb. Brussel 12 oktober 1999, *JT* 1999, 812; Rb. Charleroi 24 juni 1998, *JLMB* 2000, 1741, noot S.T.).

#### 9. Pluraliteit van onderhoudsplichtigen

**1014** Het voorgaande leidt ook tot de vraag of er tussen verschillende onderhoudsplichtigen al dan niet een hiërarchie bestaat, met andere woorden

of de potentiële onderhoudsplichtigen cumulatief door de onderhoudsgerechtigde kunnen aangesproken worden (zie meer uitgebreid *boven* nrs. 11-30).

Een eerste strekking in rechtsleer en rechtspraak stelt dat, bij gebreke aan enige wettelijke regeling, de onderhoudsplichtigen concurrentieel en cumulatief kunnen aangesproken worden. Bovendien wordt verwezen naar de letterlijke interpretatie van artikel 206 BW en meer bepaald dat schoonouders en schoonkinderen *e v e n e e n s* gehouden zijn levensonderhoud te verstrekken. Ten slotte zou in geval van hiërarchie op de onderhoudsschuldeiser een zware bewijslast gelegd worden, in het bijzonder dat hij wel de meest naaste en vermogende verwant in rechte heeft aangesproken (J. ROODHOOF, “Art. 205 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 7, nr. 18, losbl.; J. ROODHOOF, “Pluraliteit van gemeenschappelijke onderhoudsverplichtingen: het Hof van Cassatie opteert voor hiërarchie” (noot onder Cass. 16 maart 1995), *RW* 1995-96, 743).

Het Hof van Cassatie heeft zich echter aangesloten bij de tweede strekking, die wel degelijk een hiërarchie aankleeft, wat in overeenstemming zou zijn met de traditie. Tevens wordt gewezen op de familiebinding, zijnde de vermoede genegenheidsbanden tussen verwanten en aanverwanten. Het bestaan van min of meer nauwe familiebanden, wordt door het Hof van Cassatie juist weerhouden als basis opdat bloedverwanten vóór de aanverwanten gehouden zijn tot nakoming van de onderhoudsverplichting.

Hieruit volgt eveneens dat een dichtere graad van verwantschap de verdere in graad voorafgaat op het vlak van de onderhoudsverplichting (Cass.16 maart 1995, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF; Rb. Brussel 8 oktober 2001, *RTDF* 2002, 334 ; N. HUSTIN-DENIES, “Hiërarchie des débiteurs d’aliments”, *RTDF* 1997, 283). In geval van verscheidene onderhoudsplichtigen in dezelfde graad, kan de onderhoudsschuldeiser slechts ieder van hen tot beloop van hun aandeel aanspreken (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998, Les Dossiers du JT n° 25*, Brussel, Larcier, 2000, 65).

Op grond van “het bestaan van min of meer nauwe familiebanden”, zou eveneens kunnen afgeleid worden dat, binnen dezelfde graad, de descendenten vóór de ascendenten gehouden zijn tot de onderhoudsplicht (J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 92-93).

## B. GELDINGSDUUR

## 1. Algemeen

**1015** De onderhoudsverplichting is, volgens de artikelen 208 en 209 BW veranderlijk, hetgeen betekent dat onderhoudsgeld steeds vatbaar is voor aanpassing, zijnde ontheffing, verlaging of verhoging in functie van wijzigingen op het vlak van de inkomsten van de schuldenaar en de behoeften van de onderhoudsgerechtigde (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 32-33).

Artikel 208 BW bepaalt: “Levensonderhoud wordt slechts toegestaan naar verhouding van de behoeften van hem die het vordert en van het vermogen van hem die het verschuldigd is”. Artikel 209 BW luidt evenwel: “Wanneer hij die het levensonderhoud verstrekt of hij die het geniet, tot zodanige staat komt dat de ene het niet meer kan verschaffen of de andere het niet meer nodig heeft, hetzij voor het geheel, hetzij voor een gedeelte, kan ontheffing of vermindering ervan gevorderd worden”.

Beide artikelen werden sinds 1804 (*Code civil des Français*) nooit gewijzigd:

“Art. 208. De alimentatie word maer toegestaen naer proportie van het gebrek van diën die dezelve vraegd, en naer de middelen van diën die dezelve moet geven”.

“Art. 209. Wanneer dat den persoon die alimentatie geeft of dat den persoon die alimentatie krygt in dusdaenige staet geraekt is, dat den eersten er niet meer kan geven, of dat den anderen er niet meer in 't geheel of ten deele noodig heeft, zoó zal de ontlastinge of verminderinge der zelve mogen gevraegd worden” (versie volgens de *Bulletin flamand* 1804).

**1016** Zoals al werd aangehaald, kunnen de omvang en de modaliteiten van de onderhoudsverplichting niet definitief en forfaitair bij overeenkomst worden bepaald.

Een dergelijke overeenkomst zou, minstens op grond van het dwingend karakter van de onderhoudsverplichting, nietig zijn (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 21; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 150, nr. 72). Een uitzondering op deze regel is de uitkering tussen echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming en ook overeenkomsten die worden afgesloten na een echtscheiding op grond van bepaalde feiten, van feitelijke scheiding, of op grond van de onherstelbare ontwrichting (Cass. 26 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1359 en *Pas.* 1980, I, 1335; Cass. 30 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198 en *RABG* 2007, 148, in dit arrest wordt nog gepreciseerd dat de enige juridische grondslag dan de overeenkomst is tussen partijen en de wettelijke modaliteiten – *in casu* deze van art. 307bis BW – niet meer van toepassing zijn; Cass. 23 juni 2006, *RW* 2007-08, 1198).

Opdat een aanpassing kan doorgevoerd worden, draagt diegene die zich beroept op de veranderlijkheid de bewijslast van de nieuwe, gewijzigde omstandigheden. Hierbij wordt uitgegaan van de uitspraak, die de onderhoudsverplichting heeft bepaald en die met gezag van gewijsde is bekleed. Zij heeft gezag van gewijsde wat de erin weerhouden toestand betreft, hetzij *rebus sic stantibus*. Zie over dit principe meer uitgebreid, *boven* nrs. 103-106.

Logischerwijs staat het de bodemrechter vrij om de onderhoudsuitkering aanpasbaar te verklaren aan de schommelingen van het indexcijfer (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 33; J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998, Les Dossiers du JT n° 25*, Brussel, Larcier, 2000, 70). De indexatie van de alimentatie strekt trouwens enkel maar tot de instandhouding van de koopkracht van de onderhoudsgerechtigde (Brussel 12 juni 1997, *JLMB* 1998, 365).

Terecht wordt gesteld dat de elementen die weerhouden worden om de onderhoudsuitkering te begroten op zich al onderhevig zijn aan de index der consumptieprijzen, zoals onder meer de inkomsten uit arbeid en de huurprijzen (Jeugdrb. Namen 13 juni 1995, *Div.Act.* 1995, 140, noot J.-L. FRANEAU en E. DE WILDE D’ESTMAEL).

## 2. Gewijzigde omstandigheden

**1017** Onder het begrip “gewijzigde omstandigheden” wordt begrepen, iedere verandering sinds de uitspraak, in de factoren die determinerend zijn geweest om de onderhoudsverplichting te weerhouden (J. ROODHOOF, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 22, losbl.).

Dat hieraan een ruime interpretatie wordt gegeven, stemt overeen met het beginsel van de veranderlijkheid doch dit kent eveneens beperkingen, die bepaald worden door het gezag van gewijsde waarmede de uitspraak, die de onderhoudsuitkering heeft bepaald, bekleed is.

Voor een verdere bespreking van het begrip “gewijzigde omstandigheden” wordt verwezen naar *boven* nrs. 107-113.

## 3. Herroeping van het gewijsde

**1018** Indien een bedrieglijk optreden kan vastgesteld worden vooraleer de uitspraak kracht van gewijsde bekomt, bestaat nog altijd de mogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden, zijnde hoger beroep dan wel verzet in geval van een verstekvonnis. De situatie is echter anders wanneer de uitspraak in kracht van gewijsde getreden is. In een dergelijk geval biedt enkel nog een buitengewoon rechtsmiddel soelaas, met name de “herroeping van het gewijsde”, conform artikel 1133, 1° Ger.W. (Cass. 16 mei 2002, *RW* 2002-03, 659, noot V. SAGAERT; S. THIELEN, “Sanctions des dissimulations frauduleu-

ses dans les procédures en matière d'aliments" (noot onder Rb. Luik 21 september 2000), *Div.Act.* 2001, 347-348).

Voor een nadere bespreking van dit begrip wordt verwezen naar *boven* nrs. 109-110 en 182.

#### 4. *Het ontstaan van de onderhoudsvordering*

**1019** Over het ontstaan van de onderhoudsvordering blijkt er nog steeds geen eensgezindheid in de rechtspraak te bestaan. Terwijl er geen betwisting kan bestaan over het feit dat de gehoudenheid tot de onderhoudsverplichting bestaat vanaf het ogenblik dat de kwestieuze vordering gesteld wordt, blijft het twistpunt bestaan of dergelijke vordering ook met terugwerkende kracht kan worden ingesteld.

Volgens oude rechtsleer en rechtspraak heeft de onderhoudsvordering op grond van de artikelen 205 e.v. BW slechts een attributief karakter, hetgeen betekent dat de onderhoudsverplichting niet verder in de tijd kan terugwerken dan het ogenblik waarop de vordering werd ingeleid (Rb. Luik 7 december 1998, *TBBR* 1999, 586 en *JLMB* 1999, 1044, noot E. VON FRENCKELL).

Deze rechtspraak verwijst naar het cassatiearrest van 2 juni 1978 en maakt aldus toepassing van de regel *aliments ne s'arréragent point*. De onderhoudsvordering is slechts voorwaardelijk en wordt enkel als gevolg van de rechtsvordering geïndividualiseerd (Cass. 2 juni 1978, *RW* 1978-79, 904 en *RTDF* 1979, 78, noot J.-L. RENCHON; *RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, 79, nr. 64).

**1020** Dergelijke resolute houding wordt al geruime tijd bestreden, waarbij wordt gesteld dat voormelde regel *aliments ne s'arréragent point* ("onderhoudsgeld laat geen achterstallen") geen rechtsregel van algemene draagwijdte is en onderhoudsgelden in p r i n c i p e slechts verschuldigd zijn vanaf de rechtsvordering. Zie meer uitgebreid over deze rechtsspreuk *boven* nrs. 78-85.

De grondvoorwaarden, meer bepaald het dwingend en persoonlijk karakter, de onoverdraagbaarheid en de niet-ondeelbaarheid vormen de basis van de onderhoudsverplichting. Dit betekent dat het ogenblik waarop de rechtsvordering wordt ingesteld niet determinerend is voor het ontstaan van de onderhoudsverplichting doch wel de aanwezigheid van enerzijds de behoefte in hoofde van de onderhoudsgerechtigde en de financiële mogelijkheden in hoofde van de onderhoudsplichtige (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 49 e.v.).

Zodoende staat noch artikel 209 BW, noch het voormeld adagium *aliments ne s'arréragent point* eraan in de weg dat de onderhoudsuitkering wordt toegestaan voor een periode, voorafgaand aan de dag van de vordering tot het



bekomen van de alimentatie of de aanpassing ervan, conform artikel 209 BW (Cass. 2 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 4, concl. J. DUJARDIN).

De onderhoudsschuldeiser is met andere woorden gerechtigd op een uitkering van zodra de grondvoorwaarden daartoe verenigd zijn, hetgeen meebrengt dat een retroactieve toekenning van de alimentatie op grond van artikel 205 BW in een dergelijke situatie dient weerhouden te worden. Dit impliceert eveneens dat een aanpassing conform artikel 209 BW, zijnde een verhoging of verlaging, zelfs een afschaffing van de onderhoudsverplichting mogelijk is voor een periode voorafgaand aan het instellen van de desbetreffende rechtsvordering.

In een dergelijk geval, en in het bijzonder wanneer de opheffing nagestreefd wordt, betekent zulks dat de grondvoorwaarden die een verdere onderhoudsverplichting rechtvaardigen, vanaf een bepaald tijdstip in het verleden niet meer aanwezig zijn.

Het adagium *aliments ne s'arréragent point* geldt dan ook hooguit als vermoeden dat de onderhoudsgerechtigde vanaf het ogenblik dat hij een onderhoudsvordering instelt behoeftig is, terwijl uit de feitelijkheden kan blijken en kan worden aangetoond dat dergelijke situatie reeds voordien bestond, zodat voormelde regel slechts *juris tantum* geldt (J. GERLO, *Handboek voor familiericht*, I, *Personen- en familiericht*, Brugge, die Keure, 2003, 100-101).

##### 5. Het einde van de onderhoudsverplichting

**1021** De onderhoudsverplichting op grond van artikel 205 BW neemt een einde wanneer de kwestieuze grondvoorwaarden niet meer aanwezig zijn.

Zolang echter de uitspraak, die de onderhoudsuitkering oplegde niet ongedaan is gemaakt, dient deze beslissing verder uitgevoerd te worden, zulks ingevolge de uitvoerbare kracht waarmee de uitspraak bekleed is (Cass. 5 september 1979, *RW* 1979-80, 1863; Beslagr. Luik 1 december 1997, *JLMB* 1998, 341).

Van zodra het vonnis dat de onderhoudsplichtige ontslaat van verdere uitkeringen, of deze vermindert, kracht van gewijsde heeft, is de (voormalige) onderhoudsplichtige gerechtigd op de terugbetaling van wat hij teveel betaalde. Hetzelfde geldt wanneer per vergissing de alimentatie verder werd doorbetaald, zonder dat deze nog verschuldigd was.

Zodoende dienen dergelijke uitkeringen als een *onverschuldigde betaling* te worden bestempeld, conform artikel 1235 BW en kunnen deze niet als een vrijgevigheid worden aangezien (Rb. Kortrijk 19 februari 1985, *RW* 1984-85, 2632).

De beslissing die voorziet in de vermindering of opheffing van de onderhouds-uitkering, vormt de uitvoerbare titel op grond waarvan de recuperatie van het teveelbetaalde nagestreefd kan worden. Enkel en alleen is vereist dat deze titel de vereiste elementen bevat om het teveelbetaalde exact te kunnen begroten. Behoudens die voorwaarde is een nieuwe titel dus niet altijd noodzakelijk (Antwerpen 27 juni 2000, *P&B* 2001, 79 noot S. BRIJS).

**1022** Alleszins neemt de onderhoudsverplichting een einde bij het overlijden van ofwel de onderhoudsgerechtigde, ofwel de onderhoudsplichtige (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 77).

Nochtans dient hierbij onmiddellijk aangestipt te worden dat, met betrekking tot welbepaalde categorieën van onderhoudsvorderingen, de (uitgedoofde) onderhoudsplicht overbrugd wordt en ten laste van de opengevallen nalatenschap van de overleden onderhoudsplichtige valt (art. 205bis BW).

In de eerste plaats behelst het de voortzetting van de hulpverplichting, ontstaan tijdens het huwelijk in hoofde van deze overleden echtgenoot (art. 205bis, § 1 BW). In de tweede plaats, het gehuwd kind dat tijdens zijn leven instaat voor de behoeftige ouder, en wiens onderhoudsplicht ophoudt te bestaan als gevolg van zijn vooroverlijden (d.w.z. van het kind), zodat een onderhoudsvordering ten laste van zijn nalatenschap kan ingesteld worden (art. 205bis, § 2 BW).

Deze categorieën van onderhoudsverplichtingen ten laste van de nalatenschap ontstaan niet automatisch, als gevolg van het overlijden als zodanig, doch veronderstellen een autonome onderhoudsaanspraak die volgens welbepaalde modaliteiten dient gevorderd te worden.

Voor een uitvoerige bespreking van de onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap en de verschillende categorieën van onderhoudsschuldeisers die er zijn, wordt verwezen naar *verder* nrs. 1085-1151.

### 6. Kosten van de laatste ziekte en de begrafenis

**1023** Er is heel wat rechtspraak over de vraag of de kosten van de laatste ziekte en de begrafenis, voorwerp kunnen uitmaken van een onderhoudsverplichting, in overeenstemming met de artikelen 205 e.v. BW.

Wat de kosten verbonden aan de laatste ziekte betreft, kan er weinig of geen probleem bestaan. Deze kosten zijn ontstaan tijdens het leven van de onderhoudsgerechtigde, zodat de vermogende onderhoudsplichtige hierin zal dienen tussen te komen, vermits deze kosten noodzakelijk zijn om een menswaardig bestaan te verzekeren. Deze kosten zullen na het overlijden deel uitmaken van het passief van de nalatenschap, doch de verwerpende erfgenamen in rechte lijn, kunnen op grond van hun onderhoudsplicht, conform artikel 205 BW aangesproken worden om deze kosten te delgen (Vred. Merkssem 15 juli 1999, *RW* 2000-01, 991, noot K. VANWINCKELEN; Vred.

Châtelet 10 juni 2004, *JLMB* 2004, 1203; Vred. Grâce-Hollogne 30 december 2004, *JLMB* 2006, 1017; S. BROUWERS, “Begraveniskosten en kosten van de laatste ziekte of daar waar het erfreisrecht, het huwelijksvermogens-, het personen- en het verbintenissenrecht elkaar ontmoeten” (noot onder Rb. Mechelen 4 september 2001), *AJT*, 779).

In een arrest van het hof van beroep te Brussel werden voormelde principes als volgt toegepast (Brussel 9 maart 2005, *NJW* 2006, 656 noot G. VERSCHULDEN; zie ook Vred. Brussel 6 oktober 2004, *Div.Act.* 2006, 67, noot J.-E. BEERNAERT; F. TAINMONT, noot onder Vred. Visé 20 december 1993 en 18 maart 1996, *T.Vred.* 2001, 343 e.v.).

De vordering tot het verkrijgen van levensonderhoud ten laste van een descendent heeft een persoonlijk karakter en kan niet zijdelings door een schuldeiser van een onderhoudsgerechtigde worden ingesteld.

De kosten veroorzaakt door de laatste ziekte van een ouder kunnen worden gevorderd ten laste van een descendent binnen dezelfde perken en onder dezelfde voorwaarden als de overleden behoeftige ouder van zijn descendent kon vorderen op grond van artikel 205 BW.

Het betreft kosten die tijdens het leven van de onderhoudsgerechtigde zijn ontstaan en die werden gemaakt om in een menswaardig bestaan te voorzien. De status van deze kosten is noodgedwongen in zoverre verschillend dat de ascendent zelf de betaling ervan bij hypothese niet (meer) kan vorderen.

Het Hof oordeelde dat vermits de schuldeiser van de overleden ascendent niet zijdelings kan vorderen wat de onderhoudsplichtige zelf niet vorderde, hij zich niet kan beroepen op artikel 205 BW indien de ascendent dit tijdens zijn leven zelf niet heeft gedaan. Het enkele feit dat de nalatenschap deficitair is, volstaat niet als bewijs van behoefte van de overledene.

**1024** Aan het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) werd de prejudiciële vraag gesteld of de artikelen 203 en 205 BW, “geïnterpreteerd in die zin dat de bloedverwanten in de opgaande lijn die geen erfgenaam zijn van een erfflater, gehouden zijn tot betaling van diens kosten van laatste ziekte ten aanzien van een ziekenhuisinstelling – en dit zelfs als zij de nalatenschap hebben verworpen –, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet [schenden] in zoverre aldus aan de bloedverwanten in de opgaande lijn die geen erfgenaam zijn van een erfflater, een ‘privilège sans texte’ zou worden tegengeworpen door een ziekenhuisinstelling, terwijl iedere andere schuldeiser de gevolgen van de verwerping zou moeten ondergaan”.

Hoewel de verwijzende rechter het hof ook ondervraagt over artikel 203 BW, blijkt uit alle bij het hof neergelegde memories dat alleen de artikelen 205 en 207 BW in het in het geding zijnde geschil werden beoogd.

Het Arbitragehof oordeelde dat indien de rechter van oordeel is dat de vordering onder het toepassingsgebied valt van de voormelde artikelen, de ouders in hun hoedanigheid van bloedverwanten in de opgaande lijn, op grond van artikel 207 van het BW, dienden in te staan voor de betaling van de kosten van de laatste ziekte binnen de in artikel 208 van hetzelfde wetboek bepaalde grenzen.

Het is dan ook niet relevant of zij de nalatenschap al dan niet hebben verworpen.

Daaruit vloeit voort dat er geen sprake kan zijn van een op de aard van de vordering gebaseerd verschil in behandeling tussen de “U.C.L. Saint-Luc” als

schuldeiser van een van de nalatenschap losstaande vordering, en de schuldeisers van vorderingen die deel uitmaken van de nalatenschap.

Indien de rechter echter van oordeel is dat de vordering niet onder het toepassingsgebied van artikel 207 van het BW valt, behoren de kosten van de laatste ziekte tot het passief van de nalatenschap. De erfrechtelijke regeling bevat geen bepaling die het mogelijk maakt de ouders die de nalatenschap hebben verworpen, niet te behandelen zoals elke andere erfgenaam die de nalatenschap verwerpt.

Daaruit volgt dat het door de verwijzende rechter aangevoerde verschil in behandeling tussen de verschillende categorieën van schuldeisers niet bestaat vermits dat verschil uitsluitend zou kunnen worden ontleend aan een bepaling die op het geschil niet toepasselijk is.

De prejudiciële vraag behoeft bijgevolg geen antwoord (Arbitragehof 1 maart 2006, nr. 28/2006, (prejudiciële vraag), *BS* 6 april 2006 (tweede uitgave) (uittreksel), 19322, *Div.Act.* 2006, afl. 5, 66, noot J.-E. BEERNAERT en *RTDF* 2006, 880).

**1025** Wat nu de begrafenis kosten betreft kan daartegenover moeilijk verdedigd worden dat deze noodzakelijk zijn om in een menswaardig bestaan te voorzien. Of deze kosten al dan niet aanleiding kunnen geven tot een onderhoudsvordering ten overstaan van de verwerpende erfgenaam, is dan ook niet evident.

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de kosten, verbonden aan de begrafenis dienen gedragen te worden door diegene die met de begrafenisondernemer gecontracteerd heeft.

De kosten van de begrafenis maken ontegensprekelijk deel uit van het passief der nalatenschap en zullen gedelgd worden door de erfgenamen die de nalatenschap zuiver en onvoorwaardelijk aanvaard hebben (art. 870 BW; J.M.R. VAN BOL, “Les funérailles et les sépultures” in *Rép.not.*, t. XIV, *Droit public et droit administratif*, Boek XII, Brussel, Larcier, 203-204).

Ze ontstaan na het overlijden en hebben het overlijden als oorzaak, en komen slechts in aanmerking voor zover ze in overeenstemming zijn met de sociale situatie en vermogen van de overledene, zodat het buitensporige gedeelte ten laste valt van diegene die de begrafenis kosten gecreëerd heeft (A. VERBEKE, “Begraveniskosten en onderhoudsplicht” (noot onder Vred. Sint-Niklaas 25 november 1985), *RW* 1986-87, 1634).

Bijgevolg kunnen de begrafenis kosten slechts ondergeschikt het voorwerp van een onderhoudsvordering uitmaken, in die mate dat het actief van de nalatenschap ontoereikend is om deze kosten te dragen, of de nalatenschap verworpen werd door de wettelijke erfgenamen.

Daarnaast dient de onderhoudsplichtige eveneens bij machte, t.t.z. vermogend te zijn om aan de onderhoudsplicht te kunnen voldoen, hetgeen eveneens veronderstelt dat zoals al werd opgemerkt de gemaakte begrafenis kosten in overeenstemming zijn met de sociale status van de overleden onderhoudsge-rechtigde (M. R. VAN BOL, “Les funérailles et les sépultures” in *Rép.not.*, t. XIV, *Droit Public et droit administratif*, Boek XII, Brussel, Larcier, 2003, 206;

A. VERBEKE, “Begrafeniskosten en onderhoudsplicht” (noot onder Vred. Sint-Niklaas 25 november 1985), *RW* 1986-87, 1635).

**1026** De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer aanvaardt echter de gehoudenheid in hoofde van de verwerpende erfgenaam op grond van zijn onderhoudsverplichting, conform artikel 205 BW, daar de notie levensonderhoud zich uitstrekt tot de begrafeniskosten (M. PEULINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, “Overzicht van Rechtspraak, Erfenissen (1988-1995)”, *TPR* 1997, 231-232; Vred. Sint-Niklaas 25 november 1985, *RW* 1986-87, 1632).

Bijgevolg zal de onderhoudsplichtige slechts gehouden zijn om de begrafeniskosten te dragen, voor zover aan de wettelijke voorwaarden van de onderhoudsverplichting is voldaan. De schuldeiser dient aldus de staat van behoefte in hoofde van de overledene aan te tonen, evenals het deficitair karakter van de nalatenschap en de mogelijkheden in hoofde van de onderhoudsplichtige om bij te dragen in deze kosten (Gent 4 juni 2002, *RW* 2003-04, 350; Gent 16 juni 2005, *TGR* 2006, 339; Vred. Brussel 5 april 1963, *JT* 1963, 389; Vred. Charleroi 28 oktober 1996, *JT* 1997, 259; Vred. Oostende 17 juli 1998, *AJT* 1998-99, 592; Vred. Zelzate 19 september 2000, *TBBR* 2002, 45; Vred. Grâce-Hollogne 30 december 2004, *JLMB* 2006, 1017; Vred. Gent 23 augustus 2005, *TGR* 2005, 321).

Onvermogene kinderen kunnen dan ook niet gehouden zijn tot de begrafeniskosten van hun ascendenten (Rb. Brussel 22 november 2002, *T.Not.* 2003, 360).

Een illustratie van voormeld standpunt is terug te vinden in een beslissing van het hof van beroep te Brussel waarbij werd geoordeeld dat, bij gebrek aan bewijs van hun persoonlijke verbintenis, de erfgenamen die de nalatenschap van een overledene hebben verworpen, in deze hoedanigheid niet gehouden zijn tot betaling van de begrafeniskosten.

Deze kosten vormen echter het laatste deel van de onderhoudsplicht die zonder hoofdelijkheid rust op de echtgenoot en het kind van de persoon die, op het einde van zijn leven, behoeftig was (art. 205 en 213 BW; Brussel (16de kamer) 26 april 2005, *JT* 2005, 455).

**1027** Nochtans wordt voormelde strekking niet unaniem gevolgd en volgens anderen kunnen de kosten verbonden aan de begrafenis niet verhaald worden op grond van de onderhoudsverplichting. In de eerste plaats wordt geponeerd dat uitsluitend de onderhoudsvordering door de gerechtigde kan ingesteld worden; deze is echter overleden. De onderhoudsvordering heeft immers een persoonlijk karakter (F. TAINMONT, “La prise en charge des frais de funérailles en cas de renonciation à la succession” (noot onder Vred. Sint-Joost-ten-Noode 29 juni 2000), *RTDF* 2001, 391; Luik 11 december 1995, *JLMB* 1996, 507; Rb. Bergen 13 maart 2001, *JLMB* 2001, 1353, noot J. SACE). Tevens wordt in de tweede plaats opgeworpen dat de kosten van de nalatenschap ontstaan na het overlijden van de onderhoudsgerechtigde, tijdstip waarop de onderhoudsverplichting uitdooft.

Zoende kan de verwerpende erfgerechtigde niet aangesproken worden in betaling van de begrafeniskosten (Luik 18 april 1994, *JLMB* 1994, 898; Rb.

Namen 13 december 2001, *RRD* 2002, 353; Vred. Sint-Pieters-Woluwe 25 november 1994, *JT* 1995, 456; Vred. Sint-Pieters-Woluwe 16 maart 1995, *Rev.not.b.*1996, 602; vgl. Gent 26 oktober 2006, *RAGB* 2007, 723, weliswaar in een nalatenschap met voldoende actief en waarbij gesteld wordt dat de erfgenaam die de begrafeniskosten betaalde, recht van verhaal heeft op de andere erfgenamen naar evenredigheid van de aandelen die zij uit de nalatenschap ontvingen).

**1028** Deze bezwaren maken de recuperatie van de begrafeniskosten van de erfgenaam en onderhoudsplichtige bloedverwant, die de nalatenschap verworpen heeft, op grond van de onderhoudsverplichting problematisch.

De schuldeiser van de begrafeniskosten heeft dan ook weinig garantie dat hij deze, ingeval de nalatenschap deficitair is en de erfgenamen deze verworpen hebben, zal kunnen invorderen.

Bijgevolg wordt in bepaalde rechtsleer beroep gedaan op de extrapatrimoniale verwantschapsplicht, zijnde een morele plicht die gesteund is op de gewoonte (P. DELNOY, “L’option héréditaire” in *Rép.not.*, t. III, boek I, vol. 2, Brussel, Larcier, 1994, 189 e.v.; S. BROUWERS, “Begrafeniskosten en kosten van de laatste ziekte of daar waar het erfenisrecht, het huwelijksvermogens-, het personen- en het verbintenissenrecht elkaar ontmoeten” (noot onder Rb. Mechelen 4 september 2001), *AJT* 2001-02, 778; vgl. Vred. Brussel (4de kanton) 6 oktober 2004, *Div.Act.* 2006, afl. 5, 67, noot J.-E. BEERNAERT, dat het begrip extrapatrimoniale verwantschapsplicht ook hanteert in een geval van de kosten van de laatste ziekte).

F. TAINMONT meent echter dat de morele plicht als grondslag niet kan aangehouden worden, vermits een dergelijke verplichting onmogelijk voor gedwongen uitvoering vatbaar is. De extrapatrimoniale waarden waarop deze verplichting gesteund is, komen ook als “artificieel” voor, vermits ze in tegenspraak zijn met artikel 870 BW en artikel 19, 2° Hyp.W. (F. TAINMONT, noot onder Vred. Visé 20 december 1993 en Vred. Visé 18 maart 1996, *T.Vred.* 2001, 352).

Ook wordt steun gezocht in de natuurlijke verbintenis, die de verwerpende erfgenaam is nagekomen, om de gehoudenheid van de begrafeniskosten te verantwoorden (F. TAINMONT, “La prise en charge des frais de funérailles en cas de renonciation à la succession” (noot onder Vred. Sint-Joost-ten-Noode 29 juni 2000), *RTDF* 2001, 393; J.M.R. VAN BOL, “Les funérailles et les sépultures” in *Rép.not.*, t. XIV, *Droit public et droit administratif*, Boek XII, Brussel, Larcier, 2003, 207 e.v.).

In een zaak (weliswaar in het kader van een feitelijke samenwoning) wees het hof van beroep te Gent een vordering van de overlevende samenwonende tegenover de dochter van de overledene, tot betaling van de begrafeniskosten, af op grond van de overweging dat deze een natuurlijke verbintenis zou voldaan hebben ten opzichte van de overleden partner (Gent 17 januari 2007, *NJW* 2008, 223; zie ook K. WILLEMS, “Natuurlijke verbintenis. Betaling begrafeniskosten”, *NJW* 2008, 190-196).

Teneinde de begrafeniskosten te kunnen recupereren, beschikt de begrafenisondernemer, buiten de contractuele relatie met de opdrachtgever, over geen wettelijke basis om vanwege de verwerpende erfgenamen, die met hem niet hebben gecontracteerd, de voor de geleverde prestaties verschuldigde bedragen te doen betalen. Dit is wel het geval indien de begrafeniskosten worden beschouwd als een natuurlijke verbintenis van de voornoemde erfgenamen (F. TAINMONT, noot onder Vred. Visé 20 december 1993 en Vred. Visé 18 maart 1996, *T.Vred.* 2001, 352).

## C. BEGROTING EN METHODIEK

### 1. Behoeftigheid

**1029** Losstaand van het gegeven dat principieel fouten uit het verleden het recht op een onderhoudsvordering niet uitsluiten, geldt echter als uitgangspunt dat de hachelijke situatie van de onderhoudsschuldeiser niet aan zichzelf te wijten mag zijn. De onderhoudsschuldenaar kan met andere woorden opwerpen dat deze toestand louter het gevolg is van de eigen onwil, foutief gedrag of ingesteldheid van de schuldeiser (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 776, nr. 2232). Bijgevolg wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de misstappen uit het verleden van de onderhoudsgerechtigde enerzijds en zijn situatie op het ogenblik van de onderhoudsvordering anderzijds, die wél het voorwerp van beoordeling zou uitmaken. Dit laatste is immers het directe gevolg van zijn staat van behoeftigheid (Vred. Halle 12 juli 2000, *AJT* 2000-01, 902). De staat van behoeftigheid waarin de persoon verkeert, die om een onderhoudsuitkering, overeenkomstig artikel 205 BW vraagt, moet dus onvrijwillig zijn (Cass. 5 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 744, *Pas.* 1987, I, 663 en *Rev.not.b.* 1988, 419; Cass. 12 oktober 2001, *RTDF* 2003, 853 en *Pas.* 2001, I, 1626). Als klassieke voorbeelden gelden de luiheid, de manifeste afwezigheid van de wil om te werken, verslaafdheid aan drank, drugs of spel en verkwisting.

Het Hof van Cassatie herinnerde nogmaals aan dit principe in een geval waarbij de onderhoudsschuldeiser een onroerend goed had weggeschonken waarvan de opbrengsten hem nochtans voorheen in staat stelden ervan te leven (Cass. 12 oktober 2001, *RTDF* 2003, 853 en *Pas.* 2001, I, 1626).

De hulpverplichting in hoofde van de onderhoudsplichtige vereist het bestaan van de nodige verantwoordelijkheidszin bij de onderhoudsgerechtigde om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 19).

**1030** Als uitgangspunt van de onderhoudsplicht geldt het beginsel dat de potentiële onderhoudsgerechtigde niet in staat is om in zijn persoonlijk levensonderhoud te voorzien (J. ROODHOFT, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P.

SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2, losbl.). Dit veronderstelt dan ook dat de schuldeiser niet beschikt over een onroerend patrimonium of belegde kapitalen, die hem een inkomstenbron opleveren (*RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 79, nr. 55).

Indien dit vermogen hem onvoldoende inkomsten oplevert, betekent dit nog niet dat hij hierdoor onderhoudsgerechtigd wordt. Het patrimonium kan immers verzilverd worden om aan de behoeften te voldoen. Daartegenover staat dat vanwege de potentiële onderhoudsgerechtigde niet verwacht kan worden dat hij tot realisatie van zijn vermogen overgaat tegen zeer nadelige voorwaarden (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 88, nr. 194; J. ROODHOOF, “Art. 208 BW”, 12).

In dit laatste geval kan de behoeftigheid weerhouden worden. De staat van behoeftigheid is in dergelijk geval slechts van tijdelijke, exceptionele aard en maakt geen situatie uit waarin de onderhoudsschuldeiser zich gewoonlyk bevindt.

Hetzelfde geldt ook voor de omstandigheid dat het vervreemden van het patrimonium slechts de vermogenstoestand van de schuldeiser kan verslechteren (N. DANDOY, “L’incidence du comportement du créancier d’aliments”, *RTDF* 1996, 8). In een dergelijke situatie en uitgaande van de verantwoordelijkheid die er in hoofde van de onderhoudsgerechtigde dient te zijn om zelf voor zijn persoonlijk onderhoud in te staan, kan gedurende een beperkte periode in een onderhoudsuitkering worden voorzien, zodat de onderhoudsschuldeiser in de gelegenheid gesteld wordt een eigen inkomen te verwerven (N. DANDOY, “Obligations alimentaires légales: conditions, applications et détermination du montant de la pension” (noot onder Vred. Westerlo 30 december 1997), *T.Vred.* 2001, 281; *RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 79, nr. 57).

**1031** De beperking in de tijd van de onderhoudsuitkering kan verantwoord zijn, teneinde het ontvoogde kind aan te sporen zich te laten inschrijven als werkzoekende bij de VDAB, met het oog op het zelfstandig voorzien in zijn levensonderhoud (Rb. Brugge 21 oktober 1991, *TvBR* 1992, 170).

In dezelfde zin kan een eenmalige misstap in het leven van de behoeftige, zoals bijvoorbeeld het lichtzinnig beëindigen als werknemer van een arbeidsovereenkomst zonder in een vervangend werk te hebben voorzien, niet gepenaliseerd worden met de formele afwijzing van iedere vorm van alimentatie.

**1032** Naast de vereiste bloedverwantschap in rechte lijn, geldt in hoofde van de schuldeiser slechts één vereiste om een onderhoudsvordering te kunnen instellen, met name de behoeftigheid (Antwerpen 19 mei 1999, *AJT*



1999-2000, 476; Rb. Brussel 28 november 2000, *RTDF* 2001, 742; Vred. Sint-Jans-Molenbeek 10 mei 1994, *AJT* 1994-95, 63).

De beoordeling van deze behoefte is een feitenkwesie die aan het soeverein oordeel van de feitenrechter overgelaten wordt. Dit betekent dat niet enkel zal rekening gehouden worden met de inkomsten uit arbeid en kapitaal die de schuldeiser geniet, maar ook met andere voordelen, zoals sociale, bijkomende als vervangende inkomens en deze *in natura*.

Daarnaast worden eveneens de potentiële mogelijkheden van de onderhoudsschuldeiser om inkomsten te verwerven, weerhouden, overeenkomstig zijn bekwaamheden en opleiding (N. DANDOY, “L’incidence du comportement du créancier d’aliments”, *RTDF* 1996, 7).

Verder moet rekening gehouden worden met de inkomsten die hij verwerft uit genoten schenkingen en erfenissen (J. ROODHOOF, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 9).

**1033** De vraag rijst of rekening gehouden kan worden met het leefloon (voorheen het “bestaansminimum”) dat de onderhoudsschuldenaar zou ontvangen.

Volgens J. ROODHOOF dient een onderscheid gemaakt te worden naargelang de graad van afstamming in rechte lijn. Zodoende moet in de relatie ouder-kind, in het kader van de onderhoudsverplichting op grond van de artikelen 205 e.v. BW, worden rekening gehouden met het feit dat het OCMW de mogelijkheid heeft om de schuldeiser te wijzen op deze wettelijke onderhoudsplichten. Dit betekent dat het leefloon buiten beschouwing gelaten kan worden (J. ROODHOOF, “Art. 208 BW”, 7).

In de overige gevallen zou er wel moeten rekening gehouden worden met deze uitkering, gezien het OCMW over een verhaalsrecht beschikt, en bij gebreke waaraan het risico zou bestaan op een dubbele aanrekening, in geval van verhaal uitgaande van het OCMW tegen de onderhoudsplichtige (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 21).

**1034** De staat van behoefte heeft een persoonlijk karakter en wordt ingevuld aan de hand van de normale levensvoorwaarden die de onderhoudsgerechtigde geniet, in functie van zijn opvoeding en sociale status.

Dit betekent dat behoefte niet gelijkstaat met de staat van armoede en misère (Rb. Brussel 12 oktober 1999, *JT* 1999, 812). De behoefte wordt omschreven als een relatieve noodtoestand, inachtgenomen de aanwezige feitelijke elementen, zoals leeftijd, gezondheid, de gezinsituatie, de intellectuele

mogelijkheden als in zekere mate ook de sociale status (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 88).

Het niet verder meer over de nodige middelen beschikken om de verworven sociale status te handhaven, maakt echter geen grondslag tot een onderhoudsvordering uit (P. HOFSTRÖSSLER, “Als een ouder onderhoudsgeld moet vragen aan een kind” (noot onder Vred. Sint-Jans-Molenbeek 10 mei 1994), *AJT* 1994-95, 65). Evenmin kan rekening worden gehouden met een bestaande schuldenlast, die de onderhoudsgerechtigde zal beogen weg te werken door beroep te doen op zijn wettelijke onderhoudsplichtigen (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 17, nr. 21).

De aard van behoefte heeft een algemeen karakter en beperkt zich niet tot bijvoorbeeld het voorzien in de mogelijkheid om voedingsmiddelen te kunnen aanschaffen, maar tot alles wat nodig is om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien, met inbegrip van medische en paramedische zorgen (Rb. Brussel 23 april 1999, *RTDF* 2000, 70). Bijgevolg dient rekening gehouden te worden met alle reële gezinslasten van de onderhoudsschuldeiser (J. ROODHOOFT, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 13).

Het criterium is echter niet het behoud van een gelijkwaardige levensstandaard als voorheen, zoals dit bijvoorbeeld wel van toepassing is op de alimentatieverplichting tussen echtgenoten. Mits bij het bepalen van de referentiestandaard daarmee wordt rekening gehouden kan ook hier de zogenaamde “driefasenredenering” worden toegepast (Vred. Westerlo 30 december 1997, *RW* 1998-99, 753 en *AJT* 1998-99, 682).

Bij de bepaling van de financiële draagkracht van de onderhoudsschuldeiser (één van de drie fasen) moet er ook rekening worden gehouden met de “goedschikse vrijwillige hulp” van 10.000 BEF per maand die wordt verstrekt door een familielid, *in casu* de zoon (Vred. Westerlo 30 december 1997, *RW* 1998-99, 753 en *AJT* 1998-99, 682).

Zie voor een nadere bespreking van de driefasenredenering *boven* nrs. 557 e.v. en 767 e.v.

## 2. Aanpassing

**1035** Artikel 209 BW biedt de mogelijkheid om naar aanleiding van een stijgende behoefte in hoofde van de onderhoudsgerechtigde dan wel bij een verhoging van de inkomsten van de onderhoudsplichtige in een verhoging van de onderhoudsuitkering te voorzien.

Dit betekent dat de mogelijkheid tot aanpassing van de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting ruimer en soepeler kan worden toegepast dan bij de onderhoudsverplichting na echtscheiding, conform artikel 301, § 3 (oud) BW. Een wijziging van de levensstandaard, meer bepaald een verhoging van het inkomen van de schuldige ex-echtgenoot, zal geen aanleiding geven tot verhoging van de onderhoudsuitkering na echtscheiding (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 270-271). Het nieuwe artikel 301, § 7 BW is op dat vlak soepeler (wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007). Zie hierover *boven* nrs. 953-956.

Het recht op levensonderhoud, op basis van artikel 205 BW kan dus nooit als definitief beschouwd worden. M.b.t. de staat van behoeftigheid, zijnde de oorzaak tot het recht op levensonderhoud, kan ook niet vereist worden dat deze een voortdurend karakter heeft. Vandaar ook dat een wijziging of opheffing van de onderhoudssteun terugwerkt tot op het ogenblik dat de omstandigheid die er de aanleiding van is, zich voordoet (Rb. Brussel 12 oktober 1999, *JT* 1999, 812).

**1036** Opdat een wijziging in de onderhoudsuitkering zou kunnen doorgevoerd worden is wel vereist dat de feitenrechter een verandering vaststelt in hoofde van de toestand van de onderhoudsgerechtigde dan wel de onderhoudsplichtige (Cass. 12 april 2002, *RTDF* 2003, 89).

Bovendien moet het een belangrijke en substantiële wijziging zijn, hetzij in de staat van behoeftigheid van de onderhoudsgerechtigde, hetzij in de financiële draagkracht van de onderhoudsplichtige, dit in vergelijking met de toestand ten tijde van de toekenning van de onderhoudsuitkering (Vred. Veurne 10 mei 2001, *TWVR* 2001, 98; A.-C. VAN GYSEL, “Examen de Jurisprudence (1991-2002). Les Personnes”, *RCJB* 2003, 384).

Zolang geen uitspraak is gedaan over de vermindering of afschaffing van de onderhoudsuitkering, dient de oorspronkelijke veroordeling te worden nageleefd (Cass. 5 september 1979, *RW* 1979-80, 1863, noot L. DUPONT). Dit heeft voor gevolg dat, wanneer met terugwerkende kracht een vermindering of afschaffing uitgesproken wordt, de terugbetaling gevorderd kan worden op grond van de onverschuldigde betaling (Gent 2 september 1996, *TGR* 1999, 51).

### 3. Bewijs

**1037** Het behoort aan de schuldeiser om het bewijs van zijn toestand van behoeftigheid aan te tonen, hetgeen door alle middelen van recht geleverd kan worden (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 21).

Van hem wordt eveneens verwacht dat hij alle informatie verschaft over de eigen middelen, waarover hij kan beschikken, terwijl het aan de onderhoudsplichtige vrij staat de juistheid of volledigheid hiervan te betwisten en aan te tonen dat de voorstelling die de onderhoudsschuldeiser geeft, niet met de realiteit overeenstemt.

Ingeval door de behoeftige ouder wordt voorzien in het nodige onderhoud door een inwonend meerderjarig kind, kan door deze ouder geen vordering worden ingesteld ten overstaan van de overige, elders wonende kinderen, potentiële onderhoudsplichtigen (Vred. Brugge 4 maart 1983, *RW* 1983-84, 2706, noot J. PAUWELS). Deze ouder kan immers niet aantonen, in het kader van een rechtsgeding ten overstaan van zijn overige kinderen, dat hij in een staat van behoeftigheid verkeert. Kortom, deze onderhoudsgerechtigde faalt in zijn bewijslast. Eventueel zou het inwonend kind verhaal kunnen instellen tegen de andere kinderen.

De onderhoudsschuldeiser zal eveneens het bewijs moeten leveren dat hij al zijn mogelijkheden aangesproken heeft, wat duidt op het benutten van zijn kwalificaties en talenten om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien en voornamelijk arbeid tegen vergoeding te presteren.

**1038** De beoordeling van dit potentieel zal afhankelijk zijn van gegevens zoals opleiding, leeftijd, de arbeidsmarkt, de gezinsituatie enz.

Indien de onderhoudsgerechtigde kan genieten van een vervangend inkomen, gelet op zijn sociale situatie, zal hij verplicht zijn de desbetreffende subjectieve rechten te laten gelden (J. ROODHOOF, "Art. 208 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 11).

**1039** Daarnaast zal de onderhoudsschuldeiser eveneens dienen aan te tonen dat de onderhoudsplichtige, in het bijzonder de verwant die hij in rechte aanspreekt, effectief onderhoudsplichtig is.

Met andere woorden, het bewijs moet geleverd worden dat deze laatste vermogend is. Hierbij volstaat dat wordt aangetoond dat de waarschijnlijkheid van het bestaan van voldoende middelen aanwezig is (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 27, nr. 29bis).

Dit neemt niet weg dat de schuldenaar loyaal aan de bewijsvoering dient mede te werken en de feitenrechter een duidelijk beeld dient te verschaffen van zijn vermogenstoestand (P. HOFSTRÖSSLER, "Als een ouder onderhoudsgeld moet vragen aan een kind" (noot onder Vred. Sint-Jans-Molenbeek 10 mei 1994), *AJT* 1994-95, 65).

Aldus blijkt dat de onderhoudsvordering, conform artikel 205 BW een strikt persoonlijk karakter heeft en de toekenning van de onderhoudsuitkering, overeenkomstig artikel 208 BW toegestaan wordt in verhouding tot enerzijds de behoeftigheid van de onderhoudsgerechtigde en anderzijds het vermogen

van de onderhoudsplichtige (Cass. 16 maart 1995, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF). De tweede voormelde voorwaarde bestaat uit het gegeven dat de bloedverwant in de mogelijkheid moet verkeren om levensonderhoud te verschaffen.

#### 4. Vermogenstoestand

**1040** Volgens het cassatiearrest van 16 maart 1995, voorziet artikel 208 BW in de non-solidariteit onder de onderhoudsplichtigen. Ieder van de onderhoudsplichtigen is slechts gehouden om een geldelijke bijdrage te leveren proportioneel volgens vermogen en aandeel, zodat onder de onderhoudsplichtigen sprake is van een “relatieve solidariteit”. Bijgevolg hoeft de onderhoudsgerechtigde ook niet alle wettelijke onderhoudsplichtigen bij zijn rechtsvordering te betrekken, maar hij kan vanwege de individuele onderhoudsplichtige niet meer bekomen dan zijn aandeel in de uitkering, waarop hij principieel recht heeft (Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF, *JT* 1995, 517, *Div.Act.* 1996, 28, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL, *T.Not.* 1996, 277, *R.Cass.* 1995, 305, noot J. GERLO en *RTDF* 1997, 415; A.-C. VAN GYSEL, “Examen de Jurisprudence (1991-2002). Les Personnes”, *RCJB* 2003, 389-390).

Terecht kan gesteld worden dat *mutatis mutandis* wat geldt voor de notie “behoefte” in hoofde van de onderhoudsgerechtigde, eveneens bestaat voor de onderhoudsplichtige en meer bepaald betreffende zijn v e r m o g e n om te voorzien in de alimentatie.

**1041** In een wettelijke begrenzing van de omvang der onderhoudsplicht is niet voorzien.

Bijgevolg wordt rekening gehouden met de inkomsten die hij kan genereren uit zowel zijn arbeid als zijn kapitaalvermogen (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 89).

Dit betekent dat de financiële situatie van de onderhoudsplichtige onderzocht moet worden, maar ook dat vanwege deze laatste een spontane, loyale medewerking mag worden verwacht m.b.t. zijn vermogenstoestand (Vred. Westerlo 30 december 1997, *RW* 1998-99, 753 en *AJT* 1998-99, 682).

Er zal aldus worden rekening gehouden met de gehele, persoonlijke financiële draagkracht van de onderhoudsplichtige (J. ROODHOOF, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 18, losbl.).

**1042** Door de meerderheid in de rechtsleer wordt, naast de aanwezige, bestaande inkomsten, ook rekening gehouden met eventuele, potentiële mogelijkheden, waarbij geargumenteed wordt dat het feit dat de onderhoudsplichtige geen gebruikmaakt van zijn mogelijkheden, louter om te ontsnappen aan

zijn onderhoudsplicht, moet gesanctioneerd worden (J. ROODHOFT, “Art. 208 BW”, 19; *RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 81, nr. 65).

De virtuele inkomsten dienen zodoende weerhouden te worden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 26).

**1043** Een andere strekking meent dat uitsluitend rekening kan gehouden worden met de *a c t u e l e* inkomsten die de onderhoudsplichtige geniet, zoals ook geen rekening wordt gehouden met een zekere staat van goedgeheid (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 774).

Dit zou betekenen dat vanwege de onderhoudsplichtige geen bijzondere of bijkomende inspanningen verlangd worden om aan de behoeften van de onderhoudsschuldeiser te voldoen.

Een beeld van de vermogenssituatie van de onderhoudsplichtige dient gemaakt te worden, waardoor hij slechts onderhoudsplichtig is ten belope van het batig resultaat. Wanneer aldus aan de actiefzijde rekening gehouden wordt met de inkomsten uit arbeid zowel als uit kapitaal, zullen aan de passiefzijde schulden en de bestaande gezinslasten van de onderhoudsplichtige weerhouden worden. Dit heeft voor gevolg dat slechts rekening zou kunnen gehouden worden met “het saldo”, t.t.z. de spaarmogelijkheid op grond van de bijzondere vermogenstoestand (L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 20).

Indien enkel alle bestaande gezinslasten weerhouden worden, zoals onder meer onderhoudsplichten voortspruitend uit een ontbonden huwelijk evenals deze ontstaan uit een daaropvolgend huwelijk, moeten ook de voordelen die de nieuwe gezinstoestand (huwelijk of tweerelatie) meebrengt, aangerekend worden (Cass. 21 april 1983, *JT* 1983, 663, noot T. AFSCHRIFT; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 26).

**1044** De schulden en lasten die de onderhoudsplichtige aanreket, kunnen enkel maar aanvaard worden in het kader van de begroting der alimentatie, voor zover ze enerzijds niet kunstmatig gecreëerd zijn om aan de onderhoudsplicht te ontsnappen en anderzijds strekken tot het bekostigen van zijn onderhoud (J. ROODHOFT, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 20).

Het principe dat de onderhoudsplichtige vrij zijn inkomen beheert en aanwendt geldt ook in het kader van de onderhoudsverplichting tussen bloedverwanten (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 774).

### 5. *Huwelijksvermogen*

**1045** De beoordeling van de mogelijkheden van de onderhoudsplichtige wordt complexer, indien deze gehuwd is volgens een gemeenschapsstelsel. De vraag rijst immers op welke vermogens de onderhoudsuitkering kan worden verhaald? Zie hierover uitgebreid, *boven* nrs. 1002-1004.

Artikel 1408 BW bepaalt dat onderhoudsschulden ten opzichte van bloedverwanten in de nederdalende lijn van een der echtgenoten gemeenschappelijk zijn, zodat deze schulden verhaald kunnen worden op zowel het eigen vermogen van ieder der echtgenoten als op het gemeenschappelijk vermogen (art. 1414 BW).

Deze gemeenschappelijke schuld is niet enkel beperkt tot de gemeenschappelijke kinderen van het echtpaar, doch heeft eveneens betrekking op de kinderen, waarvan de afstamming slechts ten overstaan van een der echtgenoten vaststaat.

Hieruit blijkt het belangrijk onderscheid dat op het vlak van de alimentatieverplichting moet gemaakt worden tussen enerzijds de gehuwde onderhoudsplichtige en de ongehuwde, feitelijk samenwonende onderhoudsplichtige.

Indien de ouder niet gehuwd is met de onderhoudsplichtige en dus het secundair huwelijksstelsel niet van toepassing is, zal enkel maar rekening gehouden kunnen worden met de voordelen die de onderhoudsplichtige feitelijke samenwoner haalt uit de (nieuwe) gezinsituatie, zonder dat de inkomsten van de andere samenwoner bij deze van de onderhoudsplichtige gevoegd kunnen worden. In geval van feitelijke samenwoning kan met andere woorden geen rekening gehouden worden met de “kinderlast” die door het feitelijk gezin opgevangen moet worden (J. ROODHOFT, “Art. 208 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 18, nr. 38).

**1046** Daartegenover staat dat omtrent de onderhoudsverplichting ten overstaan van ascendenten, het secundair huwelijksvermogensstelsel het stilzwijgen bewaart.

M.b.t. alimentatieschulden ten overstaan van de ouders van ieder der echtgenoten (gehuwd volgens een gemeenschapsstelsel) kan geen betwisting bestaan dat deze op de drie vermogens verhaalbaar zijn. Ieder van de echtgenoten is, krachtens de artikelen 205 en 206 BW tot een onderhoudsverplichting ge-

houden en hun gehele patrimonium komt in aanmerking ter beoordeling van het vermogen om bij te dragen, met inbegrip van het gemeenschappelijk patrimonium.

Gaat het om een schoonouder die hertrouwt, dan blijft de onderhoudsschuld een gemeenschappelijke schuld, doch kan ze niet meer verhaald worden op het eigen vermogen van de echtgenoot (schoonzoon of -dochter). Overeenkomstig artikel 206, 1° BW houdt de wettelijke onderhoudsplicht in hoofde van schoonkinderen ten overstaan van hun schoonouders immers op te bestaan van zodra de schoonouder een tweede huwelijk is aangegaan. De onderhoudsverplichting blijft wel bestaan tussen de ouder en (zijn) gehuwd kind, bij wie de alimentatie verhaalbaar blijft, ook op het gemeenschappelijk vermogen (Cass. 10 september 1987, *TBBR* 1989, 129, noot J. GERLO en *RCJB* 1990, 251, noot S.J. NUDELHOLE; R. BARBAIX, "Het huwelijksvermogensrechtelijke statuut van onderhoudsschulden. Een pleidooi voor consistentie!" in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213-230).

**1047** In hoofde van de gehuwde onderhoudsplichtige wordt, met betrekking tot de beoordeling van zijn "vermogen" (in de betekenis van draagkracht) tot het verstrekken van levensonderhoud, rekening gehouden met de gezinsinkomsten, evenals met de gezinslasten (Cass. 21 april 1983, *JT* 1983, 663, noot T. AFSCHRIFT).

De mate waarin deze gezinsinkomsten en -lasten in aanmerking komen, is echter wel afhankelijk van het huwelijksvermogensstelsel, waarin de onderhoudsplichtige echtgenoot gehuwd is.

Wat de echtgenoot betreft die niet over een eigen inkomen uit arbeid of kapitaal beschikt, zal rekening gehouden worden met de beroepsinkomsten van de andere echtgenoot, wanneer ze gehuwd zijn volgens een gemeenschapsstelsel. Daartegenover zal het "vermogen" van de eerstgenoemde echtgenoot minder groot zijn, indien hij of zij gehuwd is volgens een stelsel van scheiding van goederen (J. GERLO, "Alimentatie en huwelijksvermogensrecht" (noot onder Cass. 10 september 1987), *TBBR* 1989, 134).

**1048** Een wettelijke onderhoudsverplichting bestaat niet tussen bloed- of aanverwanten in de zijlijn. Dergelijke verplichting tussen broers-zusters en eventueel schoonbroers-schoonzusters beperkt zich tot een persoonlijke, individuele morele plicht, die als een natuurlijke verbintenis kan weerhouden worden (J. SOSSON, "La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels" in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 237).

Het aangaan van een dergelijke verbintenis, die zich ingevolge de uitvoering ervan omzet in een burgerrechtelijke verbintenis, heeft ten overstaan van de begunstigde een *intuitu personae* karakter. Zulks betekent dat bij het overlij-



den van de onderhoudsplichtige, bijvoorbeeld de schoonbroer, deze verplichting uitdooft. Een verder verhaal ten overstaan van de overlevende echtgenoot van deze laatste is dan ook uitgesloten.

Indien dit echtpaar gehuwd was volgens een gemeenschapsstelsel, valt deze persoonlijke, individuele onderhoudsplicht tijdens het huwelijk niet ten laste van het gemeenschappelijk vermogen, doch kan ze uitsluitend verhaald worden op het eigen vermogen en de inkomsten van de onderhoudsplichtige (art. 1409 BW). Het betreft immers een eigen schuld in hoofde van de onderhoudsplichtige, bij toepassing van artikel 1407 BW (Arbrb. Oudenaarde 2 september 2002, *RW* 2003-04, 594).

### 6. *Methodiek bij de begroting*

**1049** Op het vlak van de methodiek bij de begroting van de alimentatie in het kader van de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichtingen, kan men de "driefasenredenering" toepassen, zoals deze gangbaar is bij de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten (art. 301 (oud) BW).

In de eerste fase, waarbij de referentiestandaard wordt bepaald, dient de vraag gesteld te worden of de onderhoudsgerechtigde al dan niet zelf in zijn levensonderhoud, zijn bestaan kan voorzien. De vraag dient met andere woorden beantwoord te worden, welk bedrag de onderhoudsgerechtigde nodig heeft om aan het voormelde criterium te kunnen voldoen. Dit criterium is echter niet het behoud van een gelijkwaardige levensstandaard als voorheen, zoals dit bijvoorbeeld wel van toepassing is op de alimentatieverplichting tussen echtgenoten, maar wel of er voldaan wordt aan de behoefte-toestand. De levensstandaard kan daarvan op zijn beurt wel een (belangrijk) aspect zijn (Vred. Westerlo 30 december 1997, *RW* 1998-99, 753 en *AJT* 1998-99, 682).

In de tweede fase zal onderzocht worden of de onderhoudsgerechtigde al dan niet behoeftig is, hetgeen betekent of hij met eigen middelen zelf niet de referentiestandaard kan bereiken. Is de eigen financiële toestand onvoldoende, dan zal principieel de onderhoudsuitkering bestaan uit het verschil tussen het beschikbaar bedrag en het bedrag dat als referentiestandaard weeshouden werd.

In de derde fase zal nagegaan worden of de onderhoudsplichtige wel voldoende vermogend is opdat hij voormeld verschil ten titel van onderhoudsuitkering kan ter beschikking stellen. Is dit niet zo, dan zal de onderhoudsgerechtigde slechts een beperkt bedrag aan alimentatie bekomen of mogelijk helemaal niets (J. ROODHOOFT, "art. 208 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 2-3).

Zie voor een nadere bespreking van de driefasenredenering *boven* nrs. 557 e.v. en 767 e.v.

## § 2. Modaliteiten

### A. DE UITVOERING *IN NATURA* (ART. 210 EN 211 BW)

**1050** Niets belet dat de bij de onderhoudsverplichting betrokken partijen conventioneel de wijze van nakoming van de onderhoudsverplichting bepalen. Bij gebreke aan akkoord en/of vrijwillige uitvoering, zal er een gerechtelijke tussenkomst zijn, die in regel de betaling van een bepaald bedrag op regelmatige tijdstippen, gewoonlijk maandelijks, zal opleggen.

De wetgever heeft uitdrukkelijk bepaald wanneer van deze geldelijke nakoming van de onderhoudsplicht afgeweken kan worden. Indien de onderhoudsplichtige a a n t o o n t dat hij niet bij machte is om de onderhoudsuitkering te betalen, kan de bodemrechter in overeenstemming met artikel 210 BW bevelen dat hij de onderhoudsgerechtigde in huis neemt en hem daar onderhoud verschafft. De feitenrechter zal hierbij rekening houden met de bijzondere omstandigheden, onder meer met de verstandhouding die bestaat tussen onderhoudsgerechtigde en -plichtige. De wettelijke vereisten tonen op zich al genoeg aan dat slechts zelden van deze afwijking gebruik wordt gemaakt (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 98; *RPDB*, Compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 85, nr. 90).

Artikel 210 BW luidt als volgt: “Wanneer de persoon die het levensonderhoud moet verstrekken, bewijst dat hij de uitkering tot onderhoud niet kan betalen, kan de rechtbank, met inachtneming van de omstandigheden der zaak, bevelen dat hij degene aan wie hij levensonderhoud verschuldigd is, bij zich zal in huis nemen en hem aldaar kost en onderhoud zal verschaffen”.

Vergelijk met artikel 211 BW: “De rechtbank beslist eveneens of de vader of de moeder die aanbiedt het kind waaraan levensonderhoud verschuldigd is, bij zich in huis te nemen en het aldaar kost en onderhoud te verschaffen, alsdan zal vrijgesteld zijn van de verplichting om de uitkering tot onderhoud te betalen”.

Beide artikelen bleven ongewijzigd sinds 1804 (*Code civil des Français*):

“Art. 210. Is het zaek dat den persoon die alimentatie moet geven, doet zien dat hy het alimentair pensioen dier niet kan betaelen, zoo zal de regtbanke, met kennisse van zaekke, mogen ordonneren dat hy 't zynen huuze in den kost zal nemen en onderhouden den persoon aen wie hy alimentatie zal moeten geven”.

“Art. 211. De regtbanke zal insgelyks uytsprecken of dat den vader ofwel de moeder die zal présenteren van ten hunnen huuze in den kost te zullen nemen en onderhouden het kind aen wie er alimentatie zal moeten gegeven worden, in dit geval moet ontlast worden van het alimentair pensioen te betaelen”.

(versie volgens de *Bulletin flamand* 1804). Let op het feit dat er al een gelijkheid is tussen de vader en de moeder en dat de tekst het duidelijk heeft over het begrip “présenteren”.

Volgens artikel 210 BW moet de onderhoudsschuldenaar bewijzen dat hijzelf in moeilijkheden zou komen indien hij tot betaling van een onderhoudsgeld zou verplicht worden. Ouders moeten dat bewijs niet leveren (art. 211 BW). Hun aanbod komt steeds als aanvaardbaar voor.

**1051** Vader of moeder kunnen dus het hulpbehoevend kind aanbieden om kost en onderhoud te verstrekken door de opname in hun woning.

Zoals hierboven al gesteld, is het eerder uitzonderlijk dat zulk aanbod geformuleerd wordt, doch het behoort tot de bevoegdheid van de bodemrechter om over de redelijkheid ervan te oordelen (Vred. Sint-Gillis 9 juni 1994, *T.Vred.* 1997, 311; J.-P. MASSON en N. MASSAGER, *Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998, Les Dossiers du JT n° 25*, Brussel, Larcier, 2000, 71). Hieruit volgt logischerwijze dat het inwonend kind geen verdere vordering tot levensonderhoud ten overstaan van die ouder kan stellen (Vred. Berchem 27 maart 1984, *RTDF* 1986, 265).

Zekere rechtspraak meent dat het verstrekken van alimentatie, conform artikel 205 BW in ruime zin dient geïnterpreteerd te worden, waarin ook begrepen wordt het aanbieden van gratis woonst, hetgeen een vervanging van huurgeden inhoudt (Vred. Vielsalm-La Roche en Ardenne-Houffalize 29 juli 2002, *JLMB* 2003, 1641). Dit sluit aan bij het beginsel dat de onderhoudsverplichting geen geldschuld uitmaakt doch wel een verplichting *de facere* is (Vred. Luik 17 juni 1997, *TBBR* 1999, 584; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 771-772).

De omstandigheden van de zaak zullen doorslaggevend zijn om al dan niet te beslissen of het onderhoudsgerechtigd zelfstandig kind dient in te gaan op het aanbod van de onderhoudsplichtige ouders om terug bij hen zijn intrek te nemen (Rb. Leuven 8 januari 1988, *Pas.* 1988, III, 49).

Wanneer de ouders alle kosten betaalden betreffende het onderhoud en de passende opleiding van het kind en er zodoende geen bewijs voorligt dat zij tekortgeschoten zijn in hun onderhoudsplicht, terwijl evenmin blijkt dat de samenwoning tussen de ouders en het kind onmogelijk is, dient het aanbod van de ouders weerhouden te worden (Rb. Gent 3 mei 2002, *NJW* 2002, 539, noot R. DE CORTE).

Alleszins wordt rekening gehouden met de actuele maatschappelijke opvattingen over opvoeding en verhouding tussen jonge volwassenen en hun ouders. Indien moet vastgesteld worden dat er geen bereidheid bestaat van de descendent om verder in te wonen bij een ouder, zoals bij een verstoorde ouder-kindrelatie, waarbij steeds mag aangenomen worden dat een zekere vorm van gezag zal uitgaan van de ouder, zal het aanbod worden afgewezen (Rb. Luik 7 december 1998, *TBBR* 1999, 586; Rb. Gent 8 mei 2003, *NJW* 2003, 1409; Vred. Luik 17 juni 1997, *TBBR* 1999, 584).

De ouder kan zich niet beroepen op een tekort aan eerbied in hoofde van het kind, waartoe dit gehouden is conform artikel 371 BW, zeker niet wanneer blijkt dat het generatieconflict terug te brengen is tot een normaal proces van volwassen worden.

Wanneer aldus een meerderjarige dochter wil gaan samenwonen met haar vriend, dient zulk verlangen, evenals haar wil om het conflict en de spanningen met haar ouders te ontvluchten, als volkomen achtenswaardig en opbouwend beschouwd te worden, zodat het aanbod van de ouders, conform artikel 211 BW niet weerhouden kan worden (Vred. Brussel 2 mei 1996, *J.dr.jeun.* 1996, 430, noot).

De bodemrechter heeft dus een ruime appreciatiebevoegdheid om al dan niet in te gaan op het aanbod van de onderhoudsplichtige ouder. Indien blijkt dat het verstrekken van kost en onderhoud aanleiding zal geven tot conflicten en spanningen tussen ouder en kind, kan het aanbod, conform artikel 211 BW niet weerhouden en toegepast worden, vermits de familiale rust en verstandhouding primeert.

**1052** Soms is de kosteloze terbeschikkingstelling van de woning de enige mogelijke en (zekere) wijze van betaling van de alimentatieschuld wanneer de solvabiliteit van de debiteur twijfelachtig is (KG Luik 21 maart 2006, *Div.Act.* 2007, 190 en *RTDF* 2008, 470).

#### B. HET VERHAALSRECHT VAN DE ONDERHOUDSPLICHTIGE

**1053** Wanneer verscheidene onderhoudsplichtigen, die zich bevinden in dezelfde graad van verwantschap ten overstaan van de onderhoudsgerechtigde, door deze laatste principieel kunnen aangesproken worden, rijst de vraag of naderhand een onder hen, de anderen kan aanspreken om hun aandeel in de geleverde steun te vergoeden, zulks ten beloop van hetgeen zijn aandeel heeft overtroffen.

Deze problematiek zal meestal aan de orde zijn in de relatie van behoeftige ouder ten overstaan van zijn verschillende (vermogende) kinderen.

**1054** Er dient hierbij uitgegaan te worden van een aantal fundamentele beginselen, waarop de onderhoudsverplichting, conform artikel 205 BW gesteund is. Deze vordering tot levensonderhoud is *w e d e r k e r i g* en heeft een *p e r s o o n l i j k* karakter, zodat ze enkel kan worden ingesteld door de onderhoudsgerechtigde. Verder kan de onderhoudsplichtige uitsluitend aangesproken worden om naar zijn vermogen bij te dragen in de behoeften van de onderhoudsgerechtigde, zodat van *h o o f d e l i j k h e i d* of *g e h o u d e n h e i d i n s o l i d u m* met andere onderhoudsplichtigen in dezelfde graad geen sprake kan zijn. Aansluitend hierbij moet weerhouden worden dat de onderhoudsverplichting niet het karakter van een *o n d e e l b a r e v e r b i n t e n i s* heeft (Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOFT, *JT* 1995, 517, *Div.Act.* 1996, 28, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL, *T.Not.* 1996, 277, *R. Cass.* 1995, 305, noot J. GERLO en *RTDF* 1997, 415; A.-C. VAN GYSEL, "Examen de Jurisprudence (1991-2002). Les Personnes", *RCJB* 2003, 389-390).

Bovendien zal de *o o r z a a k* en de *a a r d* van welbepaalde, door de onderhoudsplichtige gedane betalingen dienen nagegaan te worden.

Zo kan een betaling niet worden weerhouden als zijnde de uitvoering van de wettelijke onderhoudsverplichting, conform artikel 205 BW, wanneer blijkt dat de onderhoudsplichtige niets anders deed dan het nakomen van zijn verbintenissen, aangegaan in het kader van een aanvaarde schenking met last. De onderhoudsplichtige voerde slechts de verbintenissen uit, waartoe hij zich in het kader van een obligatoire rechtsverhouding met de onderhoudsgerechtigde had verbonden. Deze verbintenissen zijn echter vreemd en losstaand van zijn wettelijke onderhoudsverplichting. De onderhoudsplichtige betaalde met andere woorden slechts een rente aan de onderhoudsgerechtigde als tegenprestatie voor en in functie van de opbrengsten van het geschonken patrimonium (Cass. 12 oktober 2001, *RTDF* 2003, 853).

Het feit dat een van de kinderen een overeenkomst sluit met zijn moeder, waarin de last opgenomen is haar levenslang te onderhouden en te laten inwonen, ontslaat de overige kinderen van hun onderhoudsverplichting (Arbrb. Tongeren 27 februari 1997, *JJT* 1997, 331, noot).

Het lijkt dan ook al te eenvoudig te stellen, dat, wanneer een onderhoudsplichtige, die samen met anderen in dezelfde rang gehouden is tot het verstrekken van levensonderhoud, en die alleen heeft bijgedragen en volledig de onderhoudsschuld nakwam, het gedeelte dat zijn aandeel overstijgt naderhand vanwege de overige onderhoudsplichtigen altijd kan terugvorderen.

**1055** Deze stelling, met name het subjectief recht in hoofde van een van de onderhoudsplichtigen, om hetgeen zijn aandeel in de globale onderhoudsschuld overtreft, te kunnen verhalen op de overige onderhoudsplichtigen van dezelfde rangorde, wordt door een zekere rechtsleer bijgetreden. Deze beroept zich hierbij op het persoonlijk karakter van de onderhoudsverplichting. Er wordt met andere woorden benadrukt dat er niet een onderhoudsschuld is voor verscheidene onderhoudsplichtigen, maar dat er evenveel onderhoudsvorderingen zijn als er onderhoudsschuldenaars zijn. Wanneer aldus door de onderhoudsgerechtigde slechts één onderhoudsplichtige in rechte werd aangesproken zou deze een verhaalsrecht hebben op de overige onderhoudsplichtigen (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 96; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHIEDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak – Personen- en Familierecht (1995-2000)”, *TPR* 2001, 2017, nr. 565; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 781, nr. 2245). De vordering die door de onderhoudsplichtige dan naderhand ingesteld kan worden, zal meestal worden gebaseerd op de theorie van de verrijking zonder oorzaak (Brussel 28 januari 2000, *AJT* 2000-01, 549).

**1056** In principe is er geen wettelijk verhaalsrecht ingebouwd tussen onderhoudsplichtigen van dezelfde rangorde, waardoor de ene onderhoudsplichtige ten overstaan van de andere onderhoudsplichtige, de mogelijkheid geboden wordt, het deel van de betaalde bijdrage dat zijn wettelijke onderhoudsverplichting overschrijdt, in rechte terug te vorderen (Antwerpen 19 mei 1999, *AJT* 1999-2000, 476).

De steun die door de onderhoudsplichtige supplementair, bovenop zijn wettelijke onderhoudsverplichting, verleend werd, is niets meer dan de naleving van zijn natuurlijke verbintenis, of een vorm van een zuivere vrijgevigheid, gesteund op de familiale solidariteit.

Bijgevolg geeft de steunverlenende onderhoudsplichtige zelf de oorzaak aan om de onderhoudsgerechtigde te ondersteunen, zodat hij naderhand ten overstaan van de overige onderhoudsplichtigen geen verhaalsrecht kan uitoefenen op grond van de verrijking zonder oorzaak.

In het verleden werd dan ook vruchteloos gepoogd een beroep te doen op de zijdelingse vordering, de zaakwaarneming, het stilzwijgend mandaat of de wettelijke indeplaatsstelling (L. SWENNEN, "De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen" in JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN (ed.) *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 24-25). Volgens L. SWENNEN die daarvoor verwijst naar Franse rechtsleer, bijgetreden door het Franse Hof van Cassatie, is de correcte zienswijze deze waarbij het verhaalsrecht gesteund wordt op het wettelijk en globaal karakter van de onderhoudsverplichting. Deze verplichting rust in wezen op alle onderhoudsplichtigen van gelijke rang. Zij behoudt dit karakter ondanks het feit dat zij door een vonnis of door de vrijwillige uitvoering van een van de onderhoudsplichtigen werd gepersonaliseerd. Dit standpunt dat dus tegenover datgene staat dat stelt dat er niet een onderhoudsschuld is voor verscheidene onderhoudsplichtigen, maar dat er evenveel onderhoudsvorderingen zijn als er onderhoudsschuldenaars zijn, leidt nochtans tot hetzelfde resultaat.

In de rechtsleer blijft echter het standpunt, dat een verhaalsrecht tegen de andere onderhoudsplichtigen uitsluit, omstreden, en wordt gesteld dat dit te absoluut is, alleszins wanneer een van de kinderen, uitsluitend voor het onderhoud voor de hulpbehoevende ouders heeft ingestaan.

Ook al is de onderhoudsvordering, op grond van artikel 205 BW strikt persoonlijk, de schuldenaar die bij uitsluiting van de andere onderhoudsplichtigen van dezelfde rang onderhoud verstrekt heeft, moet terugbetaling kunnen bekomen tot beloop van het bedrag dat zijn aandeel overtrof. Dit laatste geldt nog des te meer daar er geen gerechtelijke uitspraak over de onderhoudsuitkering is tussengekomen, waardoor er ook nooit rekening is gehouden met het aandeel van de overige kinderen. De onderhoudsplichtige die instond voor het volledig onderhoud zou dan in een dergelijke situatie, van de overige onderhoudsplichtigen (in gelijke rang) het gedeelte moeten kunnen invorderen, dat zijn persoonlijk aandeel heeft overtroffen.

Hierbij moet dus benadrukt worden dat een eis tot terugbetaling dan mogelijk zou zijn om reden dat er nooit een rechtsoverdracht tot onderhoudsuitkering werd ingesteld door de onderhoudsgerechtigde en er bijgevolg ook geen rekening werd gehouden met het aandeel van de andere onderhoudsplichtigen. Dergelijk verhaal kan gesteund worden op grond van artikel 205 BW, zodat meteen de verjaringstermijn van vijf jaar van toepassing is en vermeden wordt

dat enorme kapitalen zouden worden teruggevorderd (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak – Personen- en Familierecht (1995-2000)”, *TPR* 2001, 2018, nr. 566).

Daar staat dan weer tegenover dat wanneer de onderhoudsbehoefte (ouder) door een van de onderhoudsplichtigen, meestal één van de kinderen, gesteund en volledig onderhouden wordt, hij niet in de wettelijke voorwaarden verkeert om een onderhoudsvordering bij toepassing van artikel 205 BW in te stellen, vermits de vereiste van de behoefte niet meer aanwezig is (Cass. 7 februari 1963, *Pas.*1963, I, 647 en *RW* 1962-63, 1946; Vred. Brugge 4 maart 1983, *RW* 1983-84, 2706, noot J. PAUWELS).

Anders uitgedrukt, de onderhoudsgerechtigde zal falen in zijn bewijslast, om zijn behoefte in het kader van een onderhoudsvordering tegenover de andere onderhoudsplichtigen van dezelfde rangorde als de vrijgevege onderhoudsplichtige, aan te tonen. Dergelijke onderhoudsvordering zal onvermijdelijk afgewezen worden.

Zodoende kan de onderhoudsgerechtigde zelf niet het initiatief nemen om de zogenaamde “ongelijkheid” onder de onderhoudsplichtigen van dezelfde rangorde ongedaan te maken en ieder van hen te doen tussenkomen, overeenkomstig hun individuele onderhoudsplicht en in verhouding tot hun eigen draagkracht. Over dergelijke “correctiemogelijkheid” beschikt de onderhoudsschuldeiser niet.

In het boven aangehaalde vonnis van de vrederechter van Brugge wordt verder overwogen dat alleen de (inwonende) zoon die in het onderhoud van zijn moeder voorzag, verhaal zou kunnen uitoefenen tegen zijn broers en zusters.

Hij moet dit dan doen op het ogenblik zelf dat hij in dit onderhoud voorziet, want hij zal moeilijk kunnen voorhouden onwetend te zijn over de situatie waarin de onderhoudsgerechtigde zich bevindt. Het blijven nakomen van de hulpverlening zonder verhaal uit te oefenen is dan ook niets meer dan de nakoming van de natuurlijke verbintenis van hulpverlening.

De vraag die dan rijst, is of die onderhoudsplichtige, naderhand, d.i. gewoonlijk na het overlijden van de onderhoudsgerechtigde of na het ontstaan van een familiale conflictsituatie, van de overige onderhoudsplichtigen in dezelfde rang betaling kan vorderen, meer bepaald van een bedrag dat de samenstelling moet zijn van hun aandeel in het verschuldigd levensonderhoud over een (jaren)lange periode.

Deze onderhoudsplichtigen werden voordien nooit met hun onderhoudsverplichting geconfronteerd en zijn aldus nooit in de gelegenheid geweest zich te verantwoorden op het vlak van hun onderhoudsplicht als zodanig evenmin als over de omvang van hun aandeel in het noodzakelijke levensonderhoud.

Het feit dat hierop een vijfjarige verjaringstermijn van toepassing is, neemt niet weg dat zij (meestal) geconfronteerd zullen worden met een kapitaalvordering en dat de rechtszekerheid er niet mee gediend is dat (vermogene)

onderhoudsplichtigen, die door de onderhoudsgerechtigde niet aangesproken werden om aan hun onderhoudsplicht te voldoen, op een later tijdstip verontrust kunnen worden door een “verhaalsrecht” dat uitgeoefend wordt door een andere onderhoudsplichtige.

Dergelijke verhaalsvorderingen lopen het gevaar dat zij bij gebreke aan hoedanigheid als niet-ontvankelijk afgewezen kunnen worden (Vred. Kontich 5 februari 2002, AR 00A368, onuitg.).

Alleszins zal de onderhoudsplichtige die uitsluitend en geheel de behoefte van de onderhoudsgerechtigde invulde, er zich van bewust moeten zijn dat de steun die hij leverde, mogelijk niet op andere onderhoudsplichtigen zal kunnen verhaald worden.

### C. HET VERHAALSRECHT VAN HET OCMW

Voor een algemene bespreking van het verhaalsrecht van het OCMW wordt verwezen naar wat al werd uiteengezet *boven*, nrs. 124 e.v.

**1057** Niet zelden dient het OCMW tussen te komen, wanneer hulpbehoevende personen opgenomen worden in rust- en verzorgingsinstellingen of wanneer door minderjarigen, die over geen bestaansmiddelen beschikken, leefgeld wordt gevraagd.

De prestaties die het OCMW dan levert hebben het karakter van *bijstand*, met andere woorden residuaire prestaties die slechts geleverd dienen te worden indien de betrokkene geen beroep kan doen op andere inkomsten of sociale uitkeringen.

Deze prestaties kunnen enerzijds voorkomen onder de vorm van een leefloon, ingevoerd door de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie en anderzijds onder de vorm van maatschappelijke dienstverlening, bepaald door de OCMW-wet van 8 juli 1976 (organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 5 augustus 1976, *err. BS* 26 november 1976; wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 juli 2002; P. SENAEVE en D. SIMOENS, *OCMW-dienstverlening en bestaansminimum*, Brugge, die Keure, 1995, volledig herwerkte vastbladige uitgave, 412 p.; H. BUYSSENS, “Leefloon en OCMW-dienstverlening” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Titel VI, Antwerpen, Kluwer, losbl.).

Deze hulpbehoevenden zouden principieel een beroep kunnen doen op hun onderhoudsplichtige descendenten of ascendenten. De familiale solidariteit behoort immers te primeren op de maatschappelijke hulp. Nochtans kan volgens bepaalde rechtspraak de onderhoudsgerechtigde daartoe (door het OCMW) niet verplicht of gedwongen worden (zie *verder* nr. 1058).

Aldus werd geoordeeld dat het psychologisch en moreel onmogelijk is om de onderhoudsgerechtigde te verplichten een rechtsvordering in te stellen op grond van de artikelen 203 e.v. *BW* (Arbh. Brussel 12 april 1995, *J.dr.jeun.* 1995, 277; *anders* Arbh. Luik 2 augustus 2004, *RRD* 2005, 392).



**1058** Geen enkele bepaling van de OCMW-wet stelt het bekomen van individuele dienstverlening afhankelijk van een onderhoudsvordering, die de steunaanvrager zou moeten instellen tegen zijn onderhoudsplichtigen, zulks in tegenstelling tot het recht op leefloon, toegekend in uitvoering van de hierbovenvermelde wet betreffende het recht op maatschappelijke integratie van 26 mei 2002 (RvS 12 mei 1989, nr. 32.565, *APM* 1989, 76).

Nochtans blijkt in de praktijk dat veelal het OCMW de minderjarige dwingt of verplicht tot het instellen van een onderhoudsvordering op grond van de artikelen 205 e.v. BW. De prestaties die het OCMW wettelijk behoort te leveren, zullen dan uiteindelijk slechts door haar toegekend worden wanneer de onderhoudsgerechtigde, na het instellen van de onderhoudsvordering er afstand van gedaan heeft of deze vordering ongegrond wordt verklaard, soms op aandringen van de eiser zelf (Vred. Charleroi 25 mei 1998, *JLMB* 1999, 1449, noot; A.-C. VAN GYSEL, “Examen de Jurisprudence (1991-2002). Les Personnes”, *RCJB* 2003, 374-375).

**1059** Het verhaalsrecht waarover het OCMW beschikt, is zowel in het kader van de wet betreffende het recht op maatschappelijke integratie van 26 mei 2002 uitdrukkelijk geregeld (*BS* 31 juli 2002, verder genoemd als “Wet Maatschappelijke Integratie”, artt. 24 t.e.m. 28 van de wet en artt. 41, 42 t.e.m. 55 van het KB van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002, verder genoemd als “Besluit Maatschappelijke Integratie”) als in het kader van de OCMW-wet (art. 98, § 2) en dit zowel ten overstaan van de gewezen rechthebbende als van onderhoudsplichtigen. In het kader van deze bespreking zal uitsluitend ingegaan worden op de verhaalsmogelijkheden ten overstaan van onderhoudsplichtigen. Voor het verhaal op de ontvangers zelf van de verstrekte hulp wordt verwezen naar: D. SIMOENS, “Terugvordering door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van de verstrekte hulp ten laste van de ontvanger ervan”, *RW* 2008-09, 50 e.v.

**1060** Vooraleer nader op dit verhaalsrecht in te gaan, past het een korte schets te maken van het voorwerp van de bijstand die door het OCMW aan de betrokkene geleverd wordt.

Als uitgangspunt geldt dat, overeenkomstig artikel 1, eerste lid OCMW-wet elke persoon recht heeft op maatschappelijke dienstverlening, die tot doel moet hebben eenieder in de gelegenheid te stellen een bestaan te leiden dat beantwoordt aan “de menselijke waardigheid”.

Dit (vage) criterium is in de plaats gekomen van de behoeftigheid, waarbij doorslaggevend is dat de betrokkene niet de mogelijkheid of de middelen heeft om een leven te leiden dat aan het criterium “menselijke waardigheid” beantwoordt (C. SAELAERT, “Twee jaar subjectief recht op maatschappelijke dienstverlening” in X (ed.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 756; H. BUYSENS, “Leefloon en OCMW-dienstverlening” in

S. BROUWERS, *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 5513/020).

Het OCMW moet op het gebied van het verstrekken van financiële steun instaan voor twee vormen van financiële dienstverlening, t.w. het leefloon én de gewone “materiële steun”, zoals bepaald in artikel 60, § 3 OCMW-wet. Deze laatste steun heeft hoofdzakelijk nog een dubbele functie; enerzijds neemt ze de plaats in van het leefloon indien de steunzoekende niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden om leefloon te ontvangen, zoals vreemdelingen, minderjarigen en personen zonder werkelijke verblijfplaats in België en anderzijds geldt het als supplement op het leefloon, indien het bedrag te laag is om een menswaardig bestaan te leiden.

Er geldt wel te verstaan een voorrang van het toekennen van leefloon op de materiële hulp, ook al wordt hierom niet uitdrukkelijk door de hulpbehoevende gevraagd. Bovendien wordt het OCMW niet ontslagen van de verplichting tot maatschappelijke dienstverlening indien leefloon aan de steunzoekende werd toegekend (D. SIMOENS, *OCMW-dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nrs. 859-862).

Het Arbitragehof oordeelt dat de aanspraak op materiële steun, bij toepassing van artikel 60, § 3 OCMW-wet niet gediscrimineerd wordt doordat niet dezelfde bedragen worden weerhouden als deze van het leefloon. Meer bepaald houdt artikel 60, § 3 OCMW-wet geen beperking in wat het bedrag van de financiële steun betreft, hetgeen betekent dat het zowel lager als hoger kan zijn dan het basisbedrag van het leefloon. De materiële steun als modaliteit van maatschappelijke dienstverlening wordt beoordeeld door het OCMW, temeer daar het OCMW instaat voor de financiering. Dit is niet het geval voor het leefloon, dat het karakter van een socialezekerheidsprestatie heeft en door de federale overheid wordt gefinancierd (Arbitragehof 8 mei 2002, *BS* 25 mei 2002).

### 1. Het leefloon

**1061** Het leefloon zal toegekend worden indien de betrokkene zelf niet over voldoende bestaansmiddelen beschikt, noch in de gelegenheid verkeert om erop aanspraak te maken, of om door eigen toedoen of op een andere manier deze te verwerven. Hierbij wordt niet enkel rekening gehouden met de eigen middelen van bestaan, doch eveneens met de bestaansmiddelen van de persoon met wie de betrokkene een feitelijk gezin vormt. Onder de notie “bestaansmiddelen” wordt verstaan, de inkomsten die de betrokkene geniet met uitzondering van zekere vormen van bestaansmiddelen (art. 22, § 1 Besluit Maatschappelijke Integratie), zoals bijvoorbeeld de onderhoudsuitkering ontvangen ten gunste van de ongehuwde kinderen ten laste van betrokkene, voor zover hij de kinderen opvoedt (H. BUYSENS, “Leefloon en OCMW-dienstverlening” in S. BROUWERS, *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nrs. 5504 t.e.m. 5506).

## a. Voorwaarden

**1062** Het OCMW zal aan de betrokkene echter voorwaarden opleggen alvorens tot toekenning van het leefloon over te gaan. De betrokkene moet werkbereid zijn, tenzij dit om gezondheids- of billijkheidsredenen niet mogelijk is. Hij moet eveneens zijn recht laten gelden op uitkeringen waarop hij, krachtens de Belgische of buitenlandse sociale wetgeving aanspraak kan maken (art. 3, 5° en 6° Wet Maatschappelijke Integratie). De maatschappelijk integratie kan geleverd worden door het aanbod van aangepaste tewerkstelling, hetzij door een derde-werkgever, hetzij door het OCMW zelf (artt. 6 e.v. Wet Maatschappelijke Integratie).

Zodoende is het recht op een leefloon niet onvoorwaardelijk, maar zal de toekenning en het behoud ervan kunnen gepaard gaan met een geïndividualiseerd project voor maatschappelijke integratie (art. 11, § 1 Wet Maatschappelijke Integratie).

Rechtspraak, daterend van vóór de Wet Maatschappelijke Integratie oordeelde immers al dat het niet-zelfstandige kind, dat vrijwillig het ouderlijk huis verlaat uit zucht naar zelfstandigheid en onafhankelijkheid, zonder over de nodige middelen en mogelijkheden daartoe te beschikken, met als logisch gevolg dat het vervalt in een toestand van armoede, geen aanspraak kan maken op een leefloon. Hij kon immers op de materiële bijstand van de ouders rekenen. Deze ouders kwamen zodoende hun onderhoudsverplichting na (*facere*) (Arbh. Luik 13 januari 2000, *J.dr.jeun.* 2000, 36 en *Soc.Kron.* 2002, 407; Arbh. Luik 2 augustus 2004, *RRD* 2005, 392).

De Wet Maatschappelijke Integratie voorziet bovendien ook in de mogelijkheid dat het OCMW van de betrokkene vergt dat hij zijn rechten laat gelden op een onderhoudsuitkering ten overstaan van de onderhoudsplichtigen, echter beperkt tot de echtgenoot, de gewezen (schuldige) echtgenoot, de ascendenten en descendenten in de eerste graad en de adoptant evenals de geadopteerde (art. 4, § 1; A. RUPPOL, “Le droit à l’intégration sociale et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel”, *Div.Act.* 2004, 70-71). Nochtans moet benadrukt worden dat dit geen verplichting is in hoofde van het OCMW, doch slechts een mogelijkheid (D. SIMOENS, “Van bestaansminimumwet naar Wet Maatschappelijke Integratie: wat verandert in het (r)echt?”, *RW* 2002-03, 1443). Dit betekent echter niet dat het OCMW over een opportuniteitsoordeel beschikt; in geval van betwisting zal de arbeidsrechtbank conform artikel 580, 8°, c Ger.W. hieromtrent uitspraak doen (Cass. 18 juni 2001, *JTT* 2001, 339; D. SIMOENS, “Wet Maatschappelijke Integratie: andere samenleving, andere rechtspraak?”, *TSR* 2003, 143).

**1063** Het feit dat het OCMW een leefloon uitkeert, ontslaat de onderhoudsschuldenaar niet van zijn onderhoudsplicht. De onderhoudsgerechtigde, die een leefloon ontvangt beschikt nog steeds over de mogelijkheid om een onderhoudsvordering in te stellen, waarbij dan, bij de beoordeling van deze vorde-

ring, geen rekening wordt gehouden met het uitgekeerd leefloon (D. SIMOENS, “Wet Maatschappelijke Integratie: andere samenleving, andere rechtspraak?”, *TSR* 2003, 145).

Krachtens artikel 4, § 3 van de Wet Maatschappelijke Integratie beschikt het OCMW over de mogelijkheid om in naam en ten voordele van de betrokkene een onderhoudsvordering in te stellen, wat neerkomt op het oneigenlijk toekennen van een zijdelingse vordering (art. 1166 BW). De zijdelingse vordering, zoals wettelijk bepaald in artikel 1166 BW kan echter niet toegepast worden, gelet op het persoonlijk karakter van de wettelijke onderhoudsvordering, die trouwens van openbare orde is (D. SIMOENS, “Van bestaansminimumwet naar Wet Maatschappelijke Integratie: wat verandert in het (r)echt?”, *RW* 2002-03, 1443). Zie voor de zijdelingse vordering in het kader van de Maatschappelijke dienstverlening, *verder* nr. 1069.

#### b. Verhaal op de onderhoudsplichtige

**1064** Artikel 24 van de Wet Maatschappelijke Integratie biedt de mogelijkheid om tot terugvordering over te gaan van uitgekeerd leefloon, doch zulks uitsluitend in de wettelijke, door artikel 24, § 1 bepaalde omstandigheden (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 486 t.e.m. nr. 505). Bovendien beschikt het OCMW krachtens artikel 26 van dezelfde wet over een eigen recht om het uitgekeerd leefloon te verhalen op de onderhoudsplichtigen, vermeld in artikel 4, § 1 en deze bedoeld in artikel 336 BW weliswaar binnen de grenzen en volgens de voorwaarden en modaliteiten bepaald bij koninklijk besluit (KB 11 juli 2002 houdende algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 juli 2002, zijnde het “Besluit Maatschappelijke Integratie”). Zie m.b.t. de bevoegdheid *verder* nr. 1068.

Bij het bepalen van de tussenkomst van de onderhoudsplichtige dient het OCMW de in het MB van 12 december 2002 vastgestelde schaal van tussenkomsten te volgen. Sinds 7 oktober 2004 zijn daartoe nieuwe regels van toepassing, opgelegd door het MB van 2 maart 2005 tot wijziging van het MB van 12 december 2002 tot vaststelling van de schaal van tussenkomsten bedoeld in artikel 51 van het KB van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 23 maart 2005).

Het besluit bepaalt de bedragen van de schaal van tussenkomsten voor het geheel van de terugvorderingen die in een bepaalde maand tegen één en dezelfde onderhoudsplichtige kunnen worden ingesteld, zelfs indien gelijktijdig kosten van leefloon en van maatschappelijke dienstverlening worden teruggevorderd. Het besluit biedt ook een oplossing voor het geval verschillende OCMW's in een bepaalde maand terugvorderingen doen tegen één en dezelfde onderhoudsplichtige (samenloop).

Het terugvorderbare bedrag wordt dan proportioneel verdeeld tussen de OCMW's, in functie van het door elk OCMW in die maand terug te vorderen bedrag.

Het KB van 3 september 2004 tot wijziging van het KB van 9 mei 1984 tot uitvoering van artikel 13, tweede lid, 1° van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum en artikel 100bis, § 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare

centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 27 september 2004): brengt enkele wijzigingen aan betreffende de terugvorderingsregels. Om te weten of de onderhoudsplichtige voldoende inkomsten heeft om de kosten te verhalen wordt eveneens rekening gehouden met zijn onroerend bezit (*NJW* 2004, 1358). Het KB trad in werking op 7 oktober 2004. Zie voor een nadere toelichting van dit KB, *verder* nr. 1073.

Het OCMW beschikt aldus over een eigen mogelijkheid tot terugvordering. Van dit verhaalsrecht kan slechts worden afgezien bij een individuele beslissing en om “redenen van billijkheid” die in deze beslissing zijn opgenomen (art. 28 Wet Maatschappelijke Integratie).

De “betrokkene”, waaronder ook begrepen moet worden de onderhoudsplichtige, kan zelf billijkheidsredenen invoeren om de terugvordering te voorkomen, hetgeen betekent dat deze laatste over een subjectief recht beschikt om dergelijke redenen in te roepen.

Dit heeft voor gevolg dat de bodemrechter, t.w. de vrederechter dan wel de rechtbank in eerste aanleg, thans in de gelegenheid is om betwistingen aangaande de ingeroepen billijkheidsredenen te beslechten. Als redenen kunnen onder meer worden ingeroepen, het feit dat de begunstigde zijn verplichtingen ten opzichte van de onderhoudsplichtigen niet is nagekomen of de begunstigde al voordien hulp vanwege deze personen bekam (*D. SIMOENS, OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 511).

Wanneer het OCMW beslist om af te zien van het verhaal op de onderhoudsplichtigen, dient deze beslissing met redenen omkleed te zijn, behoudens dan de gegevens die een delicaat karakter hebben, en voor zover ze zijn opgenomen in het verslag van het sociaal onderzoek of in het verslag van de beraadslaging (art. 54 Besluit Maatschappelijke Integratie).

Daartegenover voorziet het Besluit Maatschappelijke Integratie niet in een motiveringsplicht in hoofde van het OCMW indien de billijkheidsredenen die door de onderhoudsplichtige werden ingeroepen niet worden weerhouden en bijgevolg het OCMW niet afziet van haar verhaalsrecht. Evenwel dient te worden aangenomen dat op grond van artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (*BS* 12 september 1991) dergelijke beslissingen toch aan de motiveringsplicht onderworpen zijn (*D. SIMOENS, OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 514; zie m.b.t. de terugvordering van kosten in het kader van maatschappelijke dienstverlening: Cass. 18 september 2006, *RW* 2007-08, 309, *verder* nr. 1081, *in fine*).

**1065** Ten slotte beschikt het OCMW over de mogelijkheid om van het verhaalsrecht af te zien ingeval naar alle verwachtingen de toekenningstermijn van het leefloon niet langer zal zijn dan drie maanden (art. 45 Besluit Maatschappelijke Integratie), terwijl het OCMW verplicht is ervan af te zien wanneer de kosten of inspanningen verbonden aan de terugvordering niet

opwegen tegen het te verwachten resultaat (art. 28, *in fine* Wet Maatschappelijke Integratie).

De Wet Maatschappelijke Integratie voorziet in een drietal situaties om overeenkomstig de artikelen 47 t.e.m. 49 Besluit Maatschappelijke Integratie, tot recuperatie van leefloon ten overstaan van onderhoudsplichtigen over te gaan.

Indien leefloon werd toegekend aan descendenten in de eerste graad, geadopteerden en kinderen die onder de toepassing vallen van artikel 336 BW, en wanneer deze personen minderjarig zijn of na de leeftijd van 18 jaar rechtgevend zijn op kinderbijslag, zal het verhaal kunnen uitgeoefend worden op respectievelijk de ascendenten in de eerste graad, de adoptanten en de mannen, bedoeld in artikel 336 BW (eerste geval).

Het leefloon toegekend aan ascendenten in de eerste graad en adoptanten, maakt het voorwerp van verhaal uit indien zij zonder enige “aanvaardbare uitleg” hun vermogen in belangrijke mate hebben doen verminderen tijdens de laatste vijf jaar voorafgaand aan de aanvang van de toekenning van het leefloon. Dit verhaal strekt zich uit tot de descendenten in de eerste graad en de geadopteerden (tweede geval).

*In casu* wordt de situatie geïllustreerd waarin ouders zich van hun vermogen en bestaansmiddelen gaan ontdoen met de intentie om op een later ogenblik, weliswaar gelimiteerd in de tijd tot vijf jaar, aanspraak te kunnen maken op het leefloon.

Als voorwaarde is wel bepaald dat hiervoor geen “aanvaardbare uitleg” gegeven kan worden, hetgeen neerkomt op de afwezigheid van de redelijkheid. Er kunnen zich familiale omstandigheden voordoen die dergelijke afstand van bestaansmiddelen verklaarbaar maken, zoals bijvoorbeeld de schenking aan het gehandicapte kind buiten erfdeel, teneinde dit kind te begunstigen ten overstaan van de overige afstammelingen. Eveneens kan aanvaard worden dat de ouder een van de kinderen wenst te vergoeden of te belonen voor de inspanningen en geboden hulp in geval van ziekte of ouderdom.

Niet onbelangrijk is dat hierbij dient opgemerkt te worden dat de bewijslast bij het OCMW ligt met betrekking tot de vermindering “in belangrijke mate” van het vermogen, hetgeen niet eenvoudig zal zijn en in vele gevallen zal neerkomen op het bewijs van de vermoede schenking of de verdoken verkoop. Bovendien zal het OCMW ervoor beducht moeten zijn dat de onderhoudsplichtigen zich aan de hand van “een aanvaardbare uitleg” zullen trachten te verweren.

Ten slotte zal het leefloon, toegekend aan de echtgenoot of de gewezen echtgenoot kunnen verhaald worden op de andere echtgenoot of de gewezen echtgenoot, doch beperkt tot het rechterlijk vastgestelde bedrag van de onderhoudsuitkering (derde geval).

Het verhaal beperkt zich aldus tot de onderhoudsuitkering die is opgelegd door een rechterlijke uitspraak, zodat alleszins het verhaal uitgesloten is, indien geen van beide gewezen echtgenoten schuld hebben aan de ontbinding van het huwelijk, volgens de oude echtscheidingswetgeving of indien geen uitkering werd toegekend volgens de nieuwe Echtscheidingswet (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 517 t.e.m. 520).

Problematisch is de mogelijkheid tot het verhaal op de andere gewezen echtgenoot, wanneer de onderhoudsuitkering conventioneel werd bepaald, t.t.z. in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming. Hierbij dient uitdrukkelijk verwezen te worden naar artikel 4, § 2 Wet Maatschappelijke Integratie, dat overeenkomsten over onderhoudsgeld niet tegenstelbaar maakt aan het OCMW.

Deze niet-tegenstelbaarheid geldt zowel op het vlak van de toekenning van de prestaties in het kader van de maatschappelijke integratie als op dit van de terugvordering van het leefloon door het OCMW (art. 26 van de Wet Maatschappelijke Integratie).

Onderhoudsuitkeringen (of het niet-verschuldigd zijn ervan) als gevolg van een echtscheiding door onderlinge toestemming worden dus anders behandeld dan deze opgelegd in een uitvoerbare gerechtelijke beslissing want in dit laatste geval is de terugvordering beperkt tot het bedrag dat de rechter bepaalde (art. 49 Besluit Maatschappelijke Integratie).

Uitkeringen tussen echtgenoten in het kader van echtscheiding door onderlinge toestemming zijn louter conventioneel en worden niet door de rechter bepaald. De rechter homologeert enkel de overeenkomsten m.b.t. de kinderen.

Er is wel het cassatiearrest van 17 december 1990 dat stelt dat over de betrokken periode (Cass. 17 december 1990, *RW* 1990-91, 1173 en *JLMB* 1991, 372) de onderhoudsplichtige ten overstaan van wie het OCMW verhaal uitoefent, alle excepties kan tegenstellen die op grond van de regels van burgerlijk recht, met andere woorden in de relatie tussen onderhoudsgerechtigde-onderhoudsplichtige, kunnen aangewend worden. Indien blijkt dat de onderhoudsplichtige niet kan aangesproken worden door de onderhoudsgerechtigde, doordat aan de vereisten van behoeftigheid niet is voldaan of deze toestand te wijten is aan de eigen schuld van de onderhoudsgerechtigde, kan het OCMW ook geen verhaal uitoefenen teneinde het uitgekeerd leefloon te recupereren (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding*

voor een *juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 536).

**1066** Artikel 26, *in fine* Wet Maatschappelijke Integratie bepaalt uitdrukkelijk dat verhaal slechts mogelijk is tot beloop van het bedrag waartoe de onderhoudsplichtige gehouden is en gedurende de tijd dat het leefloon is uitgekeerd. Dit verhaalsrecht creëert zodoende geen verzwaaring van de onderhoudsverplichting in hoofde van de onderhoudsplichtige (Bergen 24 juni 1996, *JLMB* 1996, 1705). Er kan dus van hem geen tweemaal onderhoudsgeld gevraagd worden.

Bijgevolg geldt een dubbele voorwaarde: enerzijds de omvang van het verhaal: er kan niet meer gevorderd worden dan het bedrag van de onderhoudsverplichting in hoofde van de onderhoudsschuldenaar. Anderzijds moet de onderhoudsverplichting bestaan tijdens de periode dat het leefloon werd uitgekeerd; er moet aldus een “overlapping” zijn van de onderhoudsplicht en de uitkering van het leefloon.

Het bestaan van deze onderhoudsplicht houdt in dat de onderhoudsplichtige alle excepties kan tegenwerpen die hij op het gegeven ogenblik, t.t.z. de periode dat het leefloon werd toegekend, aan de onderhoudsgerechtigde had kunnen inroepen (Cass. 17 december 1990, *RW* 1990-91, 1173, *JTT* 1991, 105 en *JLMB* 1991, 372). Dit betekent dat men zich bij de beoordeling van het verhaal dient te stellen op het ogenblik van de toekenning van het leefloon wat de vermogenstoestand van de onderhoudsplichtige betreft. De actuele inkomsten van de onderhoudsplichtige, t.t.z. op het ogenblik van de uitoefening van het verhaalsrecht zijn met andere woorden niet aan de orde, wel deze die de onderhoudsplichtige ter beschikking had op het ogenblik dat het leefloon werd uitgekeerd (Cass. 24 november 1995, *RW* 1995-96, 158).

Dit betekent eveneens dat het OCMW geen rekening dient te houden met de steun die de onderhoudsplichtige al leverde, gedurende een periode voorafgaand aan de uitkering van het leefloon. Andersom kan het OCMW geen verhaal uitoefenen op de onderhoudsplichtige die slechts gehouden is om onderhoud te verstrekken, nadat de uitkeringen van het leefloon gestaakt werden (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 527 t.e.m. 532).

Met betrekking tot de omvang van het verhaal, kan van ieder der onderhoudsplichtigen niet meer worden teruggevorderd dan het schaalbedrag, overeenkomstig de uniforme schaal door de minister opgesteld, hetgeen betekent dat deze enige schaal algemene gelding heeft (MB van 12 december 2002 tot vaststelling van de schaal van tussenkomsten bedoeld in art. 51 van het KB van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *BS* 31 december 2002; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk* nr. 37, Mechelen,



Kluwer, 2004, 550-551).

Hierbij moet de minimuminkomstengrens worden gerespecteerd die bepaald is in artikel 50 Besluit Maatschappelijke Integratie. Het Arbitragehof was van mening dat er geen discriminatie is tussen artikel 26 van de wet en artikel 4, § 3 van diezelfde wet dat geen inkomstengrens hanteert (Arbitragehof 1 maart 2005, *NJW* 2005, 627, noot IVS).

Zodoende wordt het beginsel dat de onderhoudsplicht individueel is en niet ondeelbaar, bevestigd. In geval van meerdere onderhoudsplichtigen in dezelfde rangorde, kan ook van hen niet meer worden teruggevorderd dan het schaalbedrag (art. 46 Besluit Maatschappelijke Integratie).

Evenwel kan, overeenkomstig artikel 51, eerste lid, *in fine* Besluit Maatschappelijke Integratie dan weer van de schaal worden afgeweken, zulks op grond van een individuele beslissing van het OCMW en op grond van “bijzondere omstandigheden” die in deze beslissing moeten gemotiveerd worden.

#### c. Verjaring

**1067** Het verhaal ten overstaan van de onderhoudsplichtigen verjaart overeenkomstig de verjaringstermijn bepaald door artikel 2277 BW, hetzij na verloop van vijf jaar volgend op de toekenning van het leefloon (art. 29, § 2 Wet Maatschappelijke Integratie). De verjaringstermijn kan worden gestuit bij wijze van een aanmaning die hetzij per aangetekend schrijven dient verstuurd te worden, hetzij gedaan wordt tegen ontvangstbewijs (art. 29, § 4 Wet Maatschappelijke Integratie).

#### d. Bevoegdheid

**1068** Met betrekking tot de gerechtelijke bevoegdheid is ten overstaan van de onderhoudsplichtigen het gemeen recht van toepassing. Het verhaal van het OCMW is krachtens artikel 26 Wet Maatschappelijke Integratie een eigen recht. Dit betekent dat het verhaal voor een bedrag lager dan € 1.860,00 de vrederechter bevoegd is (art. 590 Ger.W) terwijl voor een hoger bedrag de zaak voor de rechtbank van eerste aanleg dient gebracht te worden.

Op het vlak van de bevoegdheid *ratione loci* geldt eveneens het gemeenrechtelijk procesrecht, zodat de zaak zal dienen gebracht te worden voor de rechter van de woonplaats van de onderhoudsplichtige die in rechte door het OCMW wordt aangesproken, zulks bij toepassing van artikel 624, 1° Ger.W. Bovendien is ook de rechter van de plaats waar de verbintenis is ontstaan bevoegd, conform artikel 624, 2° Ger.W., zijnde de plaats waar het leefloon werd toegekend (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 564 e.v.; zie verder N. DE VOS, I. CARLENS en L. VENY, “Procederen namens en tegen OCMW. Bijzondere aspecten inzake individuele steundossiers”, *NJW* 2005, 74 e.v.).

## 2. De maatschappelijke dienstverlening

### a. Voorwerp

**1069** De maatschappelijke dienstverlening strekt ertoe, krachtens het artikel 1, eerste lid OCMW-wet te voorzien in een “menswaardig bestaan” (organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 5 augustus 1976, *err. BS* 26 november 1976; *RvS* 17 juni 1987, nr. 28.096, *Arr.RvS* 1987, z.p. en *RACE* 1987, z.p.).

Hoe evident dit beginsel ook moge zijn, het criterium “recht hebben op het leiden van een bestaan dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid” blijft een vage norm. Artikel 57, § 1 OCMW-wet bepaalt dat de maatschappelijke dienstverlening, die de noden tot het bekomen of verzekeren van voormelde norm dient in te vullen, kan bestaan uit materiële, sociale, geneeskundige, sociaalgeneeskundige of psychologische hulpverlening. Kortom de maatschappelijke dienstverlening kan allerlei vormen van hulp aannemen, die zowel van materiële als van immateriële aard kan zijn.

Op materieel vlak kan deze hulpverlening bestaan in het zorgen voor de betaling van een huurwaarborg, de verzekering dat regelmatig de huurgelden worden vereffend, het verlenen van energietoelagen, het betalen van achterstallige rekeningen of in het ten laste nemen van eenmalige, uitzonderlijke uitgaven (C. SAELAERT, “Twee jaar subjectief recht op maatschappelijke dienstverlening” in X (ed.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 757).

Het kan ook gaan om het toekennen van zakgeld aan sommige rusthuisbewoners (KB van 25 april 2004, *BS* 30 april 2004). Dit koninklijk besluit regelt het statuut van het zakgeld van sommige rusthuisbewoners en de kosten die er niet op aangerekend worden. Het uitgekeerd zakgeld hoort de titularis toe en kan door hem naar vrije keuze besteed worden. Bij overlijden van de begunstigde valt het resterend gedeelte van het zakgeld in het actief van de nalatenschap. Binnen de grenzen van de OCMW-wet kan het OCMW er de kosten van de maatschappelijke dienstverlening op verhalen.

Het voordeel van de maatschappelijke dienstverlening kan toegekend worden aan echtgenoten, die betrokken zijn in een echtscheidingsgeding, maar nog niet beschikken over een onderhoudsuitkering. De toekenning kan dan gebeuren onder de vorm van een periodieke financiële steun.

Er wordt zo goed als unaniem aangenomen dat het bestaansminimum de richtlijn is, ook al mag dit geen automatisme zijn (H. BUYSSENS, “Leefloon en OCMW-dienstverlening” in S. BROUWERS (ed.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Antwerpen, Kluwer, Titel VI, nr. 5514).

Het leefloon geldt als het absolute minimum om een menswaardig bestaan te leiden, terwijl het OCMW de plicht heeft om maatschappelijke dienstverlening te verstrekken “in de meest passende vorm” (art. 60, § 3 OCMW-wet).

Het OCMW bepaalt autonoom de omvang van de materiële steun die zij meent te moeten verlenen teneinde de aanvrager toe te laten in een menswaardig bestaan te voorzien. Het leefloon kan wel gelden als uitgangspunt, doch hierop kunnen correcties worden aangebracht bij het verstrekken van financiële dienstverlening, zoals bijvoorbeeld het feit rekening te houden met de kinderlast en de reële kosten van huisvesting en verwarming (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 864 e.v.).

In een arrest van 29 september 2008 oordeelde het Hof van Cassatie dat volgens de bewoordingen van artikel 1166 BW de schuldeisers alle rechten en vorderingen van hun schuldenaar kunnen uitoefenen, met uitzondering van die welke uitsluitend aan de persoon verbonden zijn. Volgens artikel 1, eerste lid van de wet van 8 juli 1976 (organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 5 augustus 1976, *err. BS* 26 november 1976) heeft elke persoon recht op maatschappelijke dienstverlening die hem moet toelaten een leven te leiden overeenkomstig de menselijke waardigheid. Volgens het hof volgt daaruit dat het recht op maatschappelijke dienstverlening een recht is dat kleeft aan de persoon en bijgevolg niet het voorwerp kan uitmaken van een zijdelingse vordering. Enkel de persoon waarvan de menselijke waardigheid beschermd is, heeft recht op sociale hulp. Zijn schuldeisers kunnen zijn rechten en vorderingen niet uitoefenen om deze hulp te bekomen; *in casu* ging het weliswaar om dringende medische hulp welke het OCMW ten onrechte geweigerd had ten laste te nemen. Het ging om het hospitaal dat deze kosten rechtstreeks bij wijze van zijdelingse vordering had gevorderd van het OCMW (Cass. 29 september 2008, nr. C.070101.F, onuitg.)

## b. Voorwaarden

**1070** Bij het toekennen van deze materiële steun, dient het OCMW rekening te houden met de eigen financiële mogelijkheden van de behoeftige aanvrager, doch eveneens met de mogelijkheden van zijn gezinsleden.

Met “gezinsleden” wordt bedoeld, de personen die onder hetzelfde dak als de aanvrager wonen. Bijgevolg moeten de beschikbare inkomsten van deze gezins- of familieleden verrekend worden, zoals er eveneens dient rekening gehouden te worden met de minderovertollingen voor de steunzoekende, die resulteren uit de samenwoonst met de gegoede familieleden.

Nochtans wordt enkel rekening gehouden met de reële beschikbaarheid van bestaansmiddelen, en niet met het al dan niet bestaan van een wettelijke onderhoudsplicht tussen de behoeftige persoon en de familieleden, waarmee hij onder hetzelfde dak samenwoont (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nrs. 833 t.e.m. 835).

**1071** Er bestaat geen eenduidigheid over de vraag of de aanvrager verwezen kan worden naar zijn onderhoudsplichtigen. Een strekking in de rechtspraak stelt, op grond van het beginsel dat maatschappelijke dienstverlening en ook het leefloon residuaire prestaties zijn, dat de behoeftige verwezen kan worden

naar zijn onderhoudsplichtigen, hetgeen betekent dat het OCMW het recht zou hebben om van de hulpzoekende te eisen dat hij eerst zijn onderhoudsrechten laat gelden.

Beroep doen op de familiale solidariteit, is niet in strijd met de menselijke waardigheid.

Daartegenover staat dat geen enkele wettelijke bepaling het OCMW het recht geeft zich aan zijn wettelijke opdracht te onttrekken door de hulpaanvrager te verwijzen naar zijn onderhoudsplichtigen.

Bovendien beschikt het OCMW over een wettelijk verhaalsrecht.

De verwijzing naar de onderhoudsplichtigen in het kader van de OCMW-wet is slechts een mogelijkheid doch geen wettelijke verplichting, zodat het OCMW niet systematisch de hulpzoekende mag verplichten zijn onderhoudsplichtigen aan te spreken (RvS 16 maart 1990, *TBP* 1991, 207; RvS 16 januari 1991, nr. 36241; RvS 19 juni 1992, nr. 39761; RvS 23 oktober 1992, nr. 40830; Arbrb. Brussel 3 juni 1993, *Soc.Kron.* 1993, 468; D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, nrs. 841-844).

Alleszins staat vast dat de OCMW-wet de toekenning van maatschappelijke dienstverlening niet afhankelijk kan maken van het instellen van een onderhoudsvordering tegen de onderhoudsplichtigen, terwijl artikel 98 van deze wet wel in de mogelijkheid voorziet om de terugbetaling te bekomen van het geheel of een gedeelte van de verleende dienstverlening (RvS 12 mei 1989, *Soc.Kron.* 1989, 329; RvS 8 februari 1991, *TBP* 1992, 348; RvS 8 maart 1995, *Dr.Q.M.* 1996, afl. 13, 26). Zo werd geoordeeld dat de hulpbehoevende dan ook niet kan verplicht worden om zich eerst te informeren welke de inkomsten zijn van de schoonouders-wettelijke onderhoudsplichtigen (RvS 8 februari 1991, *TBP* 1992, 348).

**1072** Indien de steunaanvrager over een gerechtelijke uitspraak beschikt, waarbij onderhoudsplichtigen veroordeeld zijn tot het betalen van een onderhoudsuitkering, kan het OCMW wel eisen dat de steunaanvrager tot uitvoering van deze uitspraak overgaat alvorens te voorzien in een maatschappelijke dienstverlening.

Bovendien kan het OCMW de steun weigeren indien blijkt dat de onderhoudsuitkering voldoende is om in een menswaardig bestaan te voorzien. De materiële steun kan ook beperkt worden, rekening houdend met het bedrag van de uitgekeerde alimentatie. De maatschappelijke dienstverlening kan eveneens bestaan uit het begeleiden van de steunaanvrager in het gedwongen doen uitvoeren van de titel die voorziet in een onderhoudsuitkering (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nrs. 845-846).

Als de onderhoudsplichtige zich conventioneel verbonden heeft om tussen te komen in de opnamekosten van een ouder, levert zulks het bewijs op van de mogelijkheid tot het leveren van een onderhoudsuitkering. Het behoort dan tot de bewijslast in hoofde van de hulpaanvrager aan te tonen dat de onderhoudsplichtige niet langer in de mogelijkheid is om een onderhoudsuitkering te

blijven betalen (Arbrb. Dendermonde 8 juli 2002, *OCMW-Visies* 2002, 68). Het OCMW kan zich dus ten overstaan van de steunaanvrager beroepen op de overeenkomst die de onderhoudsplicht regelt zodat gebeurlijk de aanvraag tot het verstrekken van maatschappelijke dienstverlening verworpen kan worden (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, nrs. 847-848).

### c. Verhaal op de onderhoudsplichtige

**1073** Nu het OCMW gehouden is maatschappelijke dienstverlening te verstrekken, beschikt zij krachtens artikel 98, § 2 OCMW-wet over een eigen recht van verhaal op onder meer de onderhoudsplichtigen van de begunstigde (het verhaalsrecht van het OCMW betreffende dienstverlening in het kader van de opname en de huisvesting van de onderhoudsgerechtigde wordt geregeld door het KB van 9 mei 1984 tot uitvoering van artikel 13, tweede lid, 1° van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum en artikel 100*bis*, § 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 24 mei 1984, gewijzigd bij het KB van 8 april 1987, *BS* 15 april 1987 (opgeheven wat betreft de bepalingen die van toepassing zijn op de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum en meer bepaald opgeheven bij art. 64 van het KB van 11 juli 2002, *BS* 31 juli 2002, met ingang van 1 oktober 2002), afgekort “Terugvorderingsbesluit”).

Alvorens tot terugvordering te beslissen dient het OCMW een sociaal onderzoek te verrichten naar de financiële situatie van de onderhoudsplichtige en de familiale implicaties van de zaak (art. 13, al. 1 van het KB van 9 mei 1984). Dit onderzoek is niet verplicht wanneer uit het dossier van de betrokkene al blijkt dat er om redenen van billijkheid niet tot verhaal kan worden overgegaan of dat de te maken kosten niet in verhouding zullen zijn tot het te verhopende resultaat. De bodemrechter die geëdieerd is m.b.t. de terugvordering dient in zijn vonnis vast te stellen of het sociaal onderzoek ook betrekking had op de familiale complicaties van de zaak, zoniet wordt het voormelde artikel 13, alinea 1 geschonden (Cass. 19 november 2007, *RTDF* 2008, 1014, het Hof van Cassatie legt hier een marginale toetsing op aan de bodemrechter, zie hierover *verder* meer uitgebreid nr. 1081).

Onder kosten van maatschappelijke dienstverlening worden onder meer verstaan de betalingen in specien, de kosten van de *in natura* verleende hulp, de kosten van hospitalisatie en de kosten van huisvesting.

Sinds 7 oktober 2004 is het MB van 2 maart 2005 tot vaststelling van de schaal van tussenkomsten bedoeld in artikel 16 van het koninklijk besluit van 9 mei 1984 tot uitvoering van artikel 100*bis*, § 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 23 maart 2005) van toepassing. Bij het bepalen van de tussenkomst van de onderhoudsplichtige dient het OCMW zich te baseren op een schaal van tussenkomsten. Het MB legt de schaal vast van de tussenkomsten die bij de onderhoudsplichtigen kunnen teruggevorderd worden. Het terug te vorderen maandelijks bedrag is afhankelijk van het inkomen en de kinderlast.

Het is in ieder geval beperkt tot het bedrag van de maatschappelijke dienstverlening dat werkelijk is betaald gedurende de maand waarop de terugvordering betrekking heeft.

De bedragen van de schaal gelden voor het geheel van de terugvorderingen die in een bepaalde maand tegen een en dezelfde onderhoudsplichtige kunnen worden ingesteld, zelfs indien gelijktijdig kosten van leefloon en van maatschappelijke dienstverlening worden teruggevorderd. Indien verschillende OCMW's in een bepaalde maand terugvorderingen doen tegen een en dezelfde onderhoudsplichtige (samenloop) dan wordt het terugvorderbare bedrag proportioneel verdeeld tussen de OCMW's, in functie van het door elk OCMW in die maand terug te vorderen bedrag.

Het KB van 3 september 2004 tot wijziging van het KB van 9 mei 1984 tot uitvoering van artikel 13, tweede lid, 1<sup>o</sup> van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum en artikel 100bis, § 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 27 september 2004), brengt enkele wijzigingen aan op het vlak van de terugvorderingsregels. Om te weten of de onderhoudsplichtige voldoende inkomsten heeft om de kosten te verhalen wordt eveneens rekening gehouden met zijn onroerend bezit (*NJW* 2004, 1358). Het KB trad in werking op 7 oktober 2004.

Terugvordering van de kosten van de maatschappelijke dienstverlening tegen een onderhoudsplichtige kan in principe alleen wanneer die een voldoende hoog inkomen heeft. Het kan niet als zijn nettobelastbaar inkomen niet hoger is dan € 16.681,99. Dit bedrag wordt verhoogd met € 2.335,48 per persoon ten laste. Het inkomen waarnaar gekeken wordt, is het inkomen van het voorlaatste kalenderjaar voorafgaand aan het jaar waarin over de uitoefening van het verhaal wordt beslist. Een persoon ten laste is elk kind voor wie de onderhoudsplichtige, wat betreft de kinderbijslag, de hoedanigheid van bijslagtrekkende bezit, en elke persoon die fiscaal ten laste is van de onderhoudsplichtige.

Voortaan wordt er echter ook gekeken naar het onroerend bezit van de onderhoudsplichtige. Blijft het nettobelastbaar inkomen van de onderhoudsplichtige onder het grensbedrag, dan zal het OCMW nagaan of hij onroerende goederen bezit. Blijkt de onderhoudsplichtige een of meerdere onroerende goederen in volle eigendom of in vruchtgebruik te hebben waarvan het globaal kadastraal inkomen € 2.000,00 of meer bedraagt, dan wordt zijn belastbaar inkomen vermeerderd met driemaal het bedrag van het kadastraal inkomen. Het nieuwe besluit legt gedetailleerd vast welk deel van het kadastraal inkomen precies wordt meegerekend. Als zijn inkomen hierdoor de inkomensgrens overschrijdt, zal het OCMW de maatschappelijke dienstverlening kunnen terugvorderen van de onderhoudsplichtige.

Het eventuele verhaal is beperkt tot het bedrag dat het grensinkomen te boven gaat.

Voortaan zijn er eengemaakte terugvorderingsbarema's voor alle OCMW's. De verschillen tussen de OCMW's moeten hiermee verdwijnen.

Bij het bepalen van de tussenkomst van de onderhoudsplichtige volgt het OCMW vanaf de inwerkingtreding van het voormelde besluit, een schaal van tussenkomsten. De minister van Maatschappelijke Integratie stelt die schaal vast. Het OCMW kan wel nog afwijkingen toestaan, bij een individuele beslissing en enkel in bijzondere omstandigheden. Die worden in de beslissing gemotiveerd. Tot nu toe liet elk OCMW, bij het bepalen van de tussenkomst van de onderhoudsplichtige, zich leiden door de schaal of barema's die de raad van maatschappelijk welzijn opstelt. Hierdoor kon er een groot verschil zijn tussen de verschillende OCMW's.

De terugvordering van de onderhoudsplichtigen is wettelijk verplicht krachtens artikel 98, § 2, tweede lid OCMW-wet. Bovendien kan het verhaal tezelfdertijd uitgeoefend worden tegenover de descendenten in de eerste graad als tegen hun echtgenoot of echtgenote (Antwerpen 1 juni 2004, *NJW* 2005, 590 noot IC, dit arrest stelt ook dat, om de inkomstengrens te bepalen de belastingen niet mogen afgetrokken worden van het belastbare inkomen; P. SENAEVE en D. SIMOENS, *OCMW-dienstverlening en bestaansminimum*, Brugge, die Keure, 1995, volledig herwerkte vastbladige uitgave, 358).

Bovendien kan het OCMW voor de kosten die het gemaakt heeft over een periode van vijf jaar, voorafgaand aan het overlijden (art. 100, § 1 OCMW-wet), in geval van overlijden van de hulpbehoevende verhaal uitoefenen op zijn erfgenamen en legatarissen. De kosten van de maatschappelijke dienstverlening vormen dan ook een last van de nalatenschap. Nochtans kan het

OCMW deze kosten slechts tot beloop van het actief van de nalatenschap op de erfgenamen en legatarissen verhalen, ongeacht of zij de nalatenschap al dan niet onder het voorrecht van boedelbeschrijving hebben aanvaard.

**1074** Krachtens artikel 102, derde lid OCMW-wet verjaart de vordering ten opzichte van de erfgenamen en legatarissen na verloop van drie jaar, volgend op het overlijden, terwijl de gemeenrechtelijke bepalingen betreffende de verjaring, zoals de stuiting van de verjaringstermijn eveneens van toepassing zijn.

Het OCMW heeft geen recht op de persoonlijke bezittingen, zoals kledij en persoonlijke gebruiksvoorwerpen van de overledene, hetgeen betekent dat het OCMW niet gerechtigd is om deze goederen op te eisen en te laten verkopen (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1067).

Er is ook een verhaalsrecht van het OCMW overeenkomstig artikel 98, § 2, tweede lid OCMW-wet ten overstaan van de aansprakelijke derde en de verzekeraar, tot beloop van al de door het OCMW gemaakte kosten, zelfs indien de hulpaanvrager zelf een fout beging die in oorzakelijk verband staat tot de ontstane schade (Cass. 25 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 243).

**1075** Het OCMW beschikt dus over een autonoom recht (en dus geen indeplaatsstelling) om de kosten, verbonden aan de verstrekte hulp terug te vorderen. Dit vorderingsrecht heeft niet het karakter van een onderhoudsvordering (Cass. 17 december 1990, *RW* 1990-91, 1173, *JTT* 1991, 105 en *JLMB* 1991, 372; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 780).

#### d. Beperkingen

**1076** Krachtens artikel 12*bis* van het Terugvorderingbesluit kunnen de kosten van de maatschappelijke dienstverlening, meer bepaald deze betreffende de betalingen verricht in speciën en de kosten van de *in natura* verleende hulp (art. 97, 1° en 2° OCMW-wet), slechts in de navolgende drie situaties verhaald worden op welbepaalde onderhoudsplichtigen.

In deze gevallen is het verhaal wettelijk verplicht, in het bijzonder het verhaal op de echtgenoot en de ascendenten en descendenten in de eerste graad. Deze onderhoudsplichtigen kunnen zich niet verzetten tegen de uitoefening van het verhaalsrecht, door bijvoorbeeld de opportuniteit van de steunverlening vanwege het OCMW in vraag te stellen en op te werpen dat deze steun al te lichtzinnig werd toegekend (Vred. Waver 20 mei 1999, *RTDF* 2000, 74).

In tegenstelling tot het verhaal van het verstrekte leefflon, ontsnappen de gewezen echtgenoot, de adoptant, de geadopteerde en de man bedoeld in artikel 336 BW aan de verplichte terugvordering door het OCMW (D.

SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1096).

De onderhoudsplichtige zou uitsluitend de exceptie van ontzetting uit het ouderlijk gezag kunnen inroepen, teneinde zich aan het verhaalsrecht van het OCMW te onttrekken (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, "Droit des personnes. Chroniques de jurisprudence 1994-1998", *Les Dossiers du JT* n° 25, Brussel, Larcier, 2000, 72).

**1077** Verhaal kan ten laste van ascendenten uitgeoefend worden voor de maatschappelijke dienstverlening verstrekt aan descendenten op voorwaarde dat zij tijdens de toekenningsperiode minderjarig waren of meerderjarig en rechtgevend op kinderbijslag. Dit verhaal is te verklaren doordat de ouders ten overstaan van hun kinderen onderhoudsplichtig zijn, overeenkomstig artikel 203 BW (eerste geval).

Descendenten kunnen door het OCMW worden aangesproken in terugvordering van maatschappelijke dienstverlening verstrekt aan ascendenten op voorwaarde dat de ascendenten tijdens de toekenningsperiode verbleven in een ziekenhuis, een rusthuis of een RVT (tweede geval).

Ten slotte (derde geval) staat verplicht verhaal open tegen de onderhoudsplichtige echtgenoot voor maatschappelijke dienstverlening verstrekt aan de andere echtgenoot op voorwaarde dat bij gerechtelijke uitspraak een onderhoudsuitkering is bepaald of bedongen in een regelingsakte conform artikel 1288, eerste lid, 4° Ger.W. doch in dit geval slechts voor de periode van de echtscheidingsprocedure (d.w.z. voor de onderhoudsverplichting die onder toepassing valt van art. 213 BW).

Specifiek met betrekking tot de onderhoudsuitkeringen na echtscheiding kan het OCMW slechts haar facultatief verhaal uitoefenen voor zover deze uitkeringen een alimentair karakter hebben, hetgeen in het geval van een echtscheiding door onderlinge toestemming niet het geval is.

Het OCMW kan echter niet tot verhaal overgaan wanneer de onderhoudsplichtige echtgenoot of gewezen echtgenoot (in het geval van facultatieve terugvordering) tijdens de toekenningsperiode zijn onderhoudsplicht rechtstreeks ten aanzien van de onderhoudsgerechtigde is nagekomen.

Het verhaalsrecht op de onderhoudsplichtigen van de hulpbehoevende is uitvoerbaar doch beperkt tot beloop van het bedrag waartoe zij gehouden zijn (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 97). Dit verhaalsrecht creëert zodoende geen verzwarende van de onderhoudsverplichting in hoofde van de onderhoudsplichtige (Bergen 24 juni 1996, *JLMB* 1996, 1705).



De hierbovenvermelde voorwaarden, t.t.z. beperkingen verbonden aan het verhaal, gelden echter niet voor de kosten van hospitalisatie of van huisvesting en voor de kosten berekend volgens vooraf vastgestelde algemene tarieven (art. 97, eerste lid, 3, 4 en 5 OCMW-wet).

**1078** Het verhaal van het OCMW is facultatief tegenover onderhoudsplichtigen andere dan de echtgenoot en de ascendenten als descendenten in de eerste graad (art. 7 Terugvorderingsbesluit). Van dit facultatief verhaalsrecht zijn zelfs uitgesloten, de personen op wie geen wettelijke onderhoudsplicht rust, maar die hiertoe wel conventioneel gehouden zijn, alsook de personen in wiens hoofde een natuurlijke verbintenis tot het verstrekken van alimentatie weerhouden kan worden.

Dit betekent dat het facultatief verhaalsrecht weerhouden wordt ten overstaan van de gewezen echtgenoot, op voorwaarde dat hij ingevolge een gerechtelijke uitspraak onderhoudsplichtig is en de uitkering een alimentair karakter heeft.

In geval van adoptie bestaat een facultatief verhaal van het OCMW voor maatschappelijke dienstverlening tegenover de geadopteerde evenals de adoptant.

Dergelijk verhaal kan worden uitgeoefend ten opzichte van de man bedoeld in artikel 336 BW, verder, ten opzichte van de schoonouders en schoonkinderen (zolang de band van aanverwantschap bestaat), vervolgens ook in de relatie ascendenten-descendenten in een verdere dan de eerste graad en ten slotte ten opzichte van de stiefouders ten aanzien van de stiefkinderen, na het overlijden van de echtgenoot-ouder en binnen de grenzen van de voordelen die de stiefouder door het vooroverlijden bekam (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1098).

**1079** Naast de beperkingen door de OCMW-wet opgelegd inzake uitoefening van het verhaalsrecht bestaat de mogelijkheid om dit verhaal uit te oefenen, slechts voor zover er gedurende de periode waarin steun verleend werd, een vorderingrecht tot levensonderhoud bestond in hoofde van de begunstigde van de maatschappelijke dienstverlening tegenover de aangesproken onderhoudsplichtigen (art. 11 Terugvorderingsbesluit). Dit betekent dat de civielrechtelijke bepalingen omtrent de wettelijke onderhoudsplicht eveneens van toepassing zijn en als voorwaarde gelden opdat door het OCMW verhaal zou kunnen uitgeoefend worden.

Concreet komt het dus hier op neer dat er enerzijds tijdens de toekenningsperiode van de maatschappelijke dienstverlening een civielrechtelijke onderhoudsplicht moet bestaan en anderzijds het verhaal beperkt is tot het bedrag van de onderhoudsuitkering, waartoe de onderhoudsplichtige gehouden is.

Teneinde na te gaan of deze onderhoudsplicht bestond evenals voor de begroting van de uitkering, dient men zich te plaatsen op het ogenblik dat de maatschappelijke dienstverlening werd verstrekt (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1115-1116).

De toepassing van de onderhoudsregeling uit het burgerlijk recht op het eigen verhaalsrecht in hoofde van het OCMW maakt dat de regels betreffende de alimentatieverplichtingen, conform artikel 205 en 207 BW dienen nageleefd te worden.

De omvang van het verhaalsrecht is dan ook volledig afhankelijk van de mogelijkheden, waarover de onderhoudsplichtige beschikt, en waartoe hij conform artikel 205 e.v. BW gehouden is (Bergen 24 juni 1996, *JLMB* 1996, 1705; Rb. Luik 7 december 1998, *JLMB* 1999, 1044, noot E. VON FRENCKELL).

Dit heeft voor gevolg dat de rechterlijke controle zich uitstrekt tot de rechtmatigheid van de OCMW-beslissing. De onderhoudsplichtigen kunnen alle excepties, conform het civiel recht inroepen ten aanzien van het verhaal van het OCMW, die zij ook aan de onderhoudsgerechtigde zouden kunnen tegenstellen (D. SIMOENS, “Verhaal van OCMW-hulp op onderhoudsplichtige familieleden: hoe ‘discretionair’ oordeelt het OCMW?” (noot onder Cass. 17 april 2000), *Soc.Kron.* 2001, 68 en *RW* 2000-01, 988).

Daarbij berust de bewijslast van het verhaal en de omvang ervan conform het gemeen recht, bij het OCMW en volstaat het niet louter te melden dat de persoon, tegenover wie verhaal uitgeoefend wordt, de hoedanigheid van onderhoudsplichtige heeft.

Zodoende is het OCMW tot een motiveringsverplichting gehouden betreffende de redenen en omstandigheden die aanleiding gaven tot het verstrekken van de geleverde steun (Vred. Leuven 30 maart 1999, *RW* 2000-01, 1610). Het OCMW draagt dan ook het risico en de financiële gevolgen indien al te lichtzinnig tot maatschappelijke dienstverlening werd overgegaan, wanneer de wettelijke onderhoudsplichtige, in het kader van het uitgeoefend verhaal, aantoonde dat hij in werkelijkheid niet tot een onderhoudsuitkering gehouden was.

#### e. Vrijstelling om billijkheidsredenen

**1080** Het OCMW kan krachtens 100*bis*, § 2 OCMW-wet om billijkheidsredenen afzien van het verplicht verhaal ten overstaan van de onderhoudsplichtige en zulks op grond van een individuele beslissing.

Billijkheidsredenen kunnen betrekking hebben op inkomsten en lasten, zoals onder meer het bescheiden inkomen van de onderhoudsplichtige en

de reële uitgaven waarmee hij te kampen heeft, zoals voor gezondheidszorgen, studiekosten, aflossingen van schulden e.d.

Ook redenen die de persoon of de familie aanbelangen kunnen als billijkheidsredenen weerhouden worden. Indien de begunstigde van de maatschappelijke dienstverlening zelf in het verleden zijn onderhoudsverplichtingen tegenover de onderhoudsplichtige niet is nagekomen, kan worden afgezien van het verhaal. Het feit dat de begunstigde door eigen schuld en toedoen, zoals verspilzucht, hulpbehoevend geworden is of het feit dat de onderhoudsplichtige voordien al hulp geboden had, zijn redenen van familiale aard om van het verhaal af te zien. Alleszins dient het OCMW in alle objectiviteit en in eer en geweten te oordelen over de feitelijke elementen die als billijkheidsredenen worden ingeroepen (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1079).

**1081** De draagwijdte van deze beoordelingsvrijheid wordt nog steeds betwist. Volgens het Hof van Cassatie komt het de bodemrechter niet toe te oordelen of het OCMW al dan niet billijkheidsredenen kon weerhouden, gezien de onderhoudsplichtige niet over een subjectief recht beschikt (Cass. 17 april 2000, *RW* 2000-01, 986, afkeurende noot D. SIMOENS en *JTT* 2000, 341; anders Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1529, noot D. SIMOENS).

De beslissing moet weliswaar gemotiveerd worden, doch de schending van deze motiveringsplicht is niet gesanctioneerd. Daardoor is de onderhoudsplichtige niet geschaad in zijn belangen. Hij heeft enkel recht om te weten waarom er geen billijkheidsredenen werden weerhouden, doch beschikt niet over een subjectief recht om vrijstelling van het verhaal te bekomen (Antwerpen 2 juni 2003, 1999/AR/3073, onuitg.; Antwerpen 22 september 2003, 2000/AR/2193, onuitg.). Het behoort aldus niet tot de rechterlijke macht om te oordelen of het OCMW om redenen van billijkheid had dienen af te zien van het verhaal, doch uitsluitend aan het OCMW zelf (Cass. 17 april 2000, *RW* 2000-01, 986, afkeurende noot D. SIMOENS en *JTT* 2000, 341; zie voor een toepassing Rb. Gent 10 februari 2005, *NJW* 2005, 598, de rechtbank mag niet in de plaats treden van het OCMW bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van billijkheidsredenen, zij kan maar een marginale toetsing uitoefenen).

Deze stelling wordt in de rechtsleer en rechtspraak bekritiseerd (zie D. SIMOENS, "OCMW-beslissing tot terugvordering van financiële hulp bij de kinderen van een opgenomen persoon: vatbaar voor toetsing door de rechter?" (noot onder Cass. 17 april 2000), *RW* 2000-01, 987). Gesteld wordt dat het Hof van Cassatie een kringredenering toepast, uitgaande van de redenering dat er geen subjectief recht aanwezig is om op grond daarvan te besluiten dat er geen rechterlijke toetsing mogelijk is. Daarentegen had moeten nagegaan worden of de bodemrechter al dan niet een controlefunctie heeft op de aangevochten beslissing van het OCMW om op grond daarvan te oordelen of er al dan niet een subjectief recht op vrijstelling wegens billijkheidsredenen bestaat (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1083).

Hoe dan ook blijft de vraag open of de onderhoudsplichtige over een subjectief recht op vrijstelling van verhaal beschikt.

Indien de bevoegdheid van het OCMW om af te zien van het verhaal een discretionaire bevoegdheid is met beleidsvrijheid, dan beperkt de rechterlijke bevoegdheid zich tot een marginaal toetsingsrecht. De bodemrechter kan dan enkel maar ingrijpen indien de aangevochten beslissing van het OCMW gekenmerkt is door een kennelijke onredelijkheid (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1086).

De vraag rijst echter of het OCMW bij de toepassing van artikel 100bis OCMW-wet over een discretionair beslissingsrecht beschikt, niet bekleed met een beleidsvrijheid doch slechts met een beoordelingsvrijheid. In dit laatste geval beschikt de feitenrechter niet enkel over een marginaal toetsingsrecht doch wel over volle rechtsmacht.

Het OCMW kan enkel maar redenen van billijkheid weerhouden, die vermeld worden in de desbetreffende beslissing. Wanneer een motiveringsplicht bestaat, heeft deze enkel maar zin indien een latere controle daarop mogelijk is.

Het OCMW kan dan enkel de notie “billijkheid” interpreteren, hetgeen naderhand door de rechter kan bijgetreden dan wel afgekeurd worden. In dit laatste geval zal de feitenrechter zijn interpretatie in de plaats stellen van deze van het OCMW, hetgeen neerkomt op een volle rechtsmacht (D. SIMOENS, “Verhaal van OCMW-hulp op onderhoudsplichtige familieleden: hoe ‘discretionair’ oordeelt het OCMW?”, *Soc.Kron.* 2001, 68; Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1529, noot D. SIMOENS).

Alleszins kan aan de hand van het cassatiearrest van 17 april 2000 niet worden afgeleid of de rechter over een marginaal toetsingsrecht beschikt dan wel over een controle met volle rechtsmacht (Cass. 17 april 2000, *JTT* 2000, 341 en *RW* 2000-01, 986, afkeurende noot D. SIMOENS).

De lagere rechtspraak heeft een tussenoplossing uitgedokterd, waarbij enerzijds gesteld wordt dat de rechterlijke macht niet de bevoegdheid heeft zich over de opportuniteit van de beslissing uit te spreken doch anderzijds de rechter wel bevoegd is na te gaan of de billijkheidsredenen die werden ingeroepen, wel correct door het OCMW werden beoordeeld (Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1529, noot D. SIMOENS; Rb. Gent 10 februari 2005, *NJW* 2005, 598, de rechtbank mag niet in de plaats treden van het OCMW bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van billijkheidsredenen; zij kan maar een marginale toetsing uitoefenen).

Een strekking in de rechtsleer verdedigt de stelling (L. VENY, *Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn. Overzicht van rechtspraak 1986-1996*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 214) zoals door voormelde rechtspraak gehuldigd, doch

een andere strekking is er echter niet van overtuigd dat de rechter mag oordelen of de ingeroepen billijkheidsredenen voldoende ernstig behandeld en onderzocht zijn geworden door het OCMW.

De rechter kan immers niet *in abstracto* oordelen of de ingeroepen billijkheidsredenen voldoende ernstig genomen werden. Voorafgaandelijk aan een dergelijk oordeel moet de rechter de relevantie van de billijkheidsredenen afwegen in het bijzonder geval. Dit komt erop neer dat de rechter dan toch tot een zekere toetsing van de billijkheidsredenen moet overgaan.

Daardoor matigt de rechter zich een bevoegdheid aan die betrekking heeft op de opportuniteit van de beslissing, terwijl men het erover eens is dat zulks niet tot zijn bevoegdheid behoort.

Het aanvaarden van een dergelijke bevoegdheid komt neer op het aanvaarden dat de rechter, bij de beoordeling van de beslissing van het OCMW om de ingeroepen billijkheidsredenen niet te aanvaarden, over een volle rechtsmacht beschikt (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1089).

Zie hierover het arrest van het Hof van Cassatie van 19 november 2007 (Cass. 19 november 2007, *RTDF* 2008, 1014) dat een vonnis van de appelrechter verbreekt omdat daarin niet werd vastgesteld dat het sociaal onderzoek waartoe het OCMW was overgegaan, ook betrekking had op de familiale complicaties van de zaak. Hieruit volgt dat het Hof van Cassatie blijkbaar toch minstens een marginale toetsing verwacht van de bodemrechter (zie *boven* nr. 1073).

M.b.t. de motiveringsplicht van een afwijzingsbeslissing, nam het Hof van Cassatie in een arrest van 18 september 2006 het volgende standpunt in. Een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat overgaat tot terugvordering van de kosten van maatschappelijke dienstverlening bij de onderhoudsplichtige familieleden van de geholpen persoon, terwijl deze onderhoudsplichtigen billijkheidsredenen hadden ingeroepen om van deze terugvordering te worden vrijgesteld, moet in zijn terugvorderingsbeslissing motiveren waarom het deze redenen niet aanvaardt. Het centrum kan niet worden gevolgd in zoverre het aanvoert dat enkel een beslissing tot vrijstelling dient te worden gemotiveerd, omdat het, wanneer het tot terugvordering overgaat, enkel de principiële wettelijke plicht tot terugvordering uitvoert (Cass. 18 september 2006, *RW* 2007-08, 309 (verkort)).

## f. Rechtspleging

**1082** Ook op procedureel vlak heeft het eigen recht van het OCMW een zekere impact. Vermits het geen onderhoudsvordering is, is de vrederechter niet exclusief bevoegd op grond van artikel 591, 7° Ger.W., doch bepaalt artikel 590 Ger.W., op grond van de waarde van de vordering, welke rechtsmacht in eerste aanleg over de verhaalsvordering uitspraak zal doen. Het zijn aldus de gemeenrechtelijke bevoegdheidsregels die van toepassing zijn (Cass. 17 september 1982, *RW* 1983-84, 386; I. ANNE, “Alimentaire rangorde, gezinslasten van de onderhoudsgerechtigde en tussenkomst OCMW” (noot onder Vred. Oostende 12 juni 1997), *T.Vred.* 2001, 261; D. SIMOENS, noot onder Rb. Brugge 7 april 2000, *RW* 2000-01, 1531).

Daarentegen is krachtens artikel 580, 8°, d Ger.W. de arbeidsrechtbank bevoegd betreffende geschillen die betrekking hebben op de terugvordering tegen de gerechtigde van de verstrekte financiële steun.

Het OCMW bepaalt de territoriaal bevoegde rechtbank aan de hand van ofwel de woonplaats van de persoon waartegen verhaal wordt uitgeoefend (art. 624, 1° Ger.W.) ofwel op grond van de plaats waar de verbintenis is ontstaan, waarover de betwisting handelt, met name de plaats waar de maatschappelijke dienstverlening is verstrekt (art. 624, 2° Ger.W.; D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1144-1148; zie verder N. DE VOS, I. CARLENS en L. VENY, "Procederen namens en tegen OCMW. Bijzondere aspecten inzake individuele steundossiers", *NJW* 2005, 74 e.v.).

Betwistingen over de toekenning, herziening, weigering of terugbetaling van prestaties van maatschappelijke dienstverlening, opgeworpen door de wettelijke onderhoudsplichtigen die aldus gericht zijn tegen het OCMW, vallen niet onder de bevoegdheid *ratione materiae* van de arbeidsrechtbank (art. 580, 8°, d Ger.W.). De betwisting tussen de onderhoudsplichtigen en het OCMW heeft niet het karakter van een onderhoudsvordering, die tot de bijzondere bevoegdheid van de vrederechter behoort (D. SCHEERS, "Vordering over onderhoudsgeld niet naar arbeidsrechtbank", *Juristenkrant* nr. 75, 8 oktober 2003, 8).

#### g. Verjaring

**1083** Ten slotte dient enige aandacht besteed te worden aan de verjaring van het verhaalsrecht van OCMW op de onderhoudsplichtigen aangaande maatschappelijke dienstverlening.

Krachtens artikel 102 *juncto* artikelen 97 en 98 OCMW-wet belooft deze vijf jaar (art. 2277 BW). Nochtans is artikel 2277*bis* BW met betrekking tot de verzorgingskosten, verstrekt door OCMW-ziekenhuizen van toepassing; dat artikel voorziet in een verjaringstermijn van twee jaar (Cass. 24 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 107, *Pas.* 1997, I, 111, *RW* 1997-98 en *R.Cass.* 1998, 27, noot P. WERY en H. VUYE).

### § 3. Procedure

**1084** Zoals bij iedere gemeenrechtelijke onderhoudsvordering is de vrederechter *ratione materiae* bevoegd om overeenkomstig artikel 591, 7° Ger.W. uitspraak te doen in eerste aanleg over de vordering, gesteund op de artikelen 205 e.v. BW (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 98).

Dit neemt niet weg dat in geval van hoogdringendheid, gelet op de situatie waarin de onderhoudsgerechtigde zich bevindt, ook de kort gedingrechter ten provisonale titel een onderhoudsuitkering kan toekennen (KG Brussel 19 juni 2001, *RTDF* 2002, 326).

Conform de artikelen 1320 en 1034*bis* e.v. Ger.W. wordt deze onderhoudsvordering met een verzoekschrift ingeleid voor de vrederechter die *ratione loci* bevoegd is op grond van de woonplaats van de onderhoudsgerechtigde.

Artikel 626 Ger.W. bepaalt immers dat de onderhoudsvorderingen kunnen gebracht worden voor de rechter van de woonplaats van de *eiser*. Volgens de meerderheidstrekking wordt onder de term “eiser” verstaan, de onderhoudsgerechtigde, zodat principieel deze onderhoudsvordering of de wijziging dan wel afschaffing, regelmatig zal ingeleid worden voor de vrederechter, territoriaal bevoegd, ingevolge de woonplaats van de onderhoudsgerechtigde.

Voor een meer gedetailleerde uiteenzetting over de onderscheiden strekkingen in rechtspraak en rechtsleer wordt er verwezen naar de uiteenzetting *boven*, onder de nrs. 586-589.

Er moet echter opgemerkt worden dat artikel 626 Ger.W. van aanvullend recht is, en dat de exceptie van onbevoegdheid *in limine litis* dient opgeworpen te worden (K. UYTTERHOEVEN, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake onderhoudsgelden” in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 220-222).

## AFDELING II

### DE ONDERHOUDSVORDERING TEN LASTE VAN DE NALATENSCHAP (ART. 205*BIS* BW)

#### § 1. Grondslagen

##### A. ALGEMEEN

**1085** Als gevolg van het overlijden valt de onderhoudsverplichting weg in hoofde van de overledene en maakt zijn patrimonium het voorwerp uit van een vereffening van de opengevallen nalatenschap. Aldus verdwijnt de steun, waarop bepaalde personen tijdens het leven van de overledene konden rekenen en die niet of slechts in beperkte mate wordt ondervangen door het erfrecht. Geen enkele wettelijke onderhoudsverplichting is passief overdraagbaar.

**1086** Een onderhoudsuitkering, bedongen in een familierechtelijke overeenkomst, voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming heeft

echter wel het karakter van een overdraagbare schuld. Dit is zo om reden dat het geen wettelijke onderhoudsverplichting is maar wel een onderhoudsverplichting die volledig en uitsluitend onderworpen is aan de onderlinge regeling van de echtgenoten, zoals vervat in de familierechtelijke overeenkomst.

Het conventionele karakter van de overeenkomst maakt, conform artikelen 1220 BW en 1223 BW, de overdraagbaarheid toepasselijk en vatbaar voor verdeling onder de erfgenamen (Cass. 4 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 263; Cass. 21 juni 1991, *RW* 1991-92, 547, noot en *T.Not.* 1992, 256, noot A. VERBEKE; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 87). Dit heeft voor gevolg dat de erfgenamen die de nalatenschap zuiver hebben aanvaard, weliswaar uitgezonderd de legatarissen onder bijzondere titel, ook persoonlijk met heel hun patrimonium instaan voor het verzekeren van de bedongen onderhoudsverplichting (J. GERLO, “De hybride vordering tegen de verwekker” (noot onder Rb. Kortrijk 28 februari 1997), *Not.Fisc.M.* 1998, 172). Enkel een afwijkend beding in de familierechtelijke overeenkomst kan de overdraagbaarheid van de onderhoudsschuld doen wegvallen.

Indien deze overeenkomst bepaalt dat enerzijds de hoegrootheid van de onderhoudsuitkering bepaald wordt en uitsluitend afhankelijk is van de beroepsinkomsten van de man, en anderzijds dat de uitkering kan verminderen in verhouding tot een vermindering van dit beroepsinkomen, bestaat de mogelijkheid dat het aan de vrouw toekomend onderhoudsgeld in evenredigheid vermindert.

Het overlijden van de man, waardoor er geen netto-inkomen meer uit zijn beroepsactiviteiten kan gegeneerd worden, doet bij toepassing van voormeld afwijkend beding logischerwijze de onderhoudsuitkering wegvallen. Deze clausule heeft voor gevolg dat niet enkel de onderhoudsuitkering vervalt doch ook dat deze geen last van de nalatenschap kan uitmaken (Antwerpen 8 januari 2003, *NJW* 2003, 1224).

**1087** Inzake adoptie neemt het nieuwe artikel 353-14 BW (wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *BS* 16 mei 2003, ed. 3, in werking op 1 september 2005) de bestaande regeling volledig over, behoudens dan dat de onderhoudsverplichting ten laste van de nalatenschap van de geadopteerde, zonder afstammelingen gestorven, bestaat ten overstaan van de adoptant dan wel de adoptanten, zijnde echtgenoten of samenwonenden (in de zin van art. 343, § 1, b BW) en indien hij/zij ten tijde van het overlijden behoeftig is.

Indien de geadopteerde vooroverlijdt, echter zonder afstammelingen na te laten, is zijn nalatenschap, conform het tweede lid van artikel 353-14, *in fine* BW levensonderhoud verschuldigd aan de behoeftige adoptant of adoptanten (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 146). Er is uitdrukkelijk bepaald dat de artikelen 205*bis*, §§ 3 en 5 BW van toepassing zijn.

**1088** Met de wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners (*BS* 8 mei 2007, ed. 2) werden twee nieuwe alimentatieverplichtingen ingevoerd.



Vooreerst is er de nieuwe paragraaf 5 van artikel 1477 BW die bepaalt dat de onderhoudsverplichting uit artikel 203, § 1 BW ook toepasselijk is op de langstlevende partner. Deze heeft een verplichting tot huisvesting, opvoeding, passende opleiding en onderhoud tegenover de kinderen van de erflater van wie hij niet de vader of de moeder is. De verplichting is beperkt tot de grenzen van de voordelen die hij heeft verkregen uit de nalatenschap, d.w.z. krachtens wettelijk erfrecht of testament maar ook van wat hij heeft verkregen bij schenking of ten gevolge van de samenwoningovereenkomst. De onderhoudsverplichting loopt verder na de meerderjarigheid van het kind en dit totdat de opleiding is voltooid. Het is echter geen last van de nalatenschap maar een persoonlijke verplichting van de langstlevende stiefouder.

De tweede nieuwe onderhoudsverplichting is wel een last van de nalatenschap en geen persoonlijke verplichting. Zij geldt tegenover de ascendenten van de erflater en is bedoeld als compensatie voor het verlies dat zij zouden lijden door de bijkomende uitholling van hun reserve. Zij krijgen een aanspraak op levensonderhoud ten laste van de nalatenschap van de erflater (paragraaf 6 van art. 1477 BW). Er is echter een dubbele beperking: vooreerst moet er behoefte zijn ten tijde van het overlijden, vervolgens geldt ze enkel tot beloop van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van giften aan de langstlevende wettelijke samenwonende (C. CASTELEIN, “De Wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners en andere erfrechtelijke innovaties”, *T.Fam.* 2007, 204-205; W. PINTENS en V. ALLAERTS, “Het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende. Een commentaar op de wet van 28 maart 2007”, *RW* 2007-08, 269-270).

Deze onderhoudsverplichting is bijna de volmaakte kopij van artikel 205bis, § 2 BW. Er is echter een “maar”, er wordt niet verwezen naar de uitwerking van de onderhoudsverplichting zoals opgenomen onder de paragrafen 3 en 4 van artikel 205bis BW en evenmin naar de vervaltermijn van één jaar bepaald in paragraaf 5 van hetzelfde artikel (F. TAINMONT, “La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal. Aspects civils”, *RTDF* 2008, 33-35).

**1089** Artikel 205bis BW voorziet in een (niet zeer gelukkige) combinatie tussen enerzijds een statisch element, te weten het erfrecht en anderzijds een dynamisch element, het recht op levensonderhoud (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 119; L. SWENNEN, “De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap”, *RW* 1981-82, 913).

Artikel 205bis BW luidt als volgt: “§ 1. De nalatenschap van de eerststervende echtgenoot, al was hij gescheiden van tafel en bed, is levensonderhoud verschuldigd aan de langstlevende, indien deze ten tijde van het overlijden behoeftig is.

§ 2. Wanneer een echtgenoot, al was hij gescheiden van tafel en bed, voor-

overleden is zonder nakomelingen achter te laten, is zijn nalatenschap aan zijn bloedverwanten in de opgaande lijn, die ten tijde van het overlijden behoeftig zijn, levensonderhoud verschuldigd ten belope van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van giften aan de langstlevende echtgenoot.

§ 3. De uitkering tot onderhoud is een last van de nalatenschap. Zij wordt opgebracht door alle erfgenamen en, zo nodig, door de bijzondere legatarissen, naar evenredigheid van hetgeen zij genieten.

Indien echter de overledene verklaard heeft dat bepaalde legaten bij voorkeur boven de andere moeten worden voldaan, dragen die legaten in de uitkering tot onderhoud slechts bij voor zover de inkomsten van de andere daartoe niet voldoende zijn.

§ 4. Indien het levensonderhoud niet als kapitaal uit de nalatenschap wordt genomen, wordt aan de rechthebbende voldoende zekerheid verschafft om de uitkering van het onderhoud te waarborgen.

§ 5. De termijn waarbinnen de uitkering tot onderhoud gevorderd moet worden, is een jaar, te rekenen van het overlijden”.

Het artikel werd ingevoegd in het Burgerlijk Wetboek door artikel 4 van de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (BS 27 mei 1981). De overeenstemmende inhoud was voorheen opgenomen in artikel 205, § 2-5 BW en dit ingevolge artikel 2 van de wet van 20 november 1896 houdende tot wijziging van de overlevende echtgenoot (BS 27 november 1896).

## B. LAST VAN DE NALATENSCHAP

**1090** Kenmerkend en essentieel is dat deze onderhoudsvordering niet gesteld wordt tegen een bepaalde onderhoudsplichtige, in het bijzonder een bepaald individu dat een wettelijke onderhoudsverplichting heeft, doch gericht is tegen de opengevallen nalatenschap en tot het passief ervan mag gerekend worden (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 844-845).

De onderhoudsgerechtigde dient met andere woorden een vordering tot levensonderhoud te stellen tegen de nalatenschap, waardoor deze een onderhoudsgerechtigde schuldeiser wordt van de nalatenschap (M. PEULINCKX-COENE, “De grote promotie van de langstlevende echtgenote”, *TPR* 1981, 681). Deze vordering, gericht tegen de nalatenschap onderscheidt zich van ieder recht in de nalatenschap (P. SENAEVE, “Art. 205bis BW” in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Artikelsgewijze commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl. 3). Kortom deze onderhoudsverplichting maakt dus een last van de nalatenschap uit (Cass. 12 juli 1957, *RW* 1957-58, 1750).

De gehoudenheid van de erfgenaam die de nalatenschap heeft aanvaard tot de schulden ervan, strekt zich eveneens uit tot de onderhoudsuitkering die verschuldigd is krachtens artikel 205bis BW, echter slechts tot beloop van het actief der nalatenschap (Rb. Antwerpen 26 december 1925, *Pas.* 1926, III, 24).

Het feit dat de onderhoudsgerechtigde over een vorderingsrecht beschikt tegen de nalatenschap betekent dat deze erfschuld voorgaat op de aanspraken van de erfgenamen, inbegrepen deze die een reservatair karakter hebben. Dit kan voor gevolg hebben dat het ganse actief van de nalatenschap opgaat in de onderhoudsschuld (P. SENAËVE, "Art. 205bis BW", 11).

**1091** De wetgever heeft hierbij uitdrukkelijk bepaald dat desnoods ook de bijzondere legatarissen naar evenredigheid dienen bij te dragen, voor zover het aandeel dat aan de overige erfgenamen toekomt, onvoldoende zou zijn (art. 205bis, § 3, eerste lid BW).

Wel beschikt de erflater over de mogelijkheid om te verklaren dat bepaalde legaten bij voorkeur boven de andere moeten voldaan worden, zodat deze slechts kunnen aangesproken worden voor zover de overige legaten de onderhoudsschuld niet kunnen voldoen (art. 205bis, § 3, tweede lid BW; M. PEULINCKX-COËNE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 681).

Naar analogie met artikel 927 BW kan de erflater bepalen dat sommige bijzondere legaten bij voorkeur boven andere uitgekeerd worden en aldus slechts in laatste instantie in aanmerking komen om de onderhoudsschuld te voldoen. Dit veronderstelt echter een formele, uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verklaring van de erflater in zijn laatste wilsbeschikking (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 926).

Dit betekent dan ook dat bijzondere legatarissen niet rechtstreeks gehouden zijn tot betaling van een onderhoudsgeld, doch indien nodig dienen zij bij te dragen tot het aanzuiveren van de onderhoudslast die op de nalatenschap rust. *In concreto* komt dit neer op een vermindering van het legaat ofwel op het feit dat de bijzondere legatarissen van hun legaat geheel, dan wel gedeeltelijk afstand zullen doen.

**1092** Indien bijzondere legatarissen gehouden zijn tot het leveren van een bijdrage, dient bij het vereffenen en verdelen van de nalatenschap overgegaan te worden tot een kapitalisatie van de onderhoudsschuld, hetgeen bij de begroting ervan steeds een benadering inhoudt.

Daartegenover staat dat de erfgenamen aan deze onderhoudsplicht kunnen tegemoetkomen door middel van maandelijksse betalingen, zodat zij dan de gelegenheid hebben om te beschikken over de goederen die afhangen van de nalatenschap.

Indien de totale onderhoudsschuld uiteindelijk minder bedraagt dan het gekapitaliseerd bedrag, heeft de bijzondere legataris recht op terugvordering van het gedeelte dat op zijn bijzonder legaat werd ingehouden. Dit heeft wel voor gevolg dat hij het risico draagt van de insolventie van de erfgenamen.

Maar wanneer het gekapitaliseerd bedrag onvoldoende is, mag het gedeelte van het bijzonder legaat dat uitgekeerd werd, teruggevorderd worden, waardoor omgekeerd, de erfgenamen het risico van de insolventie van de bijzondere legataris lopen (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 926).

**1093** De onderhoudsgerechtigde beschikt eveneens over de mogelijkheid om te verhinderen dat het actief van de nalatenschap zich zou vermengen met het eigen vermogen van de erfgenamen. Hij kan krachtens de artikelen 878 e.v. BW de afscheiding van de boedels vorderen.

Met betrekking tot de onroerende goederen die deel uitmaken van de opengevallen nalatenschap, kan binnen een termijn van zes maanden na het openvallen van de nalatenschap, krachtens artikel 39 Hyp.W. een inschrijving genomen worden op het hypotheekkantoor.

Gedurende deze termijn kunnen de erfgenamen geen hypotheek vestigen op deze onroerende goederen, noch tot vervreemding ervan overgaan (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 682).

Indien de erfgenamen geen nauwkeurige inlichtingen verschaffen met betrekking tot de samenstelling van het actief en passief van de nalatenschap en het bestaan van mogelijke hypothecaire inschrijvingen op onroerende goederen, kan het gepast voorkomen dat er een hypothecaire inschrijving wordt genomen door de onderhoudsgerechtigde lastens de nalatenschap, zulks tot wanneer er meer duidelijkheid is verstrekt door de erfgenamen (Vred. Gent 3 november 1978, *RW* 1981-82, 956).

**1094** Ten slotte dienen ook de goederen die onderworpen zijn aan het recht van wettelijke terugkeer evenredig bij te dragen in de onderhoudsschuld, alsook in de overige schulden, onverminderd het feit dat deze goederen niet in aanmerking komen bij de samenstelling van de fictieve massa (art. 922 BW), waarop de reserve en het beschikbaar deel berekend wordt (P. SENAËVE, "Art. 205bis BW" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Artikelsgewijze commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 12, losbl.).

**1095** De vordering conform artikel 205bis BW heeft het karakter van een onderhoudsvordering, hetgeen betekent dat de bepalingen van de gemeenschappelijke onderhoudsplicht erop van toepassing zijn. Overeenkomstig artikel 208 BW kan de onderhoudsvordering derhalve slechts gesteld worden voor zover de onderhoudsgerechtigde behoeftig is en voor zover de nalatenschap vermogend is. De nalatenschap is de schuldenaar (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 238).

Uiteindelijk zijn het de erfgenamen die gehouden zijn tot het invullen van de onderhoudsplicht, doch zij zijn niet persoonlijk schuldenaar van de onderhoudsverplichting. Zij voeren deze onderhoudsplicht enkel uit tot beloop en naar evenredigheid van hun aandeel in de nalatenschap. De onderhoudsgerechtigde kan zich bijgevolg niet tot een van de erfgenamen richten om het totale bedrag van de onderhoudsschuld op te eisen (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 924-925).

### C. BEHOEFDIGHEID

**1096** De onderhoudsvordering op de nalatenschap vereist dus dat de onderhoudsgerechtigde behoeftig is (Cass. 13 maart 1970, *RW* 1969-70, 1965, noot). Betreffende de invulling van de notie *b e h o e f t i g h e i d* bestaat in de rechtsleer betwisting.

Een eerste stelling gaat uit van het gemeenrechtelijk beginsel, te weten de onmogelijkheid om in zijn persoonlijk onderhoud te voorzien met eigen middelen, met andere woorden om een menswaardig bestaan te kunnen leiden. Dit is dus een beperkte invulling van het begrip behoeftigheid (P. SENAEVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 239; M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 694-695).

Een tweede stelling, die de meerderheidstrekking vormt in rechtspraak en rechtsleer, stelt dat *b e h o e f t i g h e i d* dient beoordeeld te worden in functie van de sociale status van de onderhoudsgerechtigde.

Voor de langstlevende echtgenoot is dit de levensstandaard, genoten tijdens het huwelijk, zodat de vordering lastens de nalatenschap de voorzetting is van de hulpverplichting, die geldt tijdens het huwelijk. De staat van behoeftigheid is dus relatief en moet, in hoofde van de langstlevende echtgenoot beoordeeld worden in functie van de levensstandaard van tijdens het huwelijk (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 923; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 84-85).

Dit begrip van een min dan wel meer *verruimde* behoeftigheid is ook terug te vinden in de nieuwe uitkering na echtscheiding (art. 301, § 3 (nieuw) BW) doch hier is het criterium de aanzienlijke economische terugval van de uitkeringsgerechtigde ten overstaan van de globale economische situatie van het koppel tijdens het huwelijk. De onderhoudsvordering van de ex-echtgenoot tegenover de nalatenschap van zijn gewezen echtgenoot valt dus onder een meer beperkt begrip van behoeftigheid (art. 301, § 10, eerste lid (nieuw) BW) dan dit van toepassing onder het oude artikel 301 BW waarin de uitkering een gemengd alimentair en indemnitaïr karakter had.

In geval van echtgenoten is het dus van belang steeds het onderscheid te maken tussen de vordering van de echtgenoot tegenover de nalatenschap en deze van de ex-echtgenoot tegenover de nalatenschap van zijn gewezen echtgenoot (na echtscheiding).

**1097** Met betrekking tot de onderhoudsvordering van de ascendenten in de nalatenschap van de gehuwde descendent (art. 205*bis*, § 2 BW) geldt dan weer het gemeenrechtelijke beperkte begrip van de behoefteigheid, zulks conform artikel 205 BW (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 240).

De inhoud van het begrip behoefteigheid in het kader van de vordering ten laste van de nalatenschap is dus de voortzetting van de inhoud die het begrip had in de oorspronkelijke alimentatieverhouding (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 296).

Dit is ook zo voor de bijzondere vorderingen (zie *verder*, randnrs. 1117-1126) die voor de toepassing van artikel 205*bis* BW in aanmerking komen, zoals de onderhoudsvordering van de ex-echtgenoot in de nalatenschap van zijn gewezen echtgenoot of echtgenote, conform artikel 301, § 6 en 307*bis*, *in fine* (oud) BW en artikel 301, § 10, eerste lid (nieuw) BW, de onderhoudsvordering in de nalatenschap van de verwekker (art. 339*bis* BW), de vordering van de adoptant lastens de nalatenschap van de geadopteerde (art. 353-14, tweede lid BW), deze van het pleegkind lastens de nalatenschap van de pleegvoogd (art. 475*quinquies*, tweede lid BW; J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 97) en de vordering van de ascendenten van de vooroverleden wettelijke samenwoner (art. 1477, § 6 BW).

Vereist is wel dat de behoefteigheid bestaat op het ogenblik van het overlijden. Een veroordeling tot levensonderhoud, voorafgaand aan het overlijden van de onderhoudsplichtige is echter niet vereist (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 84).

Nochtans wordt ook de behoefteigheid weerhouden die al bestond vóór het ogenblik van het overlijden en die reeds aanleiding gaf tot een onderhoudsuitkering op grond van een gemeenrechtelijke onderhoudsvordering of een gelijkwaardige maatregel, zoals de sommendelegatie, overeenkomstig artikel 221 BW. Een staat van behoefteigheid die slechts op een later ogenblik dan het overlijden ontstaat, geeft geen aanleiding tot een vordering ten laste van de nalatenschap.

#### D. OPENBARE ORDE

**1098** De onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap is van openbare orde, wat voor gevolg heeft dat de erflater niet kan bedingen dat zijn

erfenis door bepaalde onderhoudsgerechtigden niet kan aangesproken worden om te voldoen aan de wettelijke onderhoudsplicht. Evenmin kan hij ze beperken.

Er kunnen aldus geen conventionele, evenmin als testamentaire bedingen getroffen worden, die in een beperking voorzien van de onderhoudsvordering en van de wijze van uitoefening ervan. Met andere woorden, van het recht op onderhoud kan de gerechtigde niet onterfd worden, zoals de erflater er de modaliteiten niet van kan wijzigen of bepalen. Eveneens kan een beding in een testament, waardoor de onderhoudsgerechtigde onterfd wordt, geen enkele impact hebben op de onderhoudsvordering ten laste van de opengevallen nalatenschap (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 245; M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 683).

Het recht op levensonderhoud staat los van elk erfrecht, zodat hiervan geen afstand kan gedaan worden, zoals dit wél het geval is krachtens artikel 1388, tweede lid BW bij huwelijkscontract of bij wijzigingsakte (wet van 22 april 2003 betreffende het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 22 mei 2003; J. DU MONGH, "Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot: de 'Wet-Valkeniers' van 22 april 2003", *RW* 2003-04, 1527, nr. 16).

Het openbare ordekarakter heeft eveneens tot gevolg dat er geen gronden van erfrechtelijke onwaardigheid (art. 727 BW) en erfrechtelijke uitsluiting van de langstlevende echtgenoot (art. 745<sup>septies</sup> BW) kunnen tegengesteld worden aan de onderhoudsgerechtigde om hem op die manier van de onderhoudsteun uit te sluiten (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 246; M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 683).

**1099** Ten slotte kan de vordering tot levensonderhoud ten laste van de nalatenschap ook niet het voorwerp van overdracht uitmaken evenmin als de onderhoudsgerechtigde van het recht op onderhoud afstand kan doen of hieromtrent een dading kan treffen. De onderhoudsplichtige kan ook geen uitstel van betaling bekomen daar hij wettelijk tot steun aan de onderhoudsgerechtigde verplicht is (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 683).

Dit betekent echter niet dat er geen overeenkomsten gesloten kunnen worden over de modaliteiten betreffende de nakoming van deze wettelijke onderhoudsverplichting, ten minste voor zover het recht op de onderhoudsvordering als zodanig niet wordt aangetast en er geen bedingen in de overeenkomst worden opgenomen die afwijkingen inhouden van wettelijke bepalingen van dwingend recht, zoals de veranderlijkheid van het *kwaantum* (P. SENAËVE,

“De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 246).

#### E. CATEGORIEËN

**1100** De wetgever heeft in het kader van artikel 205*bis* BW een aantal categorieën van onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap weerhouden en omschreven (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 85).

Opdat de steunzoekende gerechtigd zou zijn op een vorderingsrecht ten overstaan van de opengevallen nalatenschap, dient in iedere categorie een aantal welbepaalde voorwaarden en modaliteiten vervuld te zijn. Dit brengt met zich mee dat in iedere situatie zal dienen nagegaan te worden of de mogelijkheid openstaat om, op grond van artikel 205*bis* BW een onderhoudsvordering te kunnen instellen.

##### *1. De langstlevende echtgenoot als onderhoudsgerechtigde ten laste van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot*

**1101** Artikel 205*bis*, § 1 BW voorziet in een onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap, waardoor de wetgever in een overbrugging heeft willen voorzien van de onderhoudsverplichting, bestaande tussen echtgenoten tijdens hun leven en nadien, meer bepaald wanneer één van hen overleden is. Dit betekent dus een voortzetting van deze onderhoudsplicht, ontstaan als gevolg van het huwelijk, na de dood van één van beide (Vred. Gent 3 november 1978, *RW* 1981-82, 956).

Er is echter niet in een vordering voorzien van de wettelijk samenwonende ten laste van de nalatenschap van zijn partner in geval van beëindiging van de wettelijke samenwoning door het overlijden van een der samenwonenden. Dit is het logische gevolg van het ontbreken van de hulpplicht (art. 213 BW) en de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk (art. 221 BW).

Zoals hierboven werd uiteengezet werden wel twee nieuwe onderhoudsvorderingen gecreëerd, een ten voordele van de stiefkinderen en een ten voordele van de ascendenten van de erflater (art. 1477, §§ 5 en 6 BW). De eerstgenoemde vordering is geen vordering ten laste van de nalatenschap maar een persoonlijke plicht van de overlevende wettelijke samenwonende (zie *boven* nr. 1088).

De onderhoudsvordering vertoont eigen kenmerken, die zich onderscheiden van de gemeenrechtelijke onderhoudsvordering. Meer bepaald is de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap niet wederkerig, ze is verbonden aan een vervaltermijn (zie *verder* nrs. 1148-1150) en beperkt veranderlijk (zie *verder* nrs. 1134-1135).



a. Onderhoudsvordering en feitelijke scheiding

**1102** In de eerste plaats is vereist dat het huwelijk ontbonden is door het overlijden, ook al bepaalt artikel 205*bis*, § 1 BW dat het vorderingsrecht blijft gelden indien de eerststervende gescheiden was van tafel en bed. Nochtans blijft volgens het oude echtscheidingsrecht enkel de onderhoudsplicht, conform artikel 308 (oud) BW bestaan ten overstaan van de echtgenoot die aan de scheiding van tafel en bed geen schuld heeft.

Het zou immers in de context van het oude recht totaal onlogisch zijn dat tijdens het leven van beide echtelieden de schuldige echtgenoot iedere onderhoudsaanspraak ten overstaan van de echtgenoot die geen schuld treft aan de scheiding van tafel en bed verliest, doch dat na het overlijden van de onschuldige, het recht op levensonderhoud herleeft maar dan ten laste van de opengevallen nalatenschap (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 119; P. SENAEEVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 227).

Door de wet van 27 april betreffende de hervorming van de echtscheiding (BS 7 juni 2007) werd met ingang van 1 september 2007 artikel 308 BW vervangen als volgt: “Na uitspraak van de scheiding van tafel en bed blijft de plicht van hulp bestaan”. De verwijzing naar een schuldige echtgenoot t.w. “de echtgenoot die de scheiding heeft verkregen” is dus weggefallen, zodat ook de bovenvermelde problematiek is opgelost.

**1103** De onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap zal alleszins haar belang hebben, indien in geval van een feitelijke scheiding van meer dan zes maanden, krachtens artikel 915*bis*, § 3 BW de langstlevende echtgenoot bij testament werd onterfd (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 119). De langstlevende echtgenoot kan levensonderhoud vorderen van de nalatenschap, ook al heeft zij/hij niet de hoedanigheid van erfgenaam ten overstaan van de nalatenschap van de overleden echtgenoot.

**1104** Kan, in geval van feitelijke scheiding van de echtgenoten op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap van de eerststervende een gelijkaardige houding worden aangenomen, als in geval van scheiding van tafel en bed onder het oude echtscheidingsrecht?

Kan met andere woorden het recht op levensonderhoud ten laste van de nalatenschap geweigerd worden ten overstaan van de langstlevende echtgenoot die de feitelijke scheiding heeft doen ontstaan?

De voorstanders van de weigering van het recht op levensonderhoud ten voordele van de echtgenoot die schuld heeft aan de feitelijke scheiding steunen zich op het gegeven dat de onderhoudsverplichting bepaald door artikel 213 BW en artikel 205*bis* BW identiek is, zodat de toepassingsmodaliteiten ook dezelfde moeten zijn (C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten. De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 315; C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent, Story-Scientia, 1978, 236).

Bovendien wordt als argument ingeroepen dat in de meeste gevallen tijdens het huwelijk wel een procedure gevoerd zal zijn, waaruit de schuld of onschuld van de langstlevende aan de feitelijke scheiding is komen vast te staan (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 936).

Dit laatste argument overtuigt niet waar in het kader van een procedure op grond van artikel 223, eerste lid BW, de bodemrechter zich niet uitspreekt over de schuldvraag. Indien anderzijds op het ogenblik van het overlijden een echtscheidingseis hangende is, dan is er evenmin een uitspraak over de schuldvraag die met kracht van gewijsde is bekleed.

De tegenstanders van de weigering van het vorderingsrecht op de nalatenschap stellen als fundamenteel bezwaar voorop dat er onmogelijk postuum een betwisting kan gevoerd worden over de schuldvraag rond het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding tijdens het echtelijk leven en dit tot aan de dood van de eerststervende (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 936; in meer genuanceerde zin: P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 227).

**1105** De huidige rechtspraak en rechtsleer is het erover eens dat de onderhoudsvordering blijft bestaan in geval van scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, zelfs indien de familierechtelijke overeenkomst omtrent de onderhoudsuitkering het stilzwijgen bewaart.

Dit is ook zo bij overlijden van een echtgenoot in de loop van een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming en eveneens wanneer het overlijden van een echtgenoot plaatsgrijpt in de loop van een echtscheidingsgeding op grond van bepaalde feiten (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 227).

Hetzelfde geldt voor een echtscheiding op grond van een onherstelbare ontwrichting waar de schuldvraag geen rol meer speelt om de echtscheiding te bekomen (art. 229 (nieuw) BW).

## b. Onderhoudsvordering en onderhoudsplichtige kinderen

**1106** De onderhoudsvordering kan door de langstlevende echtgenoot worden ingesteld ongeacht of er gemeenschappelijke kinderen in leven zijn. Dit heeft als gevolg dat de gemeenschappelijke kinderen slechts door de langstlevende echtgenoot-ouder kunnen aangesproken worden om aan hun persoonlijke onderhoudsverplichting te voldoen, nadat de nettowaarde van de nalatenschap volledig is uitgeput (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 228).

Het onderscheid tussen de onderhoudsvorderingen, enerzijds ten laste van de onderhoudsplichtige kinderen en anderzijds ten laste van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot is niet onbelangrijk.

De langstlevende echtgenoot dient in het kader van de vordering ten laste van de nalatenschap enkel voorrang te verlenen aan de schuldeisers van de eerststervende en zodoende van de nalatenschap, terwijl de erfgenamen verplicht kunnen worden een zekerheid te stellen voor de uitbetaling van de onderhoudsuitkering.

In rangorde komt de langstlevende echtgenoot als onderhoudsgerechtigde na alle schuldeisers van de nalatenschap en vervalt de onderhoudsschuld ingeval de nalatenschap deficitair blijkt te zijn (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 120; J. GERLO, “De hybride vordering tegen de verwekker” (noot onder Rb. Kortrijk 28 februari 1997), *Not.Fisc.M.* 1998, 173).

Indien de onderhoudsvordering gesteld is ten laste van de onderhoudsplichtige kinderen-erfgenamen, dan wordt de onderhoudsgerechtigde langstlevende echtgenoot weliswaar ook geconfronteerd met hun persoonlijke schuldeisers (L. SWENNEN, “De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap”, *RW* 1981-82, 918).

Wanneer bijgevolg de langstlevende echtgenoot te maken heeft met de situatie dat de opengevallen nalatenschap een belangrijk actief vertegenwoordigt, doch de erfgerechtigde kinderen dergelijke omvangrijke schulden hebben, dat dit actief hierdoor overtroffen wordt, dan heeft de langstlevende echtgenoot er alle belang bij om de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap in te stellen en ter beveiliging van zijn/haar rechten, de afscheiding van de boedels te vorderen (M. PEULINCKX-COENE, “De grote promotie van de langstlevende echtgenote”, *TPR* 1981, 696).

## c. Onderhoudsvordering en erfrechtelijke reserve

**1107** De onderhoudsvordering blijft bestaan, onverminderd het reservatair erfrecht van de langstlevende echtgenoot zodat ze ermee gecombineerd kan

worden. Nochtans kan de onderhoudsvordering niet gelijkgesteld worden met het reservatair erfrecht. Het eerste recht ontstaat enkel in geval van behoefte in hoofde van de langstlevende echtgenoot, terwijl het tweede recht is toegekend ongeacht de vermogenstoestand van de langstlevende echtgenoot.

Zoals al werd vermeld, kan het reservatair erfrecht van de langstlevende echtgenoot, te weten het vruchtgebruik op de helft van de boedel, waaruit de nalatenschap is samengesteld en alleszins op het onroerend goed dat als de voornaamste woning dienst deed van het gezin met de stofferende huisraad (art. 915bis BW), het voorwerp van onterving uitmaken (art. 915bis, § 3 BW).

Het vervalt ook in geval van ondankbaarheid (art. 957 BW) of in geval van scheiding van tafel en bed (art. 731 BW) en eveneens op basis van de bijzondere, facultatieve gronden van erfrechtelijke onwaardigheid, conform artikel 745septies BW. Daarentegen vervalt de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap niet op grond van onwaardigheid (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 229-230).

**1108** De erfrechtelijke reserve wordt berekend op de massa, waaraan de schenkingen fictief worden gevoegd, terwijl er geen rekening gehouden wordt met de goederen onderworpen aan het recht op wettelijke terugkeer, conform artikel 747 BW.

De vordering tot levensonderhoud wordt echter bepaald op grond van het netto-actief van de nalatenschap, waarin wel de goederen begrepen zijn die vallen onder de wettelijke terugkeer, terwijl de schenkingen enkel in aanmerking komen, ingeval ze na een *actio pauliana* (art. 1167 BW) tot de nalatenschap zijn teruggekeerd.

Als wettige en reservataire erfgenaam kan de langstlevende echtgenoot de inbreng, respectievelijk inkorting vorderen van schenkingen die de erflater heeft gedaan, hetgeen echter niet mogelijk is in de hoedanigheid van onderhoudsgerechtigde ten overstaan van de nalatenschap.

**1109** De onderhoudsvordering tegen gezegd netto-actief wordt principieel vereffend door middel van periodieke uitkeringen. De erfrechtelijke reserve geeft recht op een aandeel in de nalatenschap op erfgoederen, doch brengt ook een proportionele gehoudenheid tot de erfschulden mee.

De eigen schuldeisers kunnen ook beslag leggen op het aandeel in de erfgoederen, terwijl het toegekende onderhoudsgeld deels onbeslagbaar is (art. 1410, § 1, 1° Ger.W.; M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 698).

**1110** De wijze waarop de cumul tussen het reservataire erfrecht en de onderhoudsvordering uitgevoerd wordt, zal alleszins afhankelijk zijn van de beoordeling van de behoefte in hoofde van de langstlevende echtgenoot.

Er zal rekening gehouden worden met het eigen vermogen van de langstlevende, waarin eveneens vervat zijn de goederen in volle eigendom, als met de rechten in vruchtgebruik, voortkomend uit de opengevallen nalatenschap. Hierbij wordt abstractie gemaakt van de vordering tot levensonderhoud.

Indien vervolgens blijkt dat de langstlevende echtgenoot nog behoeftig is, dan moet bij de beoordeling van het bedrag van de onderhoudsuitkering, rekening gehouden worden met het feit dat deze als last van de nalatenschap, in het bijzonder in de eigen hoedanigheid als erfgerechtigde, een deel ervan zelf zal moeten dragen.

Er dient immers rekening gehouden te worden met het feit dat alle erfgenamen een deel van de onderhoudsuitkering moeten dragen, waaronder de langstlevende er zelf een van is.

Praktisch komt het er aldus op neer dat de rechter het bedrag bepaalt dat de overige erfgenamen aan de langstlevende echtgenoot mede-erfgerechtigde moeten betalen (P. SENAEVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 230).

**1111** Indien de eerststervende de formele wil heeft geuit om de langstlevende echtgenoot van zijn voorbehouden erfdeel te onterven (over de ontervinggronden: zie M. PEULINCKX-COENE, “De grote promotie van de langstlevende echtgenote”, *TPR* 1981, 617, nrs. 31-32 en 629, nr. 46 e.v.) volstaat het dat deze intentie duidelijk blijkt uit het testament. De ontferde echtgenoot kan dan echter, wanneer hij/zij zich in een staat van behoefte bevindt, beroep doen op artikel 205bis BW (Rb. Neufchâteau 3 mei 2000, *RRD* 2000, 327 en *Rev.not.b.* 2001, 753).

## 2. De onderhoudsvordering van de ascendenten ten laste van de nalatenschap

**1112** Krachtens artikel 205 BW kan een behoeftige ouder beroep doen op de steunplicht van zijn kind, en wanneer deze laatste gehuwd is, ook op deze van zijn schoonkind overeenkomstig artikel 206 BW. In geval van vooroverlijden van het kind kan de ouder geen beroep meer doen op voormelde steunplicht, voor zover het huwelijk van het kind ook kinderloos is gebleven.

Sinds de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (*BS* 27 mei 1981) is het niet langer verplicht dat een deel van de goederen van de kinderloos gebleven kinderen dwingend aan de ouders toekomen, maar de goederen van de nalatenschap kunnen wel voor een gedeelte belast worden met de onderhoudsvordering van de ouders van het vooroverleden kind.

In de eerste plaats is wel vereist dat op het ogenblik van het overlijden de ouders behoeftig zijn.

Verder wordt eveneens uitdrukkelijk in artikel 205bis, § 2 BW bepaald dat de vordering ook ingesteld kan worden indien het kind gescheiden leefde van tafel en bed. Deze toevoeging komt als overbodig voor, gezien de vordering

ten laste van de nalatenschap wordt gesteld en aldus weegt op alle erfgenamen en in de eerste plaats op de langstlevende echtgenoot van het overleden kind.

Wel is het zo dat, ondanks het beginsel van de solidariteit tussen schoonouders en schoonkinderen, in geval van scheiding van tafel en bed, de vordering krachtens artikel 205*bis* BW enkel nog door de ascendenten van de schuldlige echtgenoot ingesteld kan worden ten laste van de nalatenschap van de schuldlige echtgenoot, vermits enkel de onschuldige echtgenoot de giften tussen echtgenoten gedaan, behoudt (art. 299 BW en 311*bis* BW) en hij uitsluitend de erfrechten van de ascendenten van de schuldlige echtgenoot kan doen verminderen. Door de wet van 27 april betreffende de hervorming van de echtscheiding (*BS* 7 juni 2007) werd met ingang van 1 september 2007 artikel 299 BW echter in die zin vervangen dat beide echtgenoten alle voordelen die zij elkaar bij huwelijksovereenkomst hebben toegekend, verliezen en overeenkomstig het nieuwe artikel 311*bis* BW geldt dit ook in geval van scheiding van tafel en bed.

De vordering situeert zich niet in de relatie schoonouder-schoonkind, maar houdt een last in die rust op de nalatenschap van de overleden descendent en die meer bepaald ten laste valt van al zijn erfgenamen (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 717-718).

**1113** Met de wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners (*BS* 8 mei 2007, ed. 2) werden twee nieuwe alimentatieverplichtingen ingevoerd.

Een ervan is een last van de nalatenschap. Zij geldt tegenover de ascendenten van de erflater en is bedoeld als compensatie voor het verlies dat zij zouden lijden door de bijkomende uitholling van hun reserve. Zij krijgen een aanspraak op levensonderhoud ten laste van de nalatenschap van de erflater (paragraaf 6 van art. 1477 BW). Er is echter een dubbele beperking: vooreerst moet er behoefte zijn ten tijde van het overlijden, vervolgens geldt ze enkel tot beloop van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van giften aan de langstlevende wettelijke samenwonende (C. CASTELEIN, "De Wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners en andere erfrechtelijke innovaties", *T.Fam.* 2007, 204-205).

Deze onderhoudsverplichting is bijna de volmaakte kopij van artikel 205*bis*, § 2 BW. Er is echter een "maar", er wordt niet verwezen naar de uitwerking van de onderhoudsverplichting zoals opgenomen onder de paragrafen 3 en 4 van artikel 205*bis* BW en evenmin naar de vervaltermijn van één jaar bepaald in paragraaf 5 van hetzelfde artikel (F. TAINMONT, "La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal. Aspects civils", *RTDF* 2008, 33-35).

## a. Voorwaarden

**1114** Er worden een aantal voorwaarden gesteld opdat de ouders tot de onderhoudsvordering krachtens artikel 205*bis*, § 2 BW kunnen overgaan.

De eerste voorwaarde is dat het vooroverleden kind geen afstammelingen mag nagelaten hebben. Dit is logisch vermits in dergelijk geval de kleinkinderen op grond van artikel 205 BW tot levensonderhoud ten overstaan van hun grootouders gehouden zijn.

De goederen afkomstig van het vooroverleden kind gaan immers in principe gedeeltelijk over op de kleinkinderen en maken dan ook deel uit van het vermogen waarop de onderhoudsuitkering zal worden begroot.

Meestal zal dit echter niet het geval zijn daar de kinderen van de *decuius* geconfronteerd worden met de erfrechten van de langstlevende echtgenoot en hun erfdeel dan ook uitsluitend uit de blote eigendom bestaat. Bovendien is het ook mogelijk dat het erfdeel, dat de kleinkinderen te beurt valt, door de eigen schulden wordt opgeslorpt (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 232).

De onderhoudsvordering van de ouders kan enkel maar toegekend worden in vervanging van de verloren gegane reserve, hetgeen enkel maar kan als er geen afstammelingen van het vooroverleden kind zijn. Slechts in deze situatie is de ouder erfgerechtigd en kan hij zijn reserve laten gelden (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 122).

Als tweede voorwaarde geldt dat de onderhoudsvordering zich slechts kan uitstrekken of, met andere woorden, beperkt is tot het verlorengaan erfrecht, als gevolg van de giften van het vooroverleden kind aan diens langstlevende echtgenoot.

Indien geen giften werden gedaan aan de langstlevende echtgenoot, bekomt deze laatste het aandeel van de eerststervende in het gemeenschappelijk vermogen, vermeerderd met het vruchtgebruik op het eigen vermogen, zodat de ascendenten genoeg moeten nemen met de blote eigendom van de eigen goederen, overeenkomstig artikel 745*bis*, § 1, tweede lid BW.

Indien de nalatenschap van het vooroverleden kind geen eigen goederen omvat, zijn de ouders van de nalatenschap uitgesloten. Toch kunnen ze in een dergelijk geval ook geen onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap stellen. Dit is enkel maar mogelijk indien het vooroverleden kind een gift aan de langstlevende heeft gedaan van de blote eigendom van zijn eigen vermogen, waardoor de ouder volledig is onterfd, wat mogelijk is conform artikel 915, tweede lid BW (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 231-232).

Daarenboven is vereist dat de langstlevende echtgenoot effectief gerechtigd is in de opengevallen nalatenschap van het kind. Indien de langstlevende niet in de nalatenschap gerechtigd is, behouden de ouders hun reserve van een vierde in volle eigendom. In dit geval kunnen de ouders hun reservatair erfrecht niet cumuleren met een onderhoudsvordering.

#### b. Omvang van de onderhoudsuitkering

**1115** Betreffende de omvang van de onderhoudsuitkering die de ouders uit de nalatenschap kunnen bekomen, geldt enkel het beginsel dat enerzijds wordt rekening gehouden met de behoeften van de ouders en anderzijds met het netto-actief van de nalatenschap.

Een bijkomende beperking is wettelijk bepaald, t.w. dat de ouders nooit méér kunnen bekomen dan het voor hen verloren gegaan aandeel in de nalatenschap, ook al is deze wettelijke onderhoudsplicht niet meer dan de voortzetting van de onderhoudsvordering ten overstaan van de kinderen, over de dood heen (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 719 e.v.).

**1116** Naast de voormelde twee hoofdcategorieën van onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap, t.w. van de langstlevende echtgenoot en van de ascendenten, wordt in het kader van de adoptie en de pleegvoogdij, evenals ten voordele van de ex-echtgenoot na echtscheiding op grond van feiten en onherstelbare ontwrichting, en ten behoeve van het verwekte kind ten overstaan van zijn verwekker, een wettelijke onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap georganiseerd, waarop artikel 205*bis* BW van toepassing is (zie *verder*).

### 3. De onderhoudsplicht ten behoeve van de adoptieve ouder(s)

**1117** In geval van gewone adoptie is de geadopteerde en zijn afstammelingen, overeenkomstig artikel 353-14 BW levensonderhoud verschuldigd aan de behoeftige adoptant.

Dit artikel nam de bestaande regeling volledig over van het oude artikel 364, § 2 BW behoudens dan dat de onderhoudsverplichting ten laste van de nalatenschap van geadopteerde, zonder afstammelingen gestorven, bestaat ten overstaan van de adoptant dan wel de adoptanten, zijnde echtgenoten of samenwonenden (in de zin van art. 343, § 1, b BW) die van ongelijk of gelijk geslacht zijn en indien hij of zij ten tijde van het overlijden behoeftig is.

Indien de geadopteerde vooroverlijdt zonder afstammelingen na te laten, is zijn nalatenschap, conform artikel 353-14, tweede lid BW levensonderhoud verschuldigd aan de behoeftige adoptant of adoptanten. Er is uitdrukkelijk bepaald dat de artikelen 205*bis*, §§ 3 en 5 BW van toepassing zijn (J. GERLO,



*Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 146).

Het is wel vereist dat, naast de behoefteigheid in hoofde van de adoptant, de geadopteerde zonder afstammelingen na te laten, vooroverleden is. Zijn er afstammelingen, dan zijn deze, zoals hierboven al werd aangehaald ten overstaan van de adoptant, onderhoudsplichtig.

**1118** Op erfrechtelijk vlak dient verwezen te worden naar artikel 353-16 BW voor zover de geadopteerde geen afstammelingen noch langstlevende echtgenoot of wettelijk samenwonende nalaat.

In dit geval van *ab intestaat* openvallen van de nalatenschap en bij gebreke aan beschikkingen onder levenden, zullen de goederen die geschonken werden door de adoptant en voor zover nog *in natura* aanwezig in de opengevallen nalatenschap, terugkeren naar de adoptant. Wel zal de adoptant gehouden zijn om bij te dragen in de schulden onder voorbehoud van de verkregen rechten van derden.

Na de uitoefening van dit uitgebreide *anomale* erfrecht, wordt het resterend gedeelte van de nalatenschap van de overleden geadopteerde verdeeld in twee gelijke helften tussen de oorspronkelijke familie van de geadopteerde en de adoptieve familie. In de adoptieve familie komt enkel de adoptant of de adoptanten, ieder voor de helft of hun erfgenamen in neerdalende lijn in aanmerking (M. PEULINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 242).

Laat de vooroverleden geadopteerde echter wel een langstlevende echtgenoot na, dan zal deze laatste het deel in het gemeenschappelijk vermogen erven in volle eigendom en het overige gedeelte van de nalatenschap in vruchtgebruik (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 234). Zijn er geen nakomelingen van de geadopteerde dan heeft de overlevende echtgenoot rechten op de gehele nalatenschap (art. 353-16, eerste lid BW).

In het geval van een langstlevende wettelijke samenwonende heeft deze recht op een vruchtgebruik van het onroerend goed dat tijdens het samenwonen het gezin tot gemeenschappelijke verblijfplaats diende en van het daarin aanwezige huisraad en dit met welke erfgenamen hij ook tot de nalatenschap komt (art. 745*octies* BW).

**1119** Analoog met de onderhoudsvordering van de langstlevende echtgenoot op de nalatenschap (art. 205*bis*, § 1 BW) kan de adoptant deze onderhoudsvordering cumuleren met zijn erfrechtelijke aanspraken op de nalatenschap van de vooroverleden geadopteerde. Hij kan zijn onderhoudsvordering steeds cumuleren met zijn *intestaat* erfrecht ook wanneer er geen langstlevende echtgenoot (of wettelijk samenwonende) is.

Deze cumul is eveneens mogelijk wanneer die langstlevende echtgenoot niet werd begiftigd, hetgeen wél een vereiste vormt ingeval de onderhoudsvordering gesteld wordt door de ascendenten, conform artikel 205bis, § 2 BW (M. PEULINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 306-307). Dit betekent dat de adoptant op het vlak van het recht op levensonderhoud een betere bescherming geniet dan de ascendenten die bovendien reservatair erfgenaam zijn (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap", 234).

**1120** Ook hier moet de vordering ingesteld worden binnen het jaar na het overlijden (art. 205bis, § 5 BW). Op het ogenblik van het overlijden moet er cumulatief voldaan zijn aan de voorwaarde van behoeftigheid en het gerechtigd zijn op een onderhoudsuitkering. Het is niet vereist dat er voorafgaand aan het overlijden al een veroordeling bestond tot betaling van het onderhoudsgeld.

#### 4. *De onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot na echtscheiding op grond van bepaalde feiten of onherstelbare ontwrichting*

**1121** Zoals hierboven al werd gesteld, is de onderhoudsuitkering een persoonlijk recht dat niet overgaat op de erfgerechtigden, zodat als gevolg van het overlijden van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot, de uitkering niet meer verschuldigd is (art. 301, § 6 (oud) BW en art. 301, § 10 (nieuw) BW). Nochtans kan de behoeftige (onschuldige) echtgenoot een onderhoudsvordering instellen, conform artikel 205bis BW ten laste van de opengevallen nalatenschap, ingeval de echtscheiding op grond van bepaalde feiten werd uitgesproken (art. 229 en 231 (oud) BW) of op grond van de onherstelbare ontwrichting (art. 229 (nieuw) BW).

**1122** Indien echter de echtscheiding conform artikel 232 (oud) BW – dus als gevolg van twee jaar feitelijke scheiding – werd uitgesproken, kan de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap van de schuldenaar slechts worden gesteld op voorwaarde dat deze vooroverledene uit het huwelijk met de onderhoudsgerechtigde geen kinderen achterlaat. Deze voorwaarde, gesteld in artikel 307bis (oud) BW vindt men echter niet terug in artikel 301, § 6 (oud) BW (echtscheiding op grond van bepaalde feiten).

P. SENAËVE meent dat aangenomen moet worden dat deze voorwaarde ook geldt in geval van echtscheiding op grond van fout. Artikel 301, § 6 (oud) BW verwijst immers nog steeds naar het oude artikel 205, § 2 tot en met § 5 BW, dat ingevolge de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (*BS* 27 mei 1981) werd afgeschaft. Welnu artikel 205, § 2 (oud) BW vereist uitdrukkelijk dat de onderhoudsgerechtigde langstlevende echtgenoot geen gemeenschappelijke kinderen met de overledene onderhoudsplichtige echtgenoot heeft (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 235-236).

J. GERLO is nog formeler en stelt dat de onderhoudsvordering, krachtens artikel 301, § 6 (oud) BW uitsluitend kan ingesteld worden indien er geen kinderen geboren zijn uit het huwelijk tussen onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige, dat door echtscheiding ontbonden werd en beschouwt deze vereiste als een onderhoudsvordering die zich onderscheidt van de onderhoudsvordering, waarover de langstlevende echtgenoot, conform artikel 205bis BW beschikt.

Dit onderscheid is eveneens de verklaring voor het feit dat artikel 301, § 6 (oud) BW en artikel 307bis (oud) BW niet werden aangepast in het kader van de wet van 14 mei 1981, zodat een

formele vergetelheid in de artikelen 301 en 307*bis* (oud) BW niet kan leiden of uitgebreid worden tot een inhoudelijke vergetelheid.

Gezien artikel 301, § 6 (oud) BW en artikel 307*bis* (oud) BW niet werden aangepast en artikel 307*bis* (oud) BW uitdrukkelijk het voormeld kinderloos huwelijk als voorwaarde stelt, geldt dit *a fortiori* ook ingeval artikel 301, § 6 (oud) BW dient toegepast te worden. De onderhoudsuitkering krachtens artikel 307*bis* (oud) BW sluit volgens voormelde auteur immers meer aan bij de hulpverleningsplicht dan de uitkering op grond van artikel 301 (oud) BW (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 273-274, nr. 416).

N. GALLUS stelt dat de uit de echt gescheiden echtgenoot de vordering wel kan instellen op basis van artikel 301, § 6 (oud) BW zelfs indien er kinderen zijn uit het ontbonden huwelijk en spreekt i.v.m. artikel 307*bis* (oud) B.W van een discriminatoire regeling (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 295).

Een ongelijke behandeling is niet te verklaren en alleszins strijdig met de artikelen 10 en 11 Gw., zodat hopelijk het Grondwettelijk Hof ooit wel in de gelegenheid gesteld zal worden een identieke regeling van de onderhoudsvordering na echtscheiding ten laste van de nalatenschap van de onderhoudsplichtige te bekrachtigen.

Het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) heeft trouwens al gesteld dat er geen verschil in behandeling en *a fortiori* geen discriminatie mag gecreëerd worden omtrent de inkomstengrens van de onderhoudsuitkering, zoals bepaald in artikel 301, § 4 (oud) BW enerzijds en artikel 307*bis* (oud) BW anderzijds (Arbitragehof 3 mei 2000, 48/2000, *EJ* 2000, 78, noot K. VANLEDE; P. SENAËVE, “Niet-toepasselijkheid van één derde grens is discriminatoir (*bis*)” (noot bij Arbitragehof 19 december 2001, nr. 163/2001), *EJ* 2002, 15-16).

Het nieuwe artikel 301, § 10, eerste lid BW bepaalt dat de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap mag gesteld worden volgens de in artikel 205*bis*, §§ 2, 3, 4 en 5 BW bepaalde voorwaarden en herneemt daarmee bijna letterlijk de oude tekst van artikel 301, § 6 BW, zij het dat nu verwezen wordt naar artikel 205*bis* i.p.v. 205 BW doch hiermee is het hierboven geschetste probleem niet opgelost. De tweede paragraaf van het artikel 205*bis* BW heeft het nog altijd over een “vooroverlijden zonder nakomelingen achter te laten”.

##### 5. De onderhoudsplicht ten behoeve van het pleegkind

**1123** Krachtens artikel 475*quinquies*, tweede lid BW komt tijdens de minderjarigheid van de pupil een einde aan de pleegvoogdij als gevolg van het overlijden van de pleegvoogd. Indien het pleegkind op dat ogenblik behoeftig is, zal de nalatenschap middelen moeten vrijmaken om in het bestaan van het pleegkind te voorzien (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 328).

Deze bijdrage kan conventioneel van tevoren bepaald zijn. Bij gebreke daarvan kunnen de middelen eveneens in der minne worden vastgelegd tussen de wettelijke vertegenwoordiger van het pleegkind en de rechthebbende op de nalatenschap. In geval van betwisting zal de jeugdrechtbank er uitspraak over doen.

Aan deze onderhoudsverplichting ten laste van de nalatenschap komt een einde in geval van overlijden van het pleegkind, dan wel als gevolg van zijn ontvoeging of adoptie (art. 475*quinquies*, laatste lid BW).

#### 6. De onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap van de verwekker van het kind

**1124** De man die tijdens het wettelijk tijdvak van de verwekking met de moeder van het kind gemeenschap heeft gehad en ten aanzien van wie de afstamming langs vaderzijde niet vaststaat, kan conform artikel 336 BW veroordeeld worden tot een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding. Deze vordering kan uitsluitend namens het kind worden ingesteld en creëert geen band van afstamming tussen de verwekker en het kind, doch beperkt zich tot het bekomen van een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding.

Krachtens artikel 339 BW wordt het bedrag van de uitkering bepaald met inachtnaam van de behoeften van het kind enerzijds en de inkomsten, mogelijkheden en maatschappelijke toestand van de onderhoudsplichtige man en de moeder van het kind, anderzijds.

**1125** De onderhoudsvordering dient alleszins tijdens het leven ten laste van de schuldenaar te zijn ingeleid, wat betekent dat de vordering van het buitenhuwelijks kind geen overerfbare schuld uitmaakt. Bijgevolg kan de onderhoudsvordering niet ten laste van de erfgenamen van de verwekker worden ingesteld. Indien de vordering vóór het overlijden is ingeleid, kan ze na het overlijden worden voortgezet tegenover de erfgenamen van de verwekker die dan als erfgenamen *qualitate qua* kunnen veroordeeld worden. De vordering kan dus wel worden “voortgezet” maar niet worden ingesteld tegen de erfgenamen (art. 337, § 3 BW; P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 236-237).

Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat de oorspronkelijke vervaltermijn van drie jaar, conform artikel 336 BW niet langer weerhouden kan worden, nu het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) dit strijdig bevonden heeft met artikel 10 en 11 Gw. Het Arbitragehof oordeelde dat de in artikel 337, § 1 BW bepaalde vervaltermijn van 3 jaar strijdig was met de artikelen 10 en 11 Gw. (Arbitragehof 12 mei 2004, 79/2004, *BS* 10 augustus 2004, *RW* 2004-05, 256, *RTDF* 2004, 651, *NJW* 2004, 1202, *Div.Act.* 2004, 87, *TJK* 2005, 94 noot S. BROUWERS en *JLMB* 2004, 1660 noot N. BANNEUX).

Door de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan (*BS* 29 december 2006),

alsook door de aanpassingen door middel van de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (BS 28 december 2006), werd de termijn dan ook geschrapt uit artikel 337, § 1 BW. Deze paragraaf luidt voortaan: “De vordering komt aan het kind persoonlijk toe”.

Dit betekent dat deze onderhoudsvordering tot vóór het overlijden van de verwekker rechtsgeldig kan worden ingesteld, ongeacht de tijd verstreken sinds de geboorte van het kind.

**1126** De last van de uitkering gaat conform artikel 339*bis* BW over op de nalatenschap van de uitkeringsplichtige, overeenkomstig artikel 205*bis*, §§ 3 en 4 BW.

Deze vordering ten laste van de nalatenschap moet echter niet binnen het jaar na het overlijden van de verwekker worden ingesteld, daar artikel 205*bis*, § 5 BW er niet uitdrukkelijk van toepassing werd op verklaard.

Indien de vordering tegenover de verwekker niet vóór zijn overlijden is ingesteld, kunnen zijn erfgenamen, zoals reeds vermeld, niet persoonlijk in rechte worden aangesproken. Zij zijn niet persoonlijk onderhoudsplichtig.

Zij kunnen hoogstens worden aangesproken in betaling van tijdens het leven van de verwekker ontstane achterstallen (J. GERLO, “De hybride vordering tegen de verwekker” (noot onder Rb. Kortrijk 28 februari 1997), *Not.Fisc.M.* 1998, 172). Nochtans blijven zij na het overlijden, tot beloop van het netto-actief van de nalatenschap, gehouden tot de onderhoudsplicht, waartoe de overleden schuldenaar tijdens zijn leven veroordeeld werd (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 117). Ieder van de erfgenamen is zodoende slechts een uitkering verschuldigd naar evenredigheid met zijn aandeel in de nalatenschap (Rb. Kortrijk 28 februari 1997, *Not.Fisc.M.* 1998, 170, noot J. GERLO).

## § 2. Modaliteiten

### A. DE OMVANG VAN DE NALATENSCHAP

**1127** Zoals hierboven al werd uiteengezet is de onderhoudsvordering, overeenkomstig artikel 205*bis* BW een last van de nalatenschap, met andere woorden van het vermogen van de overledene. Deze last moet worden opgebracht door alle erfgenamen en gebeurlijk ook door de bijzondere legatarissen, zulks naar evenredigheid van hun aandeel in de nalatenschap, zelfs indien de erfgenamen de nalatenschap zuiver hebben aanvaard (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 120).

De onderhoudsuitkering is een last van het netto-actief van de nalatenschap en vervalt van zodra blijkt dat de nalatenschap deficitair is. In dit opzicht kan een vergelijking worden gemaakt met erfgenamen die de nalatenschap slechts hebben aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving. Verdere vergelijkingen kunnen echter niet gemaakt worden.

Erfgenamen die hebben aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving dienen immers niet persoonlijk voor de onderhoudsverplichting in te staan, doch wel met de goederen die afhangen van de nalatenschap.

Fundamenteel is dat de erfgenaam slechts proportioneel en beperkt tot zijn aandeel in het netto-actief van de nalatenschap dient in te staan voor de onderhoudsverplichting. M.a.w. binnen deze limieten (zijn aandeel in de goederen van de nalatenschap) staat de erfgenaam persoonlijk met al zijn goederen in voor de vererfde schuld van de nalatenschap, die de onderhoudsuitkering is (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 242).

Er moet benadrukt worden dat de erfgenaam niet in persoonlijke naam onderhoudsplichtig is in relatie tot de onderhoudsgerechtigde. Dit betekent dat de erfgenamen zich geheel aan de onderhoudsverplichting kunnen onttrekken, ingeval zij de nalatenschap verwerpen en zij aldus niet in aanmerking komen om ook maar iets uit het actief ervan op te nemen.

**1128** Indien er een overeenkomst gesloten wordt tussen enerzijds de onderhoudsgerechtigde en de erfgenamen, waarbij de erfgenamen zich ertoe verbinden een kapitaal uit te betalen dat het netto-actief van de nalatenschap overstijgt, kan deze overeenkomst niet worden beschouwd als de uitvoering van de onderhoudsverplichting conform artikel 205bis BW (Cass. 11 mei 1962, *RW* 1962-63, 1340).

### *1. Actief*

**1129** Teneinde tot de omvang van de nalatenschap te komen, in het bijzonder het netto-actief ervan, zal worden rekening gehouden met de activa die bestaan uit alle goederen die deel uitmaken van de nalatenschap op het ogenblik dat deze openvalt, zulks ongeacht of de erfflater erover bij testament heeft beschikt en onverminderd een eventuele contractuele erfstelling. Deze goederen maken de massa van de nalatenschap uit, die als onderpand geldt voor de gewone schuldeisers van de overledene, tot wie ook de onderhoudsgerechtigde mag gerekend worden.

Wanneer het actief op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap wordt weerhouden, betekent zulks dat met de *w a a r d e* van de erfgoederen op dat ogenblik wordt rekening gehouden.

Alle latere waardevermeerderingen of -verminderingen worden buiten beschouwing gelaten, zoals er evenmin rekening gehouden wordt met het naderhand teloorgaan van vererfde goederen (J. GERLO, “De hybride vordering tegen de verwekker” (noot onder Rb. Kortrijk 28 februari 1997), *Not.Fisc.M.* 1998, 173; P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 242, nr. 523).

Deze zienswijze heeft wel aanleiding gegeven tot een kritische beoordeling in de rechtsleer, gezien enkel en alleen de goederen van de erflater, het onderpand van de onderhoudsvordering uitmaken en niet hun waarde; waarom moet dan de aanspraak van de langstlevende echtgenoot beperkt worden tot de waarde van de goederen, afhankelijk van de nalatenschap?

**1130** De onbeperkte veranderlijkheid van de onderhoudsplicht, het *rebus sic stantibus*-principe, is moeilijk te verenigen met het erfrecht.

De erfgoederen worden als gevolg van de vereffening en verdeling van de nalatenschap toebedeeld aan de erfgeërfden, die na verloop van tijd eveneens overlijden, zodat de kwestieuze goederen overgaan in het patrimonium van hun rechtsovervolgers. Daarnaast staat eveneens vast dat de erfgeërfden, op grond van het erfrecht, titularis zijn van de zakelijke en persoonlijke rechten over de erfgoederen, zodat zij hierover vrij kunnen beschikken.

Dit houdt in dat erfgeërfden tot vervreemding van de goederen kunnen overgaan, zoals zij eveneens het beheer over deze goederen hebben, hetgeen impliceert dat zij er veranderingen kunnen aanbrengen, die een waardevermeerdering dan wel een -vermindering tot gevolg hebben. De persoonlijke initiatiefzin of eventueel de nalatigheid in hoofde van de erfgeërfde strookt dus niet met de principiële veranderlijkheid van de onderhoudsplicht (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 929-930).

**1131** Geschonken goederen komen niet in aanmerking voor de berekening van de onderhoudsuitkering, zoals dit evenmin het geval is in hoofde van de andere schuldeisers van de *decurius*, behoudens ingeval de onderhoudsgerechtigde de schenking op grond van een pauliaanse vordering kan bestrijden (art. 1167 BW).

Dit zal het geval zijn indien de schenking is gedaan met bedrieglijke benadeling van zijn rechten. De *actio pauliana* die de schenking tot voorwerp heeft, stelt niet als vereiste dat het bewijs geleverd wordt dat de erflater-schenker wetens en willens zijn actief verminderde, aangezien er bij een schenking principieel geen tegenprestatie geëist wordt. Bovendien moet de onderhoudsgerechtigde evenmin de medeplichtigheid van de begiftigde aantonen, juist om reden dat de begiftigde geen tegenprestatie hoefde te leveren (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 243-244).

Naast de schenking zal er bij de samenstelling van het actief der nalatenschap evenmin rekening gehouden worden met de goederen die de erflater onder bezwarende titel heeft vervreemd. Ook in deze situatie geldt de uitzondering dat de onderhoudsgerechtigde een beroep kan doen op de pauliaanse vordering, wanneer de vervreemding geschiedt vanuit een bedrieglijk oogmerk. In dergelijk geval zal hij wel gehouden zijn de medeplichtigheid van de medecontractant van de erflater aan te tonen, vermits er *in casu* wel sprake is van een tegenprestatie.

Indien de pauliaanse vordering wordt weerhouden, zullen (ten overstaan van de onderhoudsgerechtigde) de vervreemde goederen, voorwerp van de aangevochten rechtshandeling, worden beschouwd als zijnde deel uitmakend van het actief van de nalatenschap en worden aangewend om tot betaling van het onderhoudsgeld over te gaan (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 927-928).

## 2. Passief

**1132** Tot het passief van de nalatenschap behoren alle schulden die de overledene had op het ogenblik van zijn overlijden, dus alle schulden waartoe de overledene ten overstaan van derden gehouden was tot op het ogenblik van zijn overlijden.

Ook worden de schulden weerhouden die in gevolge het openvallen van de nalatenschap ontstaan of deze rechtstreeks bezwaren, zoals de begrafeniskosten, en deze die betrekking hebben op de medische zorgen evenals de laatste ziekte.

Hierbij dient echter rekening te worden gehouden met het feit dat de medische- en verpleegkosten een last ten behoeve van het huishouden uitmaken, die krachtens artikel 222 BW de andere (langstlevende) echtgenoot hoofdelijk verbinden (Vred. Merkssem 15 juli 1999, *RW* 2000-01, 991, noot K. VANWINCKELEN).

De kosten verbonden aan het opstellen van de boedelbeschrijving van de nalatenschap en deze van de bewerkingen der vereffening en verdeling, alsook de kosten verbonden aan de verzegeling van het actief der nalatenschap, behoren eveneens tot het passief die de nalatenschap rechtstreeks bezwaren (J. GERLO, "De hybride vordering tegen de verwekker" (noot onder Rb. Kortrijk 28 februari 1997), *Not.Fisc.M.* 1998, 173).

**1133** De lasten die door de erfgenamen persoonlijk gedragen moeten worden, zoals de successierechten, behoren niet tot het passief van de nalatenschap.

Daar staat dan weer tegenover dat, indien de onderhoudsverplichting door middel van een eenmalige uitkering van een kapitaal vereffend wordt, deze uitkering op het passief van de nalatenschap mag geboekt worden, hetgeen een gevoelige verlaging van de successierechten tot gevolg zal hebben (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 928-929).

## B. DE VERANDERLIJKHEID VAN DE ONDERHOUDSUITKERING

**1134** Krachtens de artikelen 208 en 209 BW is de onderhoudsuitkering principieel veranderlijk, zulks in functie van ingrijpende wijzigingen in de



behoefden van de onderhoudsgerechtigde enerzijds en in het vermogen van de onderhoudsplichtige anderzijds.

Specifiek met betrekking tot de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap, wordt algemeen aangenomen dat de onderhoudsuitkering nooit verhoogd kan worden, ook niet wanneer de staat van behoefte waarin de onderhoudsgerechtigde verkeert, in negatieve zin evolueert.

De onmogelijkheid van een verhoging wordt verklaard door het feit dat de onderhoudsuitkering wordt bepaald en vastgelegd op basis van het aanwezige netto-actief van de nalatenschap en, zoals hierboven uiteengezet, op basis van de waarde der erfgoederen op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap.

Bovendien moet de nalatenschap vereffend en verdeeld worden, zodat een eventuele latere verhoging hieraan in de weg zou staan (Vred. Gent 3 november 1978, *RW* 1981-82, 956; P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 244).

Daarnaast wordt als wettelijk vereiste gesteld dat de onderhoudsgerechtigde zich in een staat van behoefte moet bevinden op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap, zodat zijn staat van vermogen definitief en onveranderlijk op dat ogenblik wordt vastgelegd. Indien de onderhoudsgerechtigde slechts behoeftig zou worden op een later ogenblik, kan hij geen onderhoudsvordering, op grond van artikel 205*bis* BW instellen (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 930).

Voormelde redenen doen ertoe besluiten dat een verhoging van de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap uitgesloten is.

**1135** Dit neemt echter niet weg dat de oorspronkelijke onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap in de loop van het geding kan uitgebreid worden, ook al is de termijn van één jaar ondertussen verstreken.

Deze uitbreiding van de onderhoudsvordering staat niet gelijk met een verhoging van de vordering als gevolg van wijzigingen op het vlak van de staat van behoefte. De uitbreiding is mogelijk indien de omvang van het netto-actief op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap wijzigingen heeft ondergaan. Dit zal onder meer het geval zijn, indien de erfgoederen niet correct geschat werden of het bestaan van bepaalde erfgoederen op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap onbekend waren.

De vordering kan eveneens uitgebreid worden, wanneer de staat van behoefte op het ogenblik van het openvallen der nalatenschap werd onderschat en verkeerd beoordeeld (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 931).

Op het beginsel dat de onderhoudsuitkering niet vatbaar is voor verhoging, bestaat slechts één wettelijke uitzondering, te weten de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap van de verwekker, daar artikel 339*bis* BW uitdrukkelijk verwijst naar de toepassing van artikel 209 BW.

Daartegenover staat dat de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap wel *verlaagd*, zelfs *afgeschaf*t kan worden, indien naderhand de financiële situatie van de onderhoudsgerechtigde in positieve zin gewijzigd is en de onderhoudsteun niet meer nodig is (J. GERLO, *Handboek voor familie-recht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 120).

### C. DE INDEXERING

**1136** De vraag rijst of de principiële onveranderlijkheid van de onderhoudsuitkering aan de indexering ervan in de weg staat. Heeft de indexering met andere woorden een verhoging van de uitkering tot gevolg?

De toepassing van de indexering beoogt niet een verhoogde nood of behoefte op te vangen, doch streeft het ledigen van dezelfde nood na door middel van een aanpassing van de uitkering. Zodoende wordt de inflatie opgevangen. De indexering dient tot het behoud van het bestaand evenwicht tussen de behoefte en de draagkracht van de nalatenschap, vastgelegd op het ogenblik van het openvallen der nalatenschap.

In het kader van de wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (*BS* 27 mei 1981) werd de indexering eveneens bepaald m.b.t. de omzetting van het vruchtgebruik, meer bepaald in een lijfrente (art. 745*quater*, § 1 BW) en de rente die een inbreng van het vruchtgebruik in mindere ontvangst moet compenseren (art. 858*bis*, eerste lid BW).

Er is dan ook geen enkele reden om de indexering te weigeren. Op dit vlak is er een gelijkstelling met andere onderhoudsverplichtingen, waarbij onder meer verwezen kan worden naar de automatische indexering, bepaald in artikel 301, § 2 (oud) en artikel 301, § 6 (nieuw) BW.

**1137** De principiële onveranderlijkheid, meer bepaald de onmogelijkheid om een verhoging te bekomen van de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap, heeft in vergelijking met de overige onderhoudsvorderingen echter niet steeds een even gunstig resultaat.

Als gevolg van de toepassing van de indexering bestaat het risico dat het bereiken van het plafond vlugger geschiedt, waardoor de erfgenamen en legatarissen vlugger bevrijd zullen zijn van de onderhoudsverplichting (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 254; M. PEULINCKX-COENE, “De grote promotie van de langstlevende echtgenote”, *TPR* 1981, 688-689). Er mag immers niet uit het oog verloren worden dat de onderhoudsplicht beperkt blijft tot hun persoonlijk aandeel in het netto-actief van de nalatenschap.

Indien de erfgenamen en legatarissen niet al een belangrijk bedrag uit de nalatenschap hebben opgenomen, zal als gevolg van de aanpassing van de onderhoudsuitkering aan de index, sneller aan hun proportionele vererfde schuld zijn voldaan, waardoor zij ten overstaan van de onderhoudsgerechtigde dan ook sneller zullen bevrijd zijn van iedere onderhoudsverplichting.

## D. DE BETALING EN ZEKERHEIDSSTELLING

1. *Betaling door afzondering van een kapitaal*

**1138** De uitvoering van de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap geschiedt, rekening houdend met het beoogde doel, met name het ledigen van de nood van de behoeftige onderhoudsgerechtigde, middels vooraf betaalbare periodieke uitkeringen van een geldsom. Bijgevolg zou in een kapitaal moeten voorzien worden, afgezonderd van het overige gedeelte van het actief van de nalatenschap, waarmee deze uitkeringen periodiek kunnen betaald worden.

Nochtans wordt de onderhoudsgerechtigde geen eigenaar van dit afgezonderd kapitaal, terwijl hij al evenmin vanwege de erfgenamen kan afdwingen dat een dergelijk kapitaal ook effectief wordt afgezonderd (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 690).

Ieder van de erfgenamen beschikt over een keuzerecht ter verzekering van de betaling van de onderhoudsuitkering (art. 1189 en 1191 BW), met name tussen ofwel het beleggen van het kapitaal, waarvan de uitkeringen zullen geschieden, ofwel de afstand ervan (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 933-934). Het is daarbij niet verplicht dat het kapitaal dat door de erfgenaam ter beschikking gesteld wordt tot beloop van het netto-actief van de nalatenschap, gevormd wordt uit erfgoederen.

**1139** De onderhoudsgerechtigde beschikt zoals iedere onderhoudsvordering, slechts over een gewone chirografaire schuldvordering. Deze problematiek wordt *in casu* nog scherper gesteld doordat na de vereffening en verdeling de debiteur, zijnde de nalatenschap als "juridische universaliteit" verdwijnt (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 690).

Artikel 205*bis*, § 4 BW verleent de onderhoudsgerechtigde echtgenoot niet het recht om een gekapitaliseerd levensonderhoud ineens als kapitaal op te eisen. Deze bepaling voorziet uitsluitend in de wijze waarop de uitbetaling van het levensonderhoud kan gewaarborgd worden.

2. *Zekerheidsstelling*

**1140** Teneinde het risico met betrekking tot de uitbetaling op te vangen, bepaalt artikel 205*bis*, § 4 BW dat, ingeval geen kapitaal uit de nalatenschap opgenomen wordt, de onderhoudsgerechtigde kan eisen dat er voldoende zekerheid wordt verschaft om de uitkering tot levensonderhoud te waarborgen. Deze zekerheid zal des te noodzakelijk zijn wanneer er verschillende erfgenamen zijn vermits het risico dat één van hen insolvent zou zijn, groter is (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 294).

De verplichting tot zekerheidstelling is van openbare orde, zoals dit ook het geval is met de onderhoudsplicht op zich (G. DANSAERT, *Commentaire de la loi du 20 novembre 1896 sur les droits successoraux du conjoint survivant*, Brussel, Bruylant, 1897, deel II, 265, nrs. 198-199).

De erfgenaam kan zich hiervan niet vrijstellen. Hij beslist vrij om zijn persoonlijk aandeel in de nalatenschap te waarborgen, doch de voorwaarde is wel dat deze garantie voldoende is.

De onderhoudsgerechtigde moet zich bij deze keuze neerleggen. Indien naderhand zou blijken dat deze niet meer voldoende blijkt te zijn, moet ze wel aangevuld worden.

Op grond van het openbare orde-karakter kan de aanvaarding door de onderhoudsgerechtigde van de oorspronkelijke zekerheidsstelling niet gelden als de afstand van het recht op het later vorderen van een aanvullende zekerheid, indien de oorspronkelijke niet meer voldoende blijkt te zijn, bijvoorbeeld als gevolg van waardevermindering (L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 935).

Artikel 205bis, § 4 BW biedt aan de erfgenaam volgende mogelijkheden indien geen kapitaal uit de nalatenschap wordt opgenomen en er waarborgen gesteld moeten worden om de betaling van de uitkeringen te verzekeren:

- een kapitaal wordt afgezonderd, waarvan de opbrengst de periodieke betalingen financiert;
- andere zekerheden worden gesteld, in functie van de aard van de goederen, afhankelijk van de nalatenschap, de solvabiliteit van de erfgenamen en de hoegrootheid van de te waarborgen uitkeringen (P. SENAËVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 252).

Aldus kan van de erfgenaam een persoonlijke zekerheid geëist worden, zoals een borgstelling, dan wel een zakelijke zekerheid, zoals een inpandgeving of een hypotheek op een goed, afhankelijk van de nalatenschap dan wel een eigen goed. Eveneens kan beroep gedaan worden op derden, zoals een verzekeringsmaatschappij die instaat voor de betaling van een lijfrente (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 690).

Indien de erfgenamen geen keuze maken betreffende de zekerheidstelling, kan de onderhoudsgerechtigde de zekerheidstelling in rechte vorderen (Rb. Gent 19 december 1979, *RW* 1981-82, 954).

Vermits deze bepaling van openbare orde is, kan de erflater, noch de bodemrechter de erfgenaam vrijstellen van de zekerheidstelling. De erflater kan wel bij testament bepalen op welke wijze de zekerheden dienen gesteld te worden, op voorwaarde dat deze voldoende zijn om de betaling van de onderhoudsuitkering te waarborgen (P. SENAËVE, "De onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap", 253).

**1141** Onverminderd de zekerheid die artikel 205*bis*, § 4 BW biedt, beschikt de onderhoudsgerechtigde ook nog over de mogelijkheid om de afscheiding der boedels te eisen (zie *boven* nr. 1093). Bovendien moet er opgemerkt worden dat de onderhoudsuitkering slechts in beperkte mate vatbaar is voor beslag door de schuldeisers van de onderhoudsgerechtigde (art. 1409 en 1410 Ger.W.; M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 683).

#### E. KAPITALISATIE

**1142** De kapitalisatie van de uitkeringen enerzijds en het afzonderen van een kapitaal van de nalatenschap waarmee de uitkeringen zullen worden betaald anderzijds is, zoals hierboven uiteengezet, niet hetzelfde.

De kapitalisatie biedt aan de erfgenamen de mogelijkheid om voor eens en voor altijd het bezwaren van het netto-actief der nalatenschap te vermijden. De vraag rijst dan ook of de periodieke uitkeringen vervangen kunnen worden door de eenmalige uitkering van een kapitaal.

Als principieel bezwaar wordt aangevoerd dat als gevolg van de kapitalisatie de nalatenschap definitief wordt aangetast en daardoor zou de onderhoudsgerechtigde effectief erfgenaam worden, hetgeen op wetsontduiking neerkomt. Nochtans geeft de kapitalisatie enkel maar recht op een bepaalde geldsom en niet op de erfgoederen als zodanig, terwijl de wettelijke mogelijkheid om een kapitaal van de nalatenschap af te zonderen, op een nog grotere belasting van de nalatenschap neerkomt (M. PEULINCKX-COENE, "De grote promotie van de langstlevende echtgenote", *TPR* 1981, 691).

Bovendien wordt gesteld dat de vervanging van periodieke uitkeringen door een kapitaal neerkomt op het treffen van een dading, hetgeen, minstens op het eerste gezicht, strijdig lijkt te zijn met het openbare orde-karakter van het onderhoudsrecht. Verder geldt met betrekking tot alimentatievorderingen het principieel karakter van de veranderlijkheid ook al is dit voor de onderhoudsvordering lastens de nalatenschap slechts een beperkte veranderlijkheid (art. 209 BW; P. SENAEVE, "De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 246).

De vraag rijst dan ook of deze bezwaren, gesteund op het gemeen onderhoudsrecht eveneens te weerhouden zijn op de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap. Artikel 205*bis* BW geeft hierop alleszins geen antwoord en zeker artikel 205*bis*, § 4 BW niet, dat slechts voorziet in een zekerheidstelling.

**1143** Een d a d i n g is steeds mogelijk met betrekking tot vervallen onderhoudsuitkeringen, terwijl naar de toekomst toe, met betrekking tot nog te vervallen onderhoudsuitkeringen, de dading slechts mogelijk is indien artikel 209 BW, in het bijzonder de veranderlijkheid, gerespecteerd wordt.

Bijgevolg is de dading niet nietig wanneer ze vervalt indien er een wijziging tussenkomt in de situatie van de onderhoudsgerechtigde evenals in deze van de onderhoudsplichtige. Ten definitieven titel kan de onderhoudsplicht niet geregeld worden, vermits de (beperkte) veranderlijkheid wettelijk is bepaald. Het is slechts in geval van vermindering of afschaffing van de alimentatie dat de dading dus wijzigbaar kan zijn.

M.b.t. de onderhoudsuitkering die de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap kan nastreven, is met andere woorden dus slechts een dading mogelijk, op voorwaarde dat de erfgenamen zich op de beperkte wijzigbaarheid kunnen beroepen, meer bepaald om een vermindering van de uitkering te bekomen. In een dergelijke situatie kan de onderhoudsgerechtigde nooit een verhoging of aanvulling van het transactioneel bedongen bedrag bekomen (P. SENAEVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap”, 248-249).

#### F. DE PROVISIONELE UITKERING

**1144** De vereffening en verdeling van een nalatenschap neemt in de meeste gevallen wel een zekere tijd in beslag, terwijl de onderhoudsgerechtigde zich in een staat van behoefte bevindt op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap.

Principieel kan de uitkering slechts geschieden op het ogenblik van de afsluiting van de vereffening der nalatenschap, aangezien slechts dan het netto-actief van de nalatenschap gekend zal zijn. Meer bepaald zal het juiste bedrag van de uitkering slechts dan gekend zijn.

Indien blijkt dat inderdaad de bewerkingen van vereffening-verdeling een lange tijd gaan aanslepen, moet het mogelijk zijn om al aan de onderhoudsgerechtigde een provisionele uitkering toe te kennen.

Geen enkele wettelijke bepaling verzet zich hiertegen. Wel is vereist dat er zekerheid is dat de nalatenschap een netto-actief oplevert. Wanneer dat niet het geval is, kan geen provisionele uitkering worden toegekend.

De erfgenamen zouden in dit laatste geval immers het risico lopen dat, wanneer het netto-actief naderhand onvoldoende blijkt te zijn en de uitgekeerde bedragen niet meer op de onderhoudsgerechtigde kunnen verhaald worden, zij ten persoonlijke titel het levensonderhoud moeten dragen, hetgeen strijdig is met de grondslag (zie *boven*) van de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap (P. SENAEVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 253-254).

De onderhoudsgerechtigde kan de provisionele uitkering ook in rechte vorderen (Rb. Neufchâteau 3 mei 2000, *RRD* 2000, 327 en *Rev.not.b.* 2001, 753, het betrof een geval van uitkering bij toepassing van art. 205*bis*, § 1 BW aan de overlevende echtgenoot die onterfd was bij toepassing van art. 915*bis*, § 3 BW).

## G. HET VERHAALSRECHT VAN HET OCMW OP DE NALATENSCHAP

**1145** De maatschappelijke dienstverlening die het OCMW verleende aan de onderhoudsgerechtigde kan door haar op grond van een eigen verhaalsrecht worden gerecupereerd op de onderhoudsplichtigen, zulks krachtens artikel 98, § 2, eerste lid van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 5 augustus 1976, *err. BS* 26 november 1976; K. VANWINCKELEN, “Enkele beschouwingen over begrafeniskosten, kosten van de laatste ziekte, OCMW-dienstverlening en de verwerpende erfgenaam” (noot onder Vred. Merkssem 15 juli 1999), *RW* 2000-01, 993, nr. 2). Er is geen verhaal voor het *leefloon* dat aan de overledene werd betaald. In de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (*BS* 31 juli 2002) werd daartoe geen enkele bepaling opgenomen (Luik 12 juli 1991, *JT* 1991, 657, weliswaar m.b.t. het bestaansminimum).

Inderdaad, het verhaalsrecht kan uitgeoefend worden op de onderhoudsplichtige nalatenschap (D. SIMOENS, *OCMW-Dienstverlening. Praktische handleiding voor een juridisch-correcte individuele dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 1100 en 1114). Omdat het een eigen recht is, vervalt het verhaal niet als gevolg van het overlijden van de rechthebbende op de dienstverlening (P. SENAËVE, “Onderhoudsplicht en OCMW”, *TPR* 1987, 215).

Dit verhaalsrecht kan worden uitgeoefend ten overstaan van al wie onderhoudsplichtig is, zodat dit evengoed kan geschieden ten laste van de nalatenschap als ten laste van fysieke personen, inclusief de erfgenamen als legatarissen tot beloop van het actief van de nalatenschap als, in geval van verwerping van de nalatenschap, de onderhoudsplichtigen zelf (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 249; K. VANWINCKELEN, “Enkele beschouwingen over begrafeniskosten, kosten van de laatste ziekte, OCMW-dienstverlening en de verwerpende erfgenaam” (noot onder Vred. Merkssem 15 juli 1999), *RW* 2000-01, 994, nr. 5 en 6).

Indien beschouwd wordt dat de maatschappelijke steun het karakter van een onderhoudsplicht heeft, zal het eigen recht van het OCMW om verhaal uit te oefenen ten overstaan van de onderhoudsplichtigen slechts mogelijk zijn ten belope van hun bijzondere onderhoudsplicht.

## H. PLURALITEIT VAN ONDERHOUDSPLICHTIGEN

**1146** Indien de onderhoudsgerechtigde in de gelegenheid is om een vordering tot onderhoudsuitkering in te stellen zowel tegen de opengevallen nalatenschap als ten overstaan van onderhoudsplichtige fysieke personen, zoals de descendenten, rijst de vraag of deze onderhoudsvordering successief dan wel cumulatief ingesteld kan worden.

Er dient uitgegaan te worden van het principearrest van het Hof van Cassatie van 16 maart 1995 waarin de hiërarchie weerhouden wordt. Wanneer de onderhoudsplicht binnen het kerngezin primeert op deze binnen het grote gezin, dient de behoeftige langstlevende echtgenoot eerst het netto-actief van de nalatenschap aan te spreken alvorens zich tot de onderhoudsplichtige bloed- of aanverwanten te wenden (Cass. 16 maart 1995, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF; J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 90; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 316, nr. 488).

**1147** De problematiek betreffende de pluraliteit zal niet rijzen in geval van onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot, vermits als voorwaarde juist geldt dat het huwelijk kinderloos moet geweest zijn (art. 301, § 6 en art. 307*bis* (oud) BW en art. 301, § 10 (nieuw) BW).

De behoeftige (onschuldige) echtgenoot zal echter wel eerst een onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap van de ex-echtgenoot dienen in te stellen, alvorens een onderhoudsvordering op grond van artikel 205 BW tegenover zijn ouders uit te brengen, voor het geval deze nog in leven zijn.

Hetzelfde geldt wat de geadopteerde in relatie tot zijn ouders betreft. Deze laatsten kunnen slechts levensonderhoud verschuldigd zijn indien de geadopteerde dit niet kan verkrijgen van de adoptant of adoptanten (art. 353-14, derde lid BW).

Bovendien leert het voormeld arrest van 16 maart 1995 dat er geen hoofdelijkheid bestaat van schuldenaars in gelijke rang, zodat de behoeftige verwanten in opgaande lijn, zowel een onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap van het gehuwde kind (art. 205*bis*, § 2 BW) kunnen instellen naast een onderhoudsvordering, overeenkomstig artikel 205 BW ten laste van een andere descendent.

Dezelfde regel dient gehanteerd te worden indien de pleegvoogd overlijdt, wat betreft de onderhoudsplicht ten laste van de opgevallen nalatenschap en deze in hoofde van de ouders ten overstaan van de minderjarige pupil (art. 475*quinquies* BW). De pleegvoogdij eindigt bij de meerderjarigheid van het pleegkind.

### § 3. Procedure

#### A. VERVALTERMIJN

**1148** De onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap mag de vereffening en verdeling ervan niet vertragen of verhinderen, doch een vluggere, definitieve vereffening vereist dat de onderhoudsvordering binnen een korte termijn wordt ingesteld. Om die reden is een wettelijke termijn van één jaar, te rekenen vanaf het openvallen van de nalatenschap bepaald (art. 205*bis*, § 5 BW).

Deze vervaltermijn geldt voor de vordering ten laste van de nalatenschap, uitgaande van de langstlevende echtgenoot en deze van de ascendenten, evenals voor de onderhoudsvordering uitgaande van de ex-echtgenoot, krachtens artikel 301, § 6 en 307*bis*, *in fine* (oud) BW en artikel 301, § 10 (nieuw) BW.



De vervaltermijn geldt eveneens voor de onderhoudsvordering uitgaande van de adoptant (art. 353-14 BW), doch niet expliciet voor de onderhoudsvordering van de pupil ten laste van de nalatenschap van de pleegvoogd (art. 475*quinquies*, tweede lid BW) en alleszins niet voor de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap van de verwekker (art. 339*bis*, eerste lid BW).

De ascendenten van de vooroverleden wettelijk samenwonende hebben ook een aanspraak op levensonderhoud ten laste van de nalatenschap van de erf-later (paragraaf 6 van art. 1477 BW). Er is echter een dubbele beperking: vooreerst moet er behoefte zijn ten tijde van het overlijden, vervolgens geldt ze enkel tot beloop van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van giften aan de langstlevende, wettelijke samenwonende (C. CASTELEN, “De wet van 28 maart 2007 tot invoering van een erfrecht voor wettelijk samenwonende partners en andere erfrechtelijke innovaties”, *T.Fam.* 2007, 204-205).

Deze onderhoudsverplichting is bijna de volmaakte kopij van artikel 205*bis*, § 2 BW, maar er wordt niet verwezen naar de uitwerking van de onderhoudsverplichting zoals opgenomen onder de paragrafen 3 en 4 van artikel 205*bis* BW en evenmin naar de vervaltermijn van één jaar bepaald in paragraaf 5 van hetzelfde artikel (F. TAINMONT, “La loi du 28 mars 2007 relative aux droits successoraux du cohabitant légal. Aspects civils”, *RTDF* 2008, 33-35).

**1149** Ten slotte dient erop gewezen te worden dat het verhaalsrecht van het OCMW niet onderworpen is aan deze vervaltermijn, vermits de vordering niet het karakter heeft van een onderhoudsvordering.

Krachtens artikel 102 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 5 augustus 1976, *err.* *BS* 26 november 1976) is de vordering tot terugbetaling onderworpen aan een eigen verjaringstermijn. In principe is dit voor de vorderingen gesteund op artikel 98 en 99 van de OCMW-wet (de kosten van de maatschappelijke dienstverlening) de verjaringstermijn van artikel 2277 BW hetzij vijf jaar, terwijl het voor de terugvorderingen gesteund op artikel 100, § 1 van de OCMW-wet (materiële individuele dienstverlening) drie jaar is na het overlijden van de betrokkene.

**1150** De termijn gesteld krachtens artikel 205*bis*, § 5 BW is geen verjaringstermijn doch wel een vervaltermijn.

Dit heeft voor gevolg dat deze termijn niet geschorst kan worden. Uitsluitend overmacht zou kunnen ingeroepen worden teneinde een verlenging ervan te bekomen. De onderhoudsvordering moet dus binnen het jaar zijn ingesteld.

Een loutere aanmaning of verzoek om steun volstaat niet (M. PEULINCKX-COENE, “De grote promotie van de langstlevende echtgenote”, *TPR* 1981, 692, nr. 112; L. SWENNEN, “De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap”, *RW* 1981-82, 936).

Gelet op het openbare ordekarakter kunnen de partijen geen afwijkende termijn bedingen. Minstens is deze vervaltermijn van dwingend recht (P. SENAËVE, “De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap” in W.

PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 250).

Vermits de onderhoudsvordering er één is ten laste van de nalatenschap, dient de dagvaarding gericht te worden tegen alle erfgerechtigden die de nalatenschap hebben aanvaard.

#### B. DE BEVOEGDE RECHTBANK

**1151** Er heeft zich in het verleden een betwisting voorgedaan betreffende de bevoegde rechtbank, daar artikel 627, 4° Ger.W. voorschrijft dat vorderingen van een schuldeiser tegen de erfgenamen uitsluitend dienen gebracht te worden voor de rechtbank van de plaats waar de nalatenschap is opgevallен.

Daartegenover stelt artikel 626 Ger.W. dat de onderhoudsvordering gebracht wordt voor de bevoegde rechtsmacht (de vrederechter) van de woonplaats van de eiser, zijnde de onderhoudsgerechtigde.

Artikel 626 Ger.W. voorziet in een specifieke bevoegdheidsregeling betreffende alle onderhoudsvorderingen, terwijl artikel 627 Ger.W. een algemene regel bevat betreffende vorderingen inzake nalatenschappen.

Overeenkomstig de ongeschreven regel *specialia generalibus derogant* primeert de toepassing van artikel 626 Ger.W. op artikel 627 Ger.W. zodat artikel 627, 4° Ger.W. op de onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap niet weerhouden kan worden (Rb. Gent 19 december 1979, *RW* 1981-82, 956; L. SWENNEN, "De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap", *RW* 1981-82, 937-938).

Indien de erfgenaam een vordering zou instellen tot afschaffing of vermindering van de onderhoudsuitkering ten laste van de nalatenschap, kan, met betrekking tot de bevoegdheid *ratione loci*, geen rekening gehouden worden met zijn woon- of verblijfplaats.

Gezien de onderhoudsvordering bestaat tegen de nalatenschap, is de erfgenaam in eigen naam geen schuldenaar. Aldus kan hij zich moeilijk de hoedanigheid van eiser in het kader van de betwisting betreffende het levensonderhoud ten laste van de nalatenschap aanmeten, vermits hij persoonlijk geen onderhoudsplichtige is. Tevens kan hij zich al evenmin, om voormelde reden, gaan beroepen op de algemene regel, gesteld door artikel 627 Ger.W. met betrekking tot vorderingen ten laste van de nalatenschap.

De erfgenaam kan dus uitsluitend zijn vordering uitbrengen voor de bevoegde bodemrechter van de woonplaats van de onderhoudsgerechtigde.

## AFDELING III

## DE ONDERHOUDSVERPLICHTING TUSSEN SCHOONoudERS EN SCHOONKINDEREN (ART. 206 BW)

## § 1. Grondslagen

**1152** Het huwelijk doet – naast de onderhoudsverplichting tussen de echtgenoten onderling – eveneens een wettelijke onderhoudsverplichting ontstaan in hoofde van de schoonkinderen ten overstaan van hun schoonouders. Dit is bepaald in artikel 206 BW, dat als volgt luidt:

“Schoonzonen en schoondochters zijn eveneens en in dezelfde omstandigheden levensonderhoud verschuldigd aan hun schoonouders, doch deze verplichting houdt op:

1° wanneer de schoonvader of de schoonmoeder een tweede huwelijk aangaat;  
2° wanneer degene van de echtgenoten die de aanverwantschap heeft doen ontstaan en de kinderen uit zijn huwelijk met de andere echtgenoot geboren, overleden zijn”.

Dit artikel bleef intact sinds de *Code civil des Français* (1804) met uitzondering van het 1° dat werd gewijzigd bij 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 (*BS* 28 februari 2003, ed. 3). Voordien was de opheffing beperkt tot het geval dat enkel de schoonmoeder een tweede huwelijk aanging hetgeen uiteraard een discriminatie was (zie hierover meer *verder*).

## A. WEDERKERIGHEID

**1153** De onderhoudsverplichting is krachtens artikel 207 BW wederkerig, doch beperkt zich tot de personen die uitdrukkelijk in artikel 206 BW zijn vermeld. Het gaat ingevolge het huwelijk om de echtgenoot van de afstamming en de ouders van de andere echtgenoot. Deze onderhoudsverplichting blijft dus bestaan zolang het huwelijk duurt, wat dus ook betekent dat deze bestaat tijdens de duur van een eventuele echtscheidingsprocedure (*RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 74, nr. 27; J. ROODHOOF, “Art. 206 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nrs. 1 en 2; L. SWENNEN, “De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginnelen” in *JURIDISCHE UITGAVEN UIA – DEPARTEMENT RECHTEN* (ed.), *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced. Samsom, 1978, 15).

**1154** In een casus benaastigden de kinderen uit een eerste huwelijk de vernietiging van het tweede huwelijk van hun overleden moeder dat een *schijnhuwelijk* was. Zij steunden zich onder meer op hun alimentaire verplichtingen ex artikel 205*bis* BW en artikel 206 BW.

Het hof van beroep te Luik achtte dit belang niet aanwezig maar meende wel dat zij een *m o r e l b e l a n g* konden laten gelden *erga omnes* in die zin dat zij er belang bij hadden dat de tweede

echtgenoot niet het statuut zou behouden van wettelijke schoonvader (Luik 5 december 2006, *JLMB* 2007, 750).

## B. SAMENLOOP OF HIERARCHIE

**1155** De grondvoorwaarden betreffende de onderhoudsverplichting tussen schoonkinderen en schoonouders zijn identiek aan deze tussen afstammelingen in de rechte lijn (art. 205 BW). Dit betekent dat de onderhoudsverplichting ontstaat in geval van *b e h o e f t i g h e i d*, in de beperkte zin, met andere woorden, het recht op het leiden van een menswaardig bestaan.

Dit leidt tot een “spanningsveld” tussen de onderhoudsverplichtingen, bepaald in de artikelen 205 en 206 BW, waardoor de mogelijkheid wordt geschapen dat behoeftige personen potentiële, vermogende onderhoudsplichtigen, zowel in de rechte- als in de zijlijn kunnen aanspreken om aan de onderhoudsverplichting te voldoen.

Aldus werden niet zelden rechtsgedingen ingesteld die zowel op grond van artikel 205 als van artikel 206 BW gesteund waren (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 92; J. SOSSON, “La solidarité alimentaire familiale. Limites et contours actuels” in Y.-H. LELEU (ed.), *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Edition Formation Permanente CUP, 1999, 240).

De mogelijkheid om tegelijkertijd wettelijke onderhoudsplichtigen zowel in de rechte- als in de zijlijn aan te spreken, heeft geleid tot een betwisting in rechtspraak en rechtsleer tussen enerzijds de voorstanders van de samenloop en anderzijds zij die een hiërarchie tussen onderhoudsplichtigen verdedigen.

In de eerste plaats mag opgemerkt worden dat er sinds lange tijd eensgezindheid over bestaat dat de onderhoudsplicht tussen echtgenoten primeert op de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting (Cass. 27 juni 1969, *Arr.Cass.* 1969, 1079; Cass. 7 april 1995, *EJ* 1995, 85, noot J. ROODHOOF). Eveneens staat nu vast dat de onderhoudsverplichting op grond van artikel 203 BW, t.t.z. ten overstaan van niet-zelfstandige kinderen, voorgaat op deze tussen bloed- en aanverwanten (Cass. 20 februari 1964, *RW* 1965-66, 1751), zoals de onderhoudsverplichting in hoofde van de ouders ten overstaan van hun kinderen, op grond van artikel 203 BW, eveneens primeert op deze van de grootouders ten overstaan van hun kleinkinderen (KG Brussel 19 juni 2001, *RTDF* 2002, 326).

**1156** De betwisting bleef echter bestaan betreffende de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting in de rechte- en zijlijn.

De voorstanders van de *s a m e n l o o p* beroepen zich louter op het gemeenrechtelijk karakter van de onderhoudsverplichting en op het beginsel van de

familiale solidariteit, zodat alle onderhoudsplichtigen concurrentieel aangesproken kunnen worden.

Verder zou op de onderhoudsgerechtigde een al te zware bewijslast gelegd worden, wanneer hij, vooraleer een rechtsvordering in te stellen, een onderzoek dient te voeren naar de meest naaste en vermogende onderhoudsplichtige. Ten slotte heeft de wetgever niet expliciet in een rangregeling voorzien (J. ROODHOOF, “Pluraliteit van gemeenrechtelijke onderhoudsverplichtingen: het Hof van Cassatie opteert voor hiërarchie” (noot onder Cass. 16 maart 1995), *RW* 1995-96, 743).

**1157** Thans kan de stelling van de samenloop niet langer verdedigd worden, nu het Hof van Cassatie de stelling van de hiërarchie weerhouden heeft en dit standpunt verder bevestigde in het reeds geciteerde arrest van 7 april 1995 (Cass. 7 april 1995, *EJ* 1995, 85, noot J. ROODHOOF).

De grondslag van de hiërarchie tussen onderhoudsplichtigen is terug te vinden in de familiebinding, die aanleiding geeft tot een grotere dan wel kleinere familiale solidariteit (A.-C. VAN GYSEL, “Examen de Jurisprudence (1991-2002). Les Personnes”, *RCJB* 2003, 386).

In geval van meerdere, vermogende onderhoudsplichtigen, weliswaar in verschillende graden, zijn de bloedverwanten gehouden vóór de aanverwanten (J. GERLO, “Belangrijk nieuws in het alimentatierecht: wel hiërarchie, geen hoofdelijkheid. Het arrest van het Hof van Cassatie van 16 maart 1995”, *R.Cass.* 1995, 305-306; Cass. 16 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 319, *Div. Act.* 1996, 28, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL, *JT* 1995, 517, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOF, *RTDF* 1997, 415 en *T.Not.* 1996, 277). De (vermoede) familiebinding ten overstaan van de onderhoudsgerechtigde is doorslaggevend om de hiërarchie te prevaleren op de samenloop. Daarnaast kan niet ontkend worden dat het weerhouden van een hiërarchie de rechtszekerheid dient, meer nog dan een zekere traditie, die in het verleden ook als grondslag werd weerhouden (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 59).

Bijgevolg kan op grond van de hiërarchie een onderhoudsvordering van de schoondochter ten overstaan van haar schoonouders niet weerhouden worden, wanneer blijkt dat de onderhoudsuitkering die zij van haar echtgenoot reeds bekomt, haar in de gelegenheid stelt op een gelijkwaardige wijze in haar bestaan te voorzien als tijdens het samenleven. Hierbij wordt rekening gehouden met haar genoten opleiding en sociale status van vóór het huwelijk (Rb. Brussel 28 november 2000, *RTDF* 2001, 742).

Daartegenover zal de schoondochter wel gerechtigd zijn op een onderhoudsuitkering krachtens artikel 206 BW, wanneer blijkt dat haar echtgenoot zijn onderhoudsverplichtingen niet nakomt en zich hieraan vrijwillig onttrekt (KG Brussel 19 juni 2001, *RTDF* 2002, 326).

Wel moet diegene die meent aanspraak te kunnen maken op een onderhoudsuitkering vanwege de schoonfamilie, het bewijs leveren van de behoefte, wat ook het fortuin moge zijn waarover deze aanverwanten beschikken (Rb. Brussel 8 oktober 2001, *RTDF* 2002, 334).

**1158** De onderhoudsschulden in de relatie schoonkinderen-schoonouders, gehuwd volgens een gemeenschapsstelsel, zijn overeenkomstig artikel 1414, eerst lid BW verhaalbaar op de drie vermogens. Dit betekent dat het eigen vermogen van het kind zowel als dit van het schoonkind kan aangesproken worden om de onderhoudsschuld in te lossen (J. GERLO, “Alimentatie en huwelijksvermogensrecht” (noot onder Cass. 10 september 1987), *TBBR* 1989, 134; K. VANWINCKELEN, “Onderhoudsschulden ten aanzien van ascendenten van één der echtgenoten in een gemeenschapsstelsel: eigen of gemeenschappelijk?” (noot onder Antwerpen 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 980; S. NUDELHOLE, “Caractère propre ou commun, en régimes de communauté, des obligations alimentaires et des pensions après divorce dues à un précédent conjoint” (noot onder Cass. 10 september 1987), *RCJB* 1990, 281; Cass. 10 september 1987, *RCJB* 1990, 251, noot S. NUDELHOLE, *TBBR* 1989, 129, *Arr. Cass.* 1987-88, 40 en *JT* 1988, 143).

## § 2. Modaliteiten

### A. EINDE EN VERVAL

**1159** De onderhoudsverplichting neemt een einde wanneer niet langer aan de wettelijke vereisten is voldaan, te weten de behoefte in hoofde van de onderhoudsgerechtigde en/of het vermogen in hoofde van de onderhoudsplichtige.

Bovendien heeft de rechtspraak, nu de wetgeving hieromtrent het stilzwijgen bewaart, eveneens weerhouden dat, in geval van echtscheiding en zelfs indien uit het huwelijk kinderen zijn geboren, de onderhoudsplicht krachtens artikel 206 BW ophoudt (Cass. 26 oktober 1905, *Pas.* 1906, I, 33, *RPDB*, compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, Brussel, Bruylant, 1969, 74, nr. 27; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 158; J. ROODHOOF, “Art. 206 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Persoon- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 7; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 292).

Het verdwijnen van de steunplicht, in geval van echtscheiding (niet in geval van scheiding van tafel en bed) is gesteund op de organisatie van de onderhoudsverplichting na echtscheiding, die geregeld wordt door artikel 301 BW en die geen algemene en wederkerige onderhoudsverplichting oplegt.

Dit zou immers totaal onlogisch zijn waar een onschuldige echtgenoot niet onderhoudsplichtig is ten overstaan van de schuldige echtgenoot na echtschei-

ding, maar het dan wel zou zijn ten overstaan van diens ouders (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 13, nr. 12).

Het nieuwe artikel 301 BW bepaalt wel dat de onderhoudsverplichting wederkerig is doch uit de gehele opbouw van de tekst volgt dat deze niet algemeen is en beperkt tot de ex-echtgenoten.

**1160** Daarnaast voorziet artikel 206 BW uitdrukkelijk in twee gronden van verval van de kwestieuze onderhoudsverplichting.

De eerste grond van verval had, tot voor kort, betrekking op de situatie dat de schoonmoeder een tweede huwelijk aanging. Aldus zou de onderhoudsverplichting ten overstaan van de behoeftige schoonmoeder vervallen, doch bleef ze in haren hoofde ten overstaan van haar schoonkinderen bestaan (J. ROODHOOF, "Art. 206 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 5).

Dat uitsluitend het recht op een onderhoudsuitkering in hoofde van de schoonmoeder verviel in geval van een tweede huwelijk, werd in de rechtsleer als uiterst discriminatoir beschouwd, vermits dit niet het geval was wanneer de schoonvader opnieuw in het huwelijk trad.

Dit verval van het recht op een onderhoudsuitkering werd als strijdig met artikel 10 en 11 Gw. en artikel 14 EVRM beschouwd (J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 86; J. ROODHOOF, "Art. 206 BW", nr. 5; "Circulaire du 23 janvier 2004 remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil", *Div.Act.* 2004, (33) 36, noot N. GALLUS). Deze ongelijke behandeling van de schoonmoeder werd reeds ongedaan gemaakt in Frankrijk bij de wet van 9 augustus 1919 (*RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, 75, nr. 28; "Circulaire du 23 janvier 2004 remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil", *Div.Act.* 2004, (33) 36, noot N. GALLUS). Uiteindelijk heeft ook de Belgische wetgever, zij het behoorlijk later, ingezien dat hieraan een einde diende gesteld te worden.

Bij 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 (BS 28 februari 2003, ed. 3) werd artikel 206, 1° BW gewijzigd en het verval van de onderhoudsverplichting in hoofde van de schoonkinderen ten overstaan van de schoonmoeder werd uitgebreid tot de s c h o o n o u d e r s als zodanig.

Dit betekent dat, wanneer ook de schoonvader een tweede huwelijk aangaat, de onderhoudsplicht in hoofde van de schoonkinderen ophoudt verder te bestaan, zulks niet enkel ten overstaan van de behoeftige schoonmoeder doch ook ten overstaan van de behoeftige schoonvader (G. VERSCHULDEN, "Omzendbrief verduidelijkt wijzigingen ten gevolge van de invoering van het homohuwelijk", *TVW* 2003, 352).

**1161** De vraag rijst of nu ook het wederkerigheidsbeginsel, conform artikel 207 BW van toepassing is, zodat ook de schoouder, in geval van een tweede

huwelijk niet langer onderhoudsplichtig is ten overstaan van het behoeftige schoonkind.

Dergelijke situatie zal zich in de praktijk slechts zelden voordoen. Rekening houdend met de hiërarchie tussen de onderhoudsplichtigen, zal het behoeftige schoonkind, eerst de echtgenoot dienen aan te spreken en vervolgens de vermogende bloedverwanten, alvorens de onderhoudsplicht van de schoonouder aan de orde kan komen. Met andere woorden, slechts indien er een vooroverlijden is van de echtgenoot en er geen kinderen uit het eerste huwelijk geboren zijn en ook de ouders niet meer in leven zijn, kan het schoonkind een onderhoudsvordering ten overstaan van de schoonouder instellen.

Nochtans bestaat er in de rechtsleer betwisting over de toepassing van dit wederkerigheidsbeginsel, zoals bepaald in artikel 207 BW.

Enerzijds rijst de vraag of, in geval van een tweede huwelijk van de schoonouder ook zijn onderhoudsplicht ten overstaan van het schoonkind vervalt. Past men het wederkerigheidsbeginsel toe, dan verliest inderdaad het schoonkind eveneens het recht op onderhoud ten overstaan van die schoonouder (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 86).

Een andere strekking stelt echter dat het verval van het recht op steun omwille van een tweede huwelijk, niet automatisch het recht op levensonderhoud in hoofde van het schoonkind doet vervallen. Met andere woorden het wederkerigheidsbeginsel is uitsluitend van toepassing op het ontstaan van de onderhoudsverplichting doch niet op de wettelijke gronden van verval (*RPDB*, compl. III, v<sup>o</sup> *Aliments*, 75, nr. 28; J. ROODHOOF, "Art. 206 BW" in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 5).

**1162** Indien daarentegen het schoonkind opnieuw in het huwelijk treedt, vermeldt de wet ook niets betreffende het al dan niet verval van de onderhoudsplicht in hoofde van de schoonouder.

Volgens de ene strekking moet de onderhoudsverplichting tussen schoonkinderen-schoonouders volledig ophouden, zo niet dient minstens de onderhoudsverplichting in hoofde van de schoonouder te vervallen in geval van het tweede huwelijk van het schoonkind (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 15).

De andere strekking gaat echter uit van de vaststelling dat geen enkele wettelijke grondslag van verval van de onderhoudsverplichting bestaat in geval van een tweede huwelijk van het schoonkind. Dit tweede huwelijk als feitelijk element, heeft geen enkele invloed op de onderhoudsverplichting in hoofde van het schoonkind ten overstaan van de schoonouder.



Daartegenover vervalt de onderhoudsverplichting in hoofde van de schoonouder in geval van een tweede huwelijk van het schoonkind (*RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, 75, nr. 28; J. ROODHOOF, “Art. 206 BW”, nr. 5).

**1163** Een tweede wettelijke grondslag tot verval van het recht op levensonderhoud doet zich voor in geval van overlijden van de echtgenoot die de aanverwantschap heeft doen ontstaan, én de kinderen uit dit huwelijk geboren, overleden zijn.

Dergelijk overlijden doet een “vervreemding” ontstaan die een verdere wederzijdse onderhoudsverplichting niet kan rechtvaardigen.

De onderhoudsverplichting blijft dus wel bestaan indien het schoonkind opnieuw in het huwelijk treedt, maar er uit het eerste huwelijk nog kinderen in leven zijn. Het volstaat dat de vrouw zwanger is op het ogenblik van het overlijden van de man die de verwantschap heeft doen ontstaan.

Indien het kind naderhand levensvatbaar wordt geboren, blijft eveneens de onderhoudsverplichting, conform artikel 206 BW voortbestaan. Slechts indien naderhand het kind overlijdt, houdt de onderhoudsverplichting op te bestaan (*RPDB*, compl. III, v° *Aliments*, 74, nr. 27).

Zouden er evenwel nog kleinkinderen in leven zijn, nadat de kinderen ook reeds overleden zijn, dan blijft de onderhoudsverplichting tussen schoonouders en schoonkinderen intact. Men kan aannemen dat er in dergelijk geval een “overblijvende” verwantschap aanwezig is (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 81). Dit betekent dat, wanneer het schoonkind overlijdt, zijnde de oorzaak van de aanverwantschap, en dit huwelijk kinderloos gebleven is, de onderhoudsverplichting eveneens vervalt (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 86; J. ROODHOOF, “Art. 206 BW” in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 6).

#### B. IMPACT OP HET HUWELIJKSVERMOGEN

**1164** Zo er verval is, dient ten slotte nog de vraag beantwoord te worden welke vermogens (bij onderhoudsplichtigen gehuwd volgens een gemeenschapsstelsel) tot onderhoudsuitkering gehouden blijven en op welke vermogens er verhaal kan worden uitgeoefend.

Ingeval de schoonouder een tweede huwelijk aangaat, is enkel hun kind nog tot een onderhoudsverplichting krachtens artikel 205 BW gehouden. Deze onderhoudsverplichting is dan ook niet langer een gemeenschappelijke schuld van de echtgenoten, vermits de onderhoudsplicht in hoofde van het schoonkind is vervallen.

Hieruit vloeit voort dat de onderhoudsschuld een “eigen” schuld is van de onderhoudsplichtige, die uitsluitend op zijn vermogen en inkomsten, overeenkomstig artikel 1409 BW kan verhaald worden (K. VANWINCKELEN, “Onderhoudsschulden ten aanzien van ascendenten van één der echtgenoten in een gemeenschapsstelsel: eigen of gemeenschappelijk?” (noot onder Antwerpen 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 980, nr. 2; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 158).

Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat, als gevolg van het hertrouwen van de schoonouders, de onderhoudsschuld op grond van artikel 205 BW toch een gemeenschappelijke schuld blijft, maar uitsluitend kan verhaald worden op het eigen vermogen van het gehuwd kind en het gemeenschappelijk vermogen. Met andere woorden, er is geen verhaal meer mogelijk op het eigen vermogen van de aanverwant (Cass. 10 september 1987, *RCJB* 1990, 251, noot S. NUDELHOLE, *TBBR* 1989, 129 *Arr.Cass.* 1987-88, 40 en *JT* 1988, 143).

Een gedeelte van de rechtsleer sluit zich bij de visie van het Hof van Cassatie aan en stelt dat onderhoudsschulden lasten van het huwelijk zijn en zodoende een gemeenschappelijk karakter hebben en dus op het gemeenschappelijk vermogen kunnen verhaald worden (S. NUDELHOLE, “Caractère propre ou commun, en régimes de communauté, des obligations alimentaires et des pensions après divorce dues à un précédent conjoint” (noot onder Cass. 10 september 1987), *RCJB* 1990, 281).

Vermits de onderhoudsschuld een gemeenschapsschuld is, heeft dit tot gevolg dat, in geval van de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel na ontbinding van het huwelijk, mogelijks de gemeenschap een vergoeding verschuldigd zal zijn aan het eigen vermogen van het kind. Dit zal zich voordoen, indien het eigen vermogen van het kind werd aangesproken om de onderhoudsschuld te voldoen (J. GERLO, “Alimentatie en huwelijksvermogensrecht” (noot onder Cass. 10 september 1987), *TBBR* 1989, 135).

J. GERLO stelt enerzijds dat artikel 1408, *in fine* BW uitdrukkelijk bepaalt dat alle schulden, die de wet niet uitdrukkelijk als eigen verklaart, gemeenschappelijk zijn. Anderzijds is de onderhoudsverplichting ten overstaan van ascendenten niet uitsluitend gestoeld op de bloedverwantschap. Deze onderhoudsplicht is eveneens gesteund op de behoefte van de onderhoudsschuldeiser en op grond van het vermogen van de onderhoudsplichtige. Het vermogen van de onderhoudsschuldenaar moet van dag tot dag beoordeeld worden, wat betekent dat de onderhoudsschuld geen voorhuwelijks schuld is, behoudens eventuele achterstallen. De omvang van de onderhoudsuitkering wordt in functie van de inkomsten van de onderhoudsplichtige bepaald. De lasten die op de inkomsten drukken, hebben net zoals de inkomsten een gemeenschappelijk karakter. Bijgevolg is de onderhoudsschuld een gemeenschappelijke schuld van de echtgenoten (J. GERLO, “Alimentatie en huwelijksvermogensrecht”, 135).

Dit arrest stuit in de rechtsleer echter ook op de nodige kritiek. Deze gaat uit van het beginsel dat de verdere onderhoudsverplichting haar grondslag vindt in artikel 205 BW, zijnde de bloedverwantschap waardoor de onderhoudsverplichting als een *voorhuwelijks* schuld moet gekwalificeerd worden, t.l.z. vanaf de geboorte. Als gevolg van het hertrouwen van de ouder, resp. schoonouder is er geen enkele wettelijke grondslag aanwezig om de onderhoudsuitkering nog als een gemeenschappelijke schuld te kunnen aanzien.

Het Hof van Cassatie zou hierbij een al te ruime interpretatie geven aan de voorbereidende werken van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (*BS* 18 september 1976), die uitsluitend handelen over de onderhoudsverplichting, krachtens de artikelen 205 en 206 BW, doch die helemaal geen betrekking hebben op de situatie van het verval van het recht op steun ingevolge een tweede huwelijk (K.

VANWINCKELEN, “Onderhoudsschulden ten aanzien van ascendenten van één der echtgenoten in een gemeenschapstelsel: eigen of gemeenschappelijk?” (noot onder Antwerpen 26 juni 2001), *AJT* 2001-02, 980, nr. 3).

Bovendien creëert het hof een nieuwe categorie van onvolkomen gemeenschappelijke schulden, die wettelijk niet bepaald zijn (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 158).

Uit het voorgaande blijkt dat er in deze materie weinig consistentie bestaat en dat er veel tegenstrijdige stellingen zijn. Volgens R. BARBAIX kan deze problematiek echter wel op een consistente en uniforme wijze worden beoordeeld en dit volgens de algemene principes van het huwelijksvermogensrecht. Zo zijn onderhoudsschulden ten aanzien van (eigen) ascendenten en ex-echtgenoten ontstaan vóór het huwelijk, en zijn zij in het wettelijk stelsel bijgevolg eigen schulden. Volgens de auteur moet het bovendien mogelijk zijn ter zake een andersluidende regeling op te nemen in het huwelijkscontract. De toekomstige echtgenoten kunnen sleutelen aan het statuut van de schuld en bedingen dat de onderhoudsschuld een gemeenschappelijke schuld zal uitmaken. Daarbij moet dan wel worden gepreciseerd dat deze schulden dan op de drie vermogens van de echtgenoten – dus ook op het eigen vermogen van de niet-onderhoudspflichtige echtgenoot – zullen kunnen worden verhaald. Daarvan afwijken is niet mogelijk. Ze kunnen ook een regeling treffen inzake de vergoedingsregeling en bedingen dat de betaling van de onderhoudsuitkering geen aanleiding zal geven tot vergoeding, zelfs niet wanneer daarvoor gemeenschapsgelden werden aangewend (R. BARBAIX, “Het huwelijksvermogensrechtelijke statuut van onderhoudsschulden. Een pleidooi voor consistentie!” in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213-230).

**1165** De onderhoudsplicht wordt geen last van de nalatenschap (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 81).

### C. UITVOERING

**1166** Op het vlak van de uitvoeringsmodaliteiten gelden ook hier de gemeenrechtelijke regels, meer bepaald dat de nakoming van de onderhoudsverplichting geschiedt door middel van periodieke betalingen.

Uitzondering daarop is de wettelijk georganiseerde uitvoering *in natura*, zijnde de toelating om de onderhoudsgerechtigde in huis te nemen en aldaar onderhoud te verschaffen, conform artikel 210 BW (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 81).

### § 3. Procedure

**1167** Met betrekking tot de onderhoudsvorderingen in toepassing van artikel 206 en 207 BW is niet in bijzondere, eigen procedurele regels voorzien, zodat de gemeenrechtelijke bepalingen van toepassing zijn en deze vorderingen ook tot de bijzondere bevoegdheid van de vrederechter behoren (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 82).

Zoals bij iedere gemeenrechtelijke onderhoudsvordering is de vrederechter *ratione materiae* bevoegd krachtens artikel 591, 7° Ger.W. om in eerste aanleg uitspraak te doen over de vordering, gebaseerd op artikel 205 e.v. BW (J. GERLO, *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 98). Dit neemt niet weg dat in geval van hoogdringendheid, gelet op de situatie waarin de onderhoudsgerechtigde zich bevindt, ook de kort gedingrechter ten provisonale titel een onderhoudsuitkering kan toekennen (KG Brussel 19 juni 2001, *RTDF* 2002, 326).

Conform de artikelen 1320-1322 Ger.W. samengelezen met de artikelen 1034*bis* tot *sexies* Ger.W., tenzij dit onmogelijk is wegens tegenstrijdigheid (S. BROUWERS, "Art. 1320-1322 Ger.W." in A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (red.), *Comm.Pers.*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, losbl., art.1320, 1-3), wordt deze onderhoudsvordering eveneens door middel van een verzoekschrift ingeleid voor de vrederechter die *ratione loci* bevoegd is op grond van de woonplaats van de onderhoudsgerechtigde, conform artikel 626 Ger.W. (dit artikel heeft het over "de eiser").

Wel zal de betwisting in rechtspraak en rechtsleer, zoals die op iedere andere onderhoudsvordering toepasselijk is betreffende de notie "eiser" (in de zin van de onderhoudsplichtige die een vermindering of afschaffing vraagt) ook hier bestaan (zie *boven* nrs. 586-589).

**1168** De procedure wordt ingeleid bij verzoekschrift met toevoeging van een getuigschrift van woonst van de personen die moeten worden opgeroepen. Het staat de eisende partij vrij om te opteren voor een dagvaarding, doch de méérkost ervan kan ten hare laste worden gelegd (S. BROUWERS, "Art. 1320-1322 Ger.W.", 4-5).

Het verzoekschrift kan worden vervangen door een vrijwillige verschijning (art. 706 Ger.W.).

De gerechtskosten kunnen ten laste komen van de eiser die niet eens de moeite deed vooraf de tegenpartij te contacteren met het oog op een mogelijke regeling van het geschil (Vred. Zandhoven 5 september 2000, *RW* 2000-01, 851).

**1169** Sommendelegatie is niet mogelijk (vgl. art. 203*ter* BW).

## AFDELING IV

## DE ONDERHOUDSP LICHT VAN DE BEGIFTIGDE T.A.V. DE SCHENKER (ART. 955, 3° BW)

**§ 1. Grondslagen**

**1170** De onderhoudsplicht van de begiftigde t.a.v. de schenker vindt haar grondslag in de artikelen 955, 3° BW e.v.

Artikel 955 bepaalt aldus: “Een schenking onder de levenden kan alleen in de volgende gevallen wegens ondankbaarheid herroepen worden:

1° Indien de begiftigde een aanslag op het leven van de schenker heeft gepleegd;

2° Indien hij zich tegenover hem heeft schuldig gemaakt aan mishandelingen, misdrijven of grove beledigingen;

3° Indien hij weigert hem levensonderhoud te verschaffen”.

Artikel 956 bepaalt: “Herroeping wegens niet-ervulling van de voorwaarden of wegens ondankbaarheid heeft nooit van rechtswege plaats”.

Artikel 957 bepaalt: “De eis tot herroeping wegens ondankbaarheid moet ingesteld worden binnen een jaar, te rekenen van de dag van het misdrijf waarvan de schenker de begiftigde beschuldigt, of van de dag waarop het misdrijf de schenker bekend kon zijn.

Die herroeping kan niet gevorderd worden door de schenker tegen de erfgenamen van de begiftigde, noch door de erfgenamen van de schenker tegen de begiftigde, tenzij, in dit laatste geval, de eis reeds door de schenker was ingesteld, of deze overleden is binnen het jaar van het misdrijf”.

Deze artikelen bleven ongewijzigd sinds 1804 (*Code civil des Français*).

**1171** Er bestaat geen onderhoudsverplichting in de echte zin in hoofde van de begiftigde.

Artikel 955 BW vermeldt de weigering om levensonderhoud te verschaffen slechts als een geval van ondankbaarheid, die de herroeping van de schenking voor gevolg heeft, doch brengt daarom voor de schenker geen schuldverdering op onderhoud mee ten laste van de begiftigde. Er volgt een nietigverklaring van de schenking, indien de schenker behoeftig geworden is en zich tot de vrederechter moet wenden om een onderhoudsvordering in te stellen (Luik 25 februari 2002, *RTDF* 2005, 1223, *JT* 2002, 448 en *JLMB* 2002, 1019, noot J.S.; Bergen 29 juni 2004, *RTDF* 2005, 1247 en *Rev.not.b.* 2005, 113).

Vereist is dat aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de schenker is behoeftig en vraagt onderhoud;

- de begiftigde is in staat dit te verschaffen doch weigert ten onrechte (Rb. Kortrijk 9 november 1950, *T.Not.* 1952, 58).

Het hof van beroep te Gent was de mening toegedaan dat artikel 955, 3° BW niet kan worden toegepast op legaten om reden, dat artikel 1046 BW (m.b.t. de herroeping van uiterste wilsbeschikkingen) enkel verwijst naar de twee eerste bepalingen van artikel 955 BW en niet naar de derde (Gent 5 februari 2004, *RABG* 2005, 730, noot S. BROUWERS).

De behoefte moet in strikte zin begrepen worden. Een daling van de levensstandaard volstaat niet. Het loutere feit van de begiftigde om het bedrag van de onderhoudsuitkering te laten vaststellen door de rechtbank is geen weigering. Het moet om een zuivere weigering gaan (Luik 10 juli 1931, *Pas.* 1932, II, 38).

Het niet-verschaffen van levensonderhoud moet dus ongerechtvaardigd zijn.

- dit is niet het geval wanneer de schenker onderhoud kan bekomen van personen die wettelijk gehouden zijn;
- wanneer het gevraagde onderhoudsgeld het netto-actief van de schenking overtreft;
- wanneer de begiftigde niet in staat is onderhoud te verschaffen (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 323, nr. 491).

Ook vermomde en onrechtstreekse schenkingen kunnen worden herroepen op grond van artikel 955 BW (Rb. Kortrijk 9 november 1950, *T.Not.* 1952, 58).

Het is niet vereist dat het geschonken goed nog in het bezit is van de begiftigde. Het kan verbruikt zijn, weggegeven of verkocht. De verplichting blijft bestaan.

**1172** In geval van herroeping wegens ondankbaarheid wordt de begiftigde veroordeeld tot teruggave van wat geschonken werd hetzij *in natura* hetzij van de waarde van wat vervreemd werd, dit gelet op het tijdstip van de vordering, en tot teruggave van de vruchten te rekenen vanaf de dag van de vordering (art. 958, tweede lid BW). Eventuele waardeverminderingen of waardevermeerderingen moeten worden ondergaan respectievelijk ten goede komen aan de schenker, ook al betreft de schenking een geldsom. Deze geldsom kan dus niet gherwaardeerd worden door een compensatoire interest toe te kennen vanaf de datum van de schenking tot deze van het inleiden van de vordering tot herroeping (Cass. 10 november 2005, *RW* 2005-06, 1179, noot S. MOSSELMANS).

## § 2. Modaliteiten

**1173** De vordering tot herroeping verjaart na één jaar te rekenen vanaf de weigering levensonderhoud te verschaffen. Deze verjaring is gesteund op een vermoeden dat er vergiffenis is geschonken (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 298).

Er werd geoordeeld dat zolang de weigering wordt volgehouden en de schenker laat weten dat hij behoeftig is, de vordering niet verjaart (Brussel 6 mei 1993, *Rev.not.b.* 1995, 21, het betrof echter grove beledigingen, art. 955, 2° BW).

Het overlijden van de begiftigde doet de vordering uitdoven ook ten opzichte van de erfgenamen van de begiftigde die eveneens levensonderhoud weigeren ondanks het feit dat zij het geschonken goed kregen via de nalatenschap van de begiftigde.

Werd de vordering echter ingesteld tijdens het leven van de begiftigde dan kan zij vervolgd worden tegen diens erfgenamen (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 90).

De onderhoudsverplichting is beperkt tot de elementaire levensbehoeften. Zij is begrensd tot de nettowaarde van wat geschonken werd, op het ogenblik van de schenking.

Zij houdt op te bestaan wanneer die waarde wordt overschreden. Voor het overige is er geen begrenzing in de tijd (wat de onderhoudsvordering betreft), behoudens het overlijden van de begiftigde of de schenker (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 91). De wet voorziet niet in een indexatie.

## § 3. Procedure

**1174** De sanctie op de weigering levensonderhoud te verschaffen is de herroeping van de schenking. Hiervoor is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd.

Indien er geen weigering is maar wel een probleem van het vaststellen van het bedrag van het onderhoudsgeld dan is de vrederechter bevoegd en zijn de gemeenrechtelijke regels inzake alimentatievorderingen van toepassing.

## AFDELING V

## DE ONDERHOUDSP LICHT T.O.V. DE GEFAILLEERDE

**§ 1. Grondslagen**

**1175** Artikel 48, eerste lid van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 (Faill. W., *BS* 28 oktober 1997) bepaalt: “De curators kunnen, met toestemming van de rechter-commissaris, aan de gefailleerde natuurlijke persoon en aan zijn gezin het huisraad en de voorwerpen nodig voor eigen gebruik afgeven. De curators maken van die zaken een staat op. Zij kunnen eveneens met toestemming van de rechter-commissaris, levensonderhoud toekennen aan de gefailleerde natuurlijke persoon en aan zijn gezin. Iedere betwisting betreffende de toepassing van dit artikel moet bij verzoekschrift aan de rechtbank worden gericht”.

De wet preciseert niet wie de familieleden zijn doch de rechtsleer schijnt deze te beperken tot de gezinsleden die onder hetzelfde dak leven, hetzij echtgenote of partner, de kinderen, eventueel de ascendenten (Kh. Charleroi 28 oktober 1992, *JLMB* 1993, 1109; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 324, nr. 492; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 88).

Deze gezinsleden kunnen zelf de vordering stellen indien de gefailleerde stilzit.

Het onderhoud door de massa verschaft, is subsidiair: het wordt slechts toegerekend indien de gefailleerde geen onderhoud kan bekomen van zijn onderhoudsplichtige verwanten. Diegene die het levensonderhoud vordert moet *behoef tigheid* bewijzen (Kh. Brugge 10 mei 2001, *RW* 2002-03,752).

**1176** Wie vóór de faillietverklaring levensonderhoud genoot van de gefailleerde als gevolg van een definitieve gerechtelijke beslissing, wordt als niet-bevoorrechte schuldeiser van de massa erkend maar enkel voor de vervallen termijnen niet betaald op het ogenblik van de faillietverklaring. Voor de niet-vervallen termijnen beschikt hij niet over een aan de massa tegenstelbare schuldvordering, wel over een vordering ten laste van de gefailleerde persoonlijk.

Deze kan immers ook na de faillietverklaring inkomsten genieten die niet aan de massa toekomen.

De curator kan de gefailleerde niet beletten met zijn inkomsten zijn onderhoudsverplichtingen na te komen, althans niet zijn onderhoudsverplichtingen tegenover zijn vrouw en kinderen.



De echtgenote die vóór de faillietverklaring vanwege de rechtbank een onderhoudsgeld bekwam kan het onderhoudsgeld op die inkomsten verhalen.

Bovendien kan zij zelfs na de faillietverklaring voor de burgerlijke rechtbank een onderhoudsgeld uit die inkomsten vragen (Cass. 13 juni 1980, *Pas.* 1980, I, p. 1253; J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 325, nr. 494; A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 88).

**1177** De staat van faillissement belet geen veroordeling wegens familieverlating wanneer de gefailleerde in gebreke blijft om de tegen hem uitgesproken veroordeling van uitkering tot onderhoud vrijwillig uit te voeren met behulp van de hem door de rechtbank toegewezen gelden (Cass. 14 december 1959, *Pas.* 1960, I, p. 435 en *RW* 1960-61, 1045).

Indien in hoofde van de gefailleerde-onderhoudsplichtige, ter gelegenheid van het afsluiten van het faillissement de *verschoonbaarheid* wordt weerhouden, had dat voor gevolg dat alle onbetaalde schulden, inclusief de onderhoudsschulden, vervallen vóór het faillissement, nadien niet meer opeisbaar waren (Kh. Leuven 6 oktober 1998, *RW* 1998-99, 580, noot; A. DE WILDE, “Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement”, *RW* 1999-2000, 597).

Dit neemt echter niet weg dat, ingevolge de bekomen verschoning, in hoofde van de gefailleerde deze schulden, met inbegrip van achterstallige onderhoudsuitkering, het karakter van een *natuurlijke verbintenis* behouden (Rb. Charleroi 4 oktober 2000, *JLMB* 2001, 1747).

Door de Reparatiewet van 4 september 2002 (*BS* 21 september 2002, ed. 2) van de Faillissementswet werd artikel 82 Faill.W. onder meer in die zin gewijzigd dat twee schulden uitdrukkelijk worden uitgesloten van de verschoonbaarheid, t.w. de onderhoudsschulden en de schulden die voortvloeien uit de verplichting tot schadeherstel verbonden aan het overlijden of de lichamelijke integriteit van een persoon, waaraan de gefailleerde schuld heeft (art. 82, laatste lid Faill.W.). De verschoonbaarheid heeft voor deze schulden dus geen gevolg. De Amerikaanse discharge diende hier als voorbeeld (U.S.A. art. 523 Bankruptcy Code). De Reparatiewet past de niet-verschoonbaarheid toe op alle onderhoudsschulden, inclusief de vervallen onderhoudsschulden (A. DE WILDE, “De faillissementswet zoals gewijzigd door de reparatiewet van 4 september 2002 en de programmawet van 8 april 2003” in *CBR* (ed.), *CBR Jaarboek 2003-2004*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2004, 256).

**1178** Het hierboven geciteerde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi poneert dat het voordeel van de verschoonbaarheid zich niet verder uitstrekt dan de gefailleerde, zodat de echtgenoot, die mede gehouden is tot een schuld zich niet op de verschoonbaarheid kan beroepen teneinde aan de betalingsverplichting te ontsnappen; terecht oppert het vonnis de bedenking of

deze ongelijkheid tussen echtgenoten geen schending van het gelijkheidsbeginsel, conform artikel 10 en 11 Gw. uitmaakt. De rechtbank van koophandel te Nijvel heeft bij vonnis *d.d.* 30 oktober 2000 de prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gesteld; dat hof heeft bij arrest van 28 maart 2002 (*JLMB* 2002, 808, *Div. Act.* 2002, 75, noot E. VAN DEN HAUTE en *RW* 2002-03, 457) wel degelijk de ongelijke behandeling weerhouden tussen de gefailleerde, die verschoning bewam en de echtgenoot-borgsteller die verder door de schuldeisers kan aangesproken worden; zie over de gehoudenheid van de borg van de gefailleerde die verschoning bewam: E. DIRIX, “Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement: ‘omwille van je blauwe ogen’”, *RW* 2001-02, 716-718).

**1179** De Reparatiewet van 4 september 2002 (*BS* 21 september 2002, ed. 2) van de Faillissementswet (Faill.W.) heeft ervoor gezorgd dat de kosteloze borg en de echtgenoot van de gefailleerde eveneens het voordeel genieten van de toegekende verschoonbaarheid. Artikel 82 van de gewijzigde Faill.W. breidt de gevolgen van de verschoonbaarheid uit tot de echtgenoot die zich persoonlijk heeft verbonden voor een schuld van de gefailleerde.

Er is slechts sprake van een kosteloze borgstelling in de zin van artikel 80, derde lid Faill.W., als geen belang en evenmin een indirect voordeel werd beoogd bij de borgstelling. De met gemeenschap van goederen gehuwde vrouw, die zich borg stelde voor de verbintenissen van de vennootschap waarin haar echtgenoot zaakvoerder is, heeft eveneens een economisch belang bij de borgstelling en doet zulks evenmin kosteloos (Kh. Dendermonde 12 december 2005, *RW* 2005-06, 953).

Het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) heeft voormelde redenering ook toegepast en doorgetrokken tot **b e l a s t i n g s c h u l d e n**. Het is discriminatoir dat de echtgenoot gehouden blijft om de onroerende voorheffing, geheven op de gezinswoning en de personenbelasting van de gefailleerde te vereffenen, terwijl, als gevolg van de verschoonbaarheid, de gefailleerde hiervan bevrijd is. Het feit dat de wetgever de rechter niet de mogelijkheid heeft gegeven om de echtgenoot van de gefailleerde eveneens te bevrijden van een fiscale schuld, verschuldigd als gevolg van de toepassing van een fiscale wetsbepaling, houdt een discriminatie in (Arbitragehof 12 mei 2004, 78/2004, *JLMB* 2004, 1032; M. VANMEENEN, “De verschoonbaarheid – Het Arbitragehof hakt de knopen door...” (noot onder Arbitragehof 30 juni 2004), *RW* 2004-05, 668-670).

Ingevolge het arrest van 12 mei 2004 werd artikel 82, tweede lid Faill.W. gewijzigd door de wet van 2 februari 2005 (*BS* 21 februari 2005, ed. 1).

Wat de bevrijding betreft van een natuurlijke persoon die zich kosteloos persoonlijk borg stelde, werd artikel 80, derde lid Faill.W. aangepast door de wet van 20 juli 2005 (*BS* 28 juli 2005; B. MAILLEUX, “Bevrijding kosteloze borg. Wet van 20 juli 2005 past Faillissementswet aan”, *NJW* 2005, 938-942).

Ten slotte is er de wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82, tweede lid van de faillissementswet van 8 augustus 1997 wat betreft de verschoonbaarheid van voormalige echtgenoten (*BS* 28 augustus 2008, ed. 2). Deze wijziging bepaalt dat naast de echtgenoot van de gefailleerde die persoonlijk aansprakelijk is voor de schuld van zijn echtgenoot, ook de **v o o r m a l i g e** echtgenoot die persoonlijk aansprakelijk is voor de schuld die zijn voormalige echtgenoot tijdens de duur van het huwelijk had aangegaan, bevrijd wordt van die verplichting ingevolge de verschoonbaarheid. Hiermee wordt de verschoonbaarheid dus uitgebreid naar de gewezen echtgenoot (C. AERTS, “Gevolgen van de verschoonbaarheid voor de partner van de gefailleerde: een drama in vele bedrijven. Commentaar bij de wet van 18 juli 2008”, *T.Fam.* 2009, 3).

## § 2. Modaliteiten

**1180** Het recht op alimentatie is afhankelijk van de behoeftetoestand in strikte zin.

Het verzoek tot een uitkering kan uitgaan van de gefailleerde, doch evenzeer kan de curator daartoe het initiatief nemen. Rekeninghoudend met de staat van behoeftigheid waarin de gefailleerde zich alsdan bevindt, zal hem een uitkering kunnen toegekend worden. Indien de curator zou weigeren aan het verzoek van de behoeftige gefailleerde gevolg te geven, kan deze zich tot de rechtbank van koophandel wenden, die uitspraak doet, rekeninghoudend met de staat van behoeftigheid en de familiale situatie van de gefailleerde, alsook met de omvang van het actief, afhankelijk van de failliete boedel. De onderhoudsuitkering moet de gefailleerde en zijn gezin toelaten in hun onderhoud te voorzien, waarbij het de gefailleerde toegestaan is hierover vrij te beschikken.

Het onderhoud wordt beperkt door de massa waarover de curator het beheer heeft. Het kan gevraagd worden vanaf het vonnis van faillietverklaring en tot aan de sluiting ervan. Binnen dit tijdsbestek is er geen retroactiviteit (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 89).

Er is van rechtswege niet in een indexatie voorzien. Verhoging of verlaging op verzoek van de gefailleerde of de curator in functie van de behoeftetoestand is mogelijk.

Onderhoud onder de vorm van een kapitaal lijkt moeilijk te verenigen met de staat van faillissement (*anders* P. COPPENS en F. T’KINT, “Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1991-1996)”, *RCJB* 1997, 433).

## § 3. Procedure

**1181** Het onderhoudsgeld wordt toegekend door de curator na machtiging van de rechter-commissaris.

Indien de curator weigert kan de gefailleerde zich tot de rechtbank van koophandel wenden bij verzoekschrift. Deze beslist op basis van het verslag van de rechter-commissaris en na advies van de curator. Het vonnis is niet vatbaar voor verzet noch hoger beroep (art. 37, tweede lid, 2° Faill.W.).

TITEL III  
**DE WETTELIJK *NIET*-GEORGANISEERDE  
ONDERHOUDSVERPLICHTINGEN**

## HOOFDSTUK I DE NATUURLIJKE VERBINTENIS

### AFDELING I

#### GRONDSLAGEN

**1182** Een natuurlijke verbintenis is een morele plicht die in een juridische verplichting, een afdwingbare verbintenis kan omgezet worden.

Elke natuurlijke verbintenis is een gewetensplicht maar niet elke gewetensplicht is een natuurlijke verbintenis. De gewetensplicht moet voldoende precies zijn, een bepaalde “schuldeiser” en een bepaald of bepaalbaar voorwerp hebben.

Een gewetensplicht moet niet alleen voldoende precies, maar ook voldoende gewichtig zijn om als natuurlijke verbintenis in aanmerking te komen. Hierbij wordt rekening gehouden met de concrete omstandigheden van het geval, de persoonlijke overtuiging dat er een werkelijke gewetensplicht bestaat waarvan de uitvoering geen schenking is, en een bestaande maatschappelijke consensu s dat dergelijke plicht met de natuurlijke verbintenis kan worden gelijkgesteld.

Zo werd de omstandigheid dat een persoon de huurprijs van de studentenkamer van zijn peetdochter heeft betaald, terecht niet als het voldoen van een natuurlijke verbintenis aangemerkt, omdat de verwantschapsband te ver is opdat de maatschappij dit als een morele verplichting zou beschouwen (Rb. Aarlen 7 november 2001, *Rec.gén.enr.not.* 2002, 268).

De natuurlijke verbintenis wordt een burgerlijke verbintenis door de vrijwillige uitvoering of door de belofte van uitvoering. Deze uitvoering is een betaling en geen schenking. Met een vergeldende schenking is de scheidingslijn echter vrij smal. De voorafgaande prestatie zal dan niet gelijkwaardig zijn aan wat geschonken wordt.

Indien de prestaties een dergelijke omvang hebben gehad dat er een zekere morele plicht tot vergoeding is ontstaan, en indien de vergoeding die plicht vervult, m.a.w. indien er gelijkwaardigheid is, dan is er een natuurlijke verbintenis.

In geval van spontane onderbreking van prestaties ter vervulling van de morele verplichting ontstaat dus een voor ten uitvoerlegging vatbare burgerlijke verplichting (Luik 15 juni 1998, *JT* 1999, 29, *RRD* 1998, 437 en *TBBR* 1999, 303, noot G. GENICOT).

De feitenrechter oordeelt naar de omstandigheden van de zaak of er een natuurlijke verbintenis bestaat of niet.

Eenzelfde gewetensplicht kan, gelet op de omstandigheden, nu eens als natuurlijke verbintenis aangemerkt worden, dan weer niet (zie voor een historische bespreking van het begrip en voor het onderscheid met een schenking, R. DEBLAUWE, “Voldoening van een natuurlijke verbintenis is geen schenking”, *Not.Fisc.M.* 2004, 18-25).

Een juridische verbintenis onderscheidt zich van een natuurlijke verbintenis in die zin dat een juridische verbintenis afdwingbaar is in rechte, d.i. de juridische mogelijkheid waarover de schuldeiser beschikt om over te gaan tot dwanguitvoering ten laste van (het vermogen van) de schuldenaar. Een natuurlijke verbintenis houdt het midden tussen een zuivere morele verplichting en een juridische verbintenis, in die zin dat ze, zoals een zuiver morele verplichting, in rechte niet afdwingbaar is, maar dat ze in een juridische verbintenis wordt omgezet als de schuldenaar van die gewetensplicht ze vrijwillig of geheel of gedeeltelijk, uitvoert of belooft na te komen (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, p. 72, nr. 57, D; A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1641).

**1183** De natuurlijke verbintenis heeft voornamelijk een doctrinaire en jurisprudentiële oorsprong. Er is dus geen wettelijke basis voor behoudens artikel 1235 BW dat luidt: “Iedere betaling onderstelt een schuld: hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd.

Geen terugvordering kan plaatshebben ten opzichte van natuurlijke verbintenissen die men vrijwillig voldaan heeft”.

Zoals hierboven al gesteld, verschilt een natuurlijke verbintenis van de burgerlijke verbintenis waar zowel de nakoming als de teruggave van wat vrijwillig gepresteerd werd, niet afdwingbaar is. De omzetting van een natuurlijke (*in casu* een louter morele verplichting) in een civielrechtelijke verbintenis vereist de uitdrukkelijke of stilzwijgende erkenning door de schuldenaar dat hij burgerlijk tot de nakoming van deze verbintenis gehouden is (Cass. 5 februari 1954, *Arr.Cass.* 1954, 403, *Pas.* 1954, I, 499 en *RW* 1953-54, 1851; Rb. Brussel 23 april 1999, *RTDF* 2000, 70).

De omzetting heeft twee belangrijke gevolgen: ten eerste beletten dat teruggevorderd wordt wat betaald werd en ten tweede de debiteur verplichten zijn betalingen verder te zetten.

Vermits er buiten de “uitdrukkelijke of stilzwijgende” eenzijdige wilsuiting van de schuldenaar geen enkel rechtsverband bestaat m.b.t. de omzetting, kan niemand tot een dergelijke verbintenis verplicht worden.

**1184** T.a.v. bepaalde personen op wie geen wettelijke onderhoudsplicht rust, wordt het bestaan van een natuurlijke verbintenis tot het verschaffen van levensonderhoud aangenomen.

Het bestaan van een natuurlijke onderhoudsplicht wordt algemeen aanvaard t.a.v. de volgende categorieën personen:

- tussen broer/zuster;
- in hoofde van de ouders tot het verschaffen van levensonderhoud aan hun kinderen zo de afstamming niet bewezen is of niet bewezen mag worden (bloedschennige kinderen);
- samenwonenden (Rb.Veurne 27 mei 2004, *TGR-TWVR* 2004, 190; zie voor een uitvoerige opsomming van rechtspraak, R. DEBLAUWE, “Voldoening van een natuurlijke verbintenis is geen schenking”, *Not.Fisc.M.* 2004, 24; N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2006, 305).

Daarnaast kan er ook een natuurlijke onderhoudsverplichting rusten op personen die wettelijk onderhoudsplichtigen zijn, in situaties waarin geen beroep gedaan kan worden op hun wettelijke onderhoudsplicht:

- ouders t.a.v. hun kinderen voor het verschaffen van een stand (zie art. 204 BW), waarvoor geen wettelijke plicht bestaat;
- grootouders t.a.v. hun kleinkinderen ingeval gegoede grootouders vrijwillig tussenkomen hoewel de ouders over voldoende middelen beschikken;
- kinderen t.a.v. hun niet-behoefte maar zieke ouders aan wie ze opvang en steun bezorgen (Brussel 3 juni 1996, *AJT* 1996-97, 328, noot B. WYLLEMAN).

## § 1. Kinderen

**1185** Er bestaat geen wettelijke onderhoudsplicht in hoofde van de “feitelijke” vader of in hoofde van de meemoeder binnen een lesbische tweerelatie. In dergelijke situaties wordt in de rechtspraak regelmatig de natuurlijke verbintenis weerhouden (Jeugdrrb. Kortrijk 18 maart 1997, *TWVR* 1997, 91, noot J. TREMMERY, *JT* 1998, 731, noot N. MASSAGER en *RTDF* 1998, 687, noot Y.-H. LELEU; Gent 28 oktober 2002, *RAGB* 2003, 946, noot F. DE BOCK; anders doch niet expliciet gesteund op een natuurlijke verbintenis: Vred. Beveren 7 april 1998, *JLMB* 2002, 801).

In een geval van een lesbische meemoeder veroordeelde de vrederechter van Beveren deze tot een onderhoudsbijdrage voor de twee kinderen van haar gewezen partner. De vrederechter steunde zijn beslissing op het feit dat de kinderen gewent waren door beide vrouwen en de meemoeder steeds verlangd had de rol van ouder over de kinderen te kunnen vervullen. De kinderen waren verwekt door middel van een kunstmatige inseminatie. De beslissing van de vrederechter werd niet expliciet gesteund op een natuurlijke verbintenis, noch op artikel 203 BW maar wel op de overweging dat het belang van de kinderen moest primeren (Vred. Beveren 7 april 1998, *JLMB* 2002, 801 en *Act.dr.* 2001, 363, noot E. LANGENAKEN).

In een geval waar de vaderlijke afstamming niet bewezen was steunde de rechtbank van eerste aanleg te Luik zich op de natuurlijke verbintenis om een verhoging toe te kennen van de onderhoudsbijdrage die de betrokken man vrijwillig was blijven betalen.

Appellant die dacht de vader te zijn van het kind dat geïntimeerde ter wereld had gebracht, had zich er in een proces-verbaal van verzoening toe verbonden aan geïntimeerde, zijn gewezen bijzit, een onderhoudsgeld te betalen voor het kind, op voorwaarde dat de moeder instemde met zijn erkenning van het kind. Appellant zag er echter van af het kind na de verzoeningszitting te erkennen, maar bleef het onderhoudsgeld betalen. Aangezien hij van oordeel was niet de wettige vader van het kind te zijn, wou appellant het door geïntimeerde ingediende verzoekschrift tot verhoging van het onderhoudsgeld ongegrond horen verklaren. Hij steunde zich onder meer op het feit dat de moeder na bovenvermelde verzoeningszitting zou gezegd hebben dat hij niet de vader was.

Om de vernietiging van het akkoord te verkrijgen waarvan in het bovenvermelde proces-verbaal van verzoening akte was gegeven, wegens het ontbreken van een oorzaak, moest appellant bewijzen dat de hoofdrede van zijn verbintenis de afstammingsband was die hij dacht met het kind te hebben en moest hij met alle rechtsmiddelen bewijzen dat hij niet de vader van het kind kon zijn, m.a.w. dat er geen oorzaak was. Appellant verzocht echter helemaal niet om de vernietiging van het akkoord, dat overigens maar gedeeltelijk ten uitvoer werd gelegd. Er bleef dus twijfel bestaan wat de vaderlijke afstamming van het kind betrof, die noch door appellant, noch geïntimeerde uit de wereld werd geholpen. Er kon bijgevolg ook niet besloten worden dat zijn verbintenis er een was zonder oorzaak.

De rechtbank oordeelde dat een natuurlijke verbintenis rechtsgeldig kan dienen als oorzaak voor een civiele verbintenis. Indien een persoon zich ertoe verbonden heeft te voorzien in de opvoeding van een kind van wie de vaderlijke afstamming niet is bewezen, berust de rechtsvordering die is ingesteld om hem ertoe te verplichten zijn verbintenis na te komen op deze verbintenis en vormt zij geen vordering tot onderhoudsgeld.

Appellant heeft zich verbonden tot een bijdrageplicht die eveneens de mogelijkheid bevat om het bedrag van zijn aandeel naar boven toe te herzien (Rb. Luik (4de kamer) 29 april 2004, *TBBR* 2005, 209).

**1186** Indien de natuurlijke verbintenis niet meer volstaat om het kind te geven waarop het recht heeft volgens de levensstandaard van zijn wettelijke ouders, dan kunnen deze worden aangesproken om het verschil te dekken. De biologische vader kan niet tot meer verplicht worden. Doch anderzijds kan hij wat hij betaalde niet op hen verhalen.

**1187** Wat de natuurlijke verbintenis van *g r o o t o u d e r s* betreft t.a.v. hun kleinkinderen wordt verwezen naar wat hierover werd uiteengezet *boven* nrs. 18 en 512.

## § 2. Concubinaat

**1188** Bedoeld wordt de feitelijke samenwonenden. Zie hiervoor *verder* nrs. 1192-1227.

## AFDELING II

### MODALITEITEN

**1189** Vermits de regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, is anders dan de wettelijke onderhoudsverplichtingen, de natuurlijke verbintenis om onderhoud te verschaffen, passief overdraagbaar en onveranderlijk.

De onveranderlijkheid moet wel als volgt begrepen worden. Als de schuldenaar een bepaald bedrag beloofd of betaald heeft, dan is dit niet voor wijziging vatbaar. Als hij echter alleen beloofd heeft onderhoud te verschaffen dan is wijziging mogelijk, rekening houdend met zijn vermoedelijke wil (J. GERLO, *Onderhoudsgelden in Recht en Praktijk nr. 11*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 333, nr. 500).

De verbintenis gaat over op de erfgenamen van de debiteur maar ze dooft uit bij het overlijden van de schuldeiser (A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Brussel, Kluwer, 2001, 97).



**1190** Vermits de omzetting van een natuurlijke in een civielrechtelijke verbintenis afhankelijk is van een eenzijdige wilsuïting wordt het tijdstip van het ontstaan en de beëindiging ervan door die wilsuïting bepaald.

Hetzelfde geldt voor de modaliteiten. De debiteur is verschuldigd tot hetgene waartoe hij zich (eenzijdig) verbond maar ook niets meer. Een welbepaald onderhoudsbedrag kan niet geïndexeerd, noch verhoogd worden.

Een ontvangstmachtiging kan niet opgelegd worden bij gebreke aan wettelijke basis.

Het bewijs van de verbintenis zelf en haar modaliteiten (*kwantum*, duur, indexatie, ontbindende voorwaarde enz.) moet worden geleverd volgens de gemeenrechtelijke bewijsregels van de artikelen 1341 e.v. BW).

### AFDELING III

### PROCEDURE

**1191** Het gemeen recht is van toepassing.

Indien uit de wilsuïting van de schuldenaar blijkt dat het zijn bedoeling was om een alimentaire schuld in te lossen dan is de vrederechter bevoegd (art. 591, 7° Ger.W.).

In geval van concubinaat bijvoorbeeld is het niet omdat de partijen niet gehuwd waren dat de kwalificatie "uitkering tot onderhoud" een andere betekenis zou krijgen dan deze vervat in artikel 591, 7° Ger.W. (Vred. Gent (7de kanton) 4 november 1996, *RW* 1997-98, 266, noot F. Aps en *AJT* 1996-97, 323 noot K. JACOBS).

Strekte de eenzijdige verbintenis van de schuldenaar ertoe aan zijn kinderen een bruidsschat mee te geven of aan zijn feitelijke partner na verbreking van de samenwoning een schadevergoeding te betalen, dan kan al naargelang de waarde van de vordering de rechtbank van eerste aanleg bevoegd zijn.

## HOOFDSTUK II DE FEITELIJK SAMENWONENDEN

### AFDELING I

#### GRONDSLAGEN

##### § 1. Een wettelijke regeling?

**1192** In beginsel bestaat er geen wettelijke regeling. Samenwoners die geen onderlinge afspraken hebben gemaakt, al dan niet opgenomen in een onderhandse dan wel authentieke akte, kunnen zich niet beroepen op een bijdrageplicht in de kosten en lasten voortvloeiend uit hun feitelijk gezinsleven. De solidariteitsplicht die tussen gehuwden bestaat, is bij analogie niet van toepassing op feitelijk samenwonenden, zodat geen bijdrageplicht afdwingbaar is tijdens het feitelijk samenwonen.

Indien een van de samenwoners de totaliteit van deze lasten gedragen heeft, zal hij slechts verhaal kunnen uitoefenen op de partner op grond van benoemde contracten, zoals de lastgeving, de lening, de zaakwaareming en *quasi*-contracten in het bijzonder verrijking zonder oorzaak en ten slotte de natuurlijke verbintenis die geneveerd werd in een civielrechtelijke verbintenis. In die zin is er dan toch een wettelijke regeling zij het dat ze niet specifiek werd ingericht voor de feitelijke samenwoning en evenmin specifiek gericht is op het alimentatierecht (N. VERHEYDEN-JEANMART, *RPDB*, v° *Le ménage de fait*, Compl. VIII, nr. 415; F. TAINMONT, “Les charges du ménage” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 129).

Een natuurlijke verbintenis is een morele plicht die in een juridische verplichting, een afdwingbare verbintenis kan omgezet worden. Elke natuurlijke verbintenis is een gewetensplicht maar niet elke gewetensplicht is een natuurlijke verbintenis. De gewetensplicht moet voldoende precies zijn, een bepaalde “schuldeiser” en een bepaald of bepaalbaar voorwerp hebben. De natuurlijke verbintenis heeft voornamelijk een doctrinaire en jurisprudentiële oorsprong. Er is dus geen wettelijke basis behoudens dan artikel 1235 BW (Vred. St.-Jans-Molenbeek 26 september 2000, *AJT* 2001-02, 284 en *Huur* 2001, 29; Vred. Charleroi 3 maart 2003, *JT* 2004, 101; zie ook *anders* Rb. Bergen 23 mei 2001, *JLMB* 2002, 648, noot S.D.).

Een natuurlijke verbintenis verschilt van de burgerlijke verbintenis waar zowel de nakoming als de teruggave van wat vrijwillig gepresteerd werd, niet afdwingbaar is. De omzetting van een natuurlijke (*in casu* een louter morele verplichting) in een civielrechtelijke verbintenis vereist de uitdrukkelijke of stilzwijgende erkenning door de schuldenaar dat hij burgerlijk tot de nakoming van deze verbintenis gehouden is (Cass. 5 februari 1954, *Arr.Cass.* 1954,

403, *Pas.* 1954, I, 499 en *RW* 1953-54, 1851; Rb. Brussel 23 april 1999, *RTDF* 2000, 70; S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 375).

Met betrekking tot het bewijs daarvan is een vonnis van de vrederechter van het vierde kanton te Charleroi interessant dat stelt dat de uitvoering van dergelijke verbintenis slechts geldt voor het verleden en dit de terugbetaling verhindert van wat betaald werd. Maar voor de toekomst is er een bewijs door geschrift noodzakelijk, tenzij er een begin van schriftelijk bewijs zou zijn. De vrederechter meent dit te vinden in twee bankoverschrijvingen ondertekend door de schuldenaar (Vred. Charleroi 26 oktober 2001, *JLMB* 2002, 655, *RRD* 2002, 60, *RTDF* 2002, 132 en *TBBR* 2002, 475).

Zoals hierboven al werd gesteld is een natuurlijke verbintenis een verbintenis die geldig bestaat maar die niet in rechte kan worden afgedwongen en die, wanneer ze vrijwillig werd betaald, geen aanleiding kan geven tot terugvordering van prestaties (H. CASMAN, "Vereffening-verdeling na beëindiging van de relatie tussen ongehuwde samenwoners" in X., *Familie op maat, Verslagboek Notarieel Congres*, Mechelen, Kluwer, 2005, 354). Concreet houdt dit twee zaken in. Enerzijds kunnen de partners elkaar tijdens het feitelijk samenwonen niet verplichten om bij te dragen in de lasten van de feitelijke samenwoning. Evenmin kan een partner na beëindiging van de feitelijke samenwoning alsnog een achterstallige bijdrage vorderen van de andere partner. Anderzijds vormen de uitgaven, vrijwillig gedaan tijdens het feitelijk samenwonen ten behoeve van het samenwonen, de uitvoering van deze natuurlijke verbintenis en zijn latere vergoedingsaanspraken uitgesloten (I. SAMOY, "Investeren in andermans woning bij feitelijke samenwoning. In welke mate verhindert de natuurlijke verbintenis tot bijdrage in de lasten van de feitelijke samenwoning een vergoedingsaanspraak?" in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.) *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 278).

De rechter dient soeverein en *in concreto* te beoordelen of de twee voorwaarden van de natuurlijke verbintenis vervuld zijn:

- a. de subjectieve of individuele voorwaarde;
- b. de objectieve of sociale voorwaarde.

De individuele voorwaarde houdt in dat de persoon die de verbintenis nakomt, handelt in de persoonlijke overtuiging dat hij daartoe moreel verplicht is. Zijn handelen is met andere woorden ingegeven door een intieme gewetensplicht, *in casu* ingegeven door de speciale band tussen de partners die de aanleiding vormt tot de feitelijke samenwoning. De sociale voorwaarde houdt in dat de maatschappij waarvan de persoon deel uitmaakt ook collectief aanvoelt dat de nakoming van een dergelijke verbintenis normaal is en als zodanig erkend wordt. Kernachtig geformuleerd, moet er sprake zijn van een "un scrupule approuvé". Omdat de rechter soeverein en *in concreto*, de beide voorwaarden beoordeelt, is het onmogelijk om een exhaustieve lijst op te stellen van uitgaven die gedekt zijn door de natuurlijke verbintenis tot bijdrage in de lasten van de feitelijke samenwoning. De invulling is anders van geval tot geval en er zal steeds een grijze zone overblijven (I.

SAMOY, “Investeren in andermans woning bij feitelijke samenwoning. In welke mate verhindert de natuurlijke verbintenis tot bijdrage in de lasten van de feitelijke samenwoning een vergoedingsaanspraak?”, 279).

Soms wordt ook beroep gedaan op het beginsel van de goede trouw en dit van de nodige omzichtigheid (art. 1382-1383 BW).

Wanneer enerzijds de beëindiging van het feitelijk samenleven steeds mogelijk moet blijven, ook al heeft dit jaren ononderbroken bestaan, dan moet anderzijds deze beëindiging met de nodige omzichtigheid en in overeenstemming met het algemene rechtsbeginsel van de goede trouw geschieden. Dit zal niet het geval zijn, wanneer het feitelijk samenwonen een aanvang nam bij de ene samenwoner vanaf jonge leeftijd, terwijl de andere feitelijke samenwoner nooit de kans geboden heeft of de “verplichting” oplegde om een opleiding te volgen of op de een of andere wijze in een eigen inkomen te voorzien. De ene feitelijke samenwoner heeft dus gedurende jaren ononderbroken in een economisch zwakke positie gestaan, zodat de andere feitelijke samenwoner zomaar niet van het ene op het andere moment zijn gewezen partner aan zijn lot kan overlaten (Vred. Antwerpen (7de kanton) 29 juni 2004, *RABG* 2004, 1282 noot S. BROUWERS).

**1193** Thans kan niet langer in twijfel getrokken worden dat het concubinaat niet strijdig is met de openbare orde, doch de samenwoners moeten zich wel van bij de aanvang van hun feitelijke gezinsleven van het precair karakter ervan bewust zijn.

Er werd al op gewezen dat de wettelijke samenwoning een regime van solidariteit in het leven geroepen heeft tussen twee niet-gehuwden. Het recht om niet te huwen doch wel tot samenwoning over te gaan, doet in hoofde van een handelingsbekwaam individu het keuzerecht ontstaan tussen onderscheiden samenwoningvormen, zonder, overeenkomstig artikel 12 EVRM verplicht onderworpen te kunnen worden aan een statuut als dat van een gehuwde (D. VAN GUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 281, nr. 385).

Logischerwijze kunnen de bepalingen van de artikelen 1475 e.v. BW betreffende de wettelijke samenwoning niet (automatisch) op feitelijk samenwoners toegepast worden. Gelet op de voormelde vrijheid, waarover het individu beschikt, kan er dan ook geen sprake zijn van enige vorm van discriminatie tussen wettelijke en feitelijke samenwoners.

Omgekeerd geldt dat feitelijk samenwoners, in geval van een conflictsituatie zich niet naar analogie kunnen beroepen op de bepalingen die de rechten en plichten van wettelijke samenwoners beheersen.

Opdat samenwoners hieraan zouden onderworpen zijn, is vereist dat ze beiden een verklaring hebben afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, conform artikel 1476, § 1 BW. Slechts als gevolg van deze rechtshandeling komt de wettelijke samenwoning tot stand, die de wettelijke, eraan verbonden gevolgen in het leven roept (artt. 1477 e.v. BW; N. DANDOY en F. TAINMONT, “Contours de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale”, *RRD* 1999, 264).

Terecht heeft het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) geoordeeld dat artikel 1479, derde lid BW de artikelen 10 en 11 Gw. niet schendt doordat aan de vrederechter niet de materiële bevoegdheid wordt verleend om dringende voorlopige maatregelen te treffen na beëindiging van de relatie tussen feitelijke samenwoners, zoals dit wel het geval is na de beëindiging van de wettelijke samenwoning. Het is een vaststaand gegeven dat wettelijke en feitelijke samenwoners zich niet in een situatie bevinden die objectief vergelijkbaar is, aangezien feitelijke samenwoners geen verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand hebben afgelegd, waartoe zij trouwens over de volle vrijheid beschikten bij het aangaan dan wel in de loop van hun relatie. Bovendien is het recht om zich tot de bevoegde rechtsmacht te wenden niet aan de feitelijke samenwoners ontnomen (Arbitragehof 23 januari 2002, *Div.Act.* 2002, 43 en 91, noot S. BRAT, *JLMB* 2002, 620, noot D. PIRE en *RTDF* 2002, 710; Vred. Brasschaat 24 december 2002, AR 02A693, onuitg.).

Hieruit volgt dat feitelijke samenwoners zich niet naar analogie op artikel 1476 BW kunnen beroepen om, in het kader van dringende voorlopige maatregelen, een onderhoudsuitkering te bekomen. Hetzelfde geldt dan ook wat de toepassing van artikel 223 BW betreft (Vred. St.-Truiden 22 december 1987, *T.Vred.* 1988, 216).

**1194** Wanneer de feitelijke samenwoning naar Belgisch recht niet wettelijk geregeld is, betekent zulks nog niet dat dit ook het geval is in vreemde wetgeving (ten titel van voorbeeld: het Braziliaans Burgerlijk Wetboek regelt het concubinaat onder Titel III Da união estável (vrij vertaald: de duurzame relatie) meer bepaald van art. 1.723 tot en met 1.727). Nochtans wordt in België, zoals hierboven reeds gesteld, het concubinaat als een rechtsfeit beschouwd, hetgeen inhoudt dat de nationale wetgeving van toepassing zal zijn van de plaats waar het rechtsfeit zich voordoet. Dit betekent dat Belgisch recht zal toegepast worden op de onderlinge rechtsverhouding tussen de feitelijke samenwoners, indien zij, ongeacht hun nationaliteit, in België feitelijk samenwonen (L. BARNICH, “Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé” in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, 9). Bijgevolg zal de feitelijke samenwoner van vreemde nationaliteit, zich niet op zijn nationale wetgeving kunnen beroepen, wanneer deze het concubinaat en de rechtsgevolgen, waaronder de onderhoudsverplichting wél wettelijk regelt.

## § 2. De conventionele regeling

### A. TIJDENS DE SAMENWONING

**1195** Onbetwistbaar beschikken de meerderjarige samenwoners krachtens artikel 1123 BW over de nodige bekwaamheid om overeenkomsten aan te gaan zodat het bestaan en de principiële rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomsten niet voor betwisting vatbaar is. Het staat de samenwoners vrij om deze overeenkomsten onderhands dan wel bij authentieke akte aan te gaan. In de rechtsleer wordt de voorkeur gegeven aan een notariële akte, omdat die voordelen biedt zoals de vaste datum van de akte, de zekerheid van de bewaring van het *instrumentum* en de informatieplicht die op de notaris rust. Bo-

vendien beschikken de samenwoners dan over een uitvoerbare titel, die de naleving van de aangegane verbintenissen zou moeten verzekeren.

**1196** De vraag rijst echter of de oorzaak niet ongeoorloofd is (artt. 1131-1133 BW), hetgeen de rechtsgeldigheid van de overeenkomst zou aantasten. Deze oorzaak is ontegensprekelijk niets meer dan de organisatie van het feitelijke gezinsleven en de budgettering van de inkomsten van de samenwoners. Wanneer thans vaststaat dat het concubinaat maatschappelijk niet langer als strijdig met de openbare orde beschouwd wordt, kan een overeenkomst die het feitelijk samenwonen regelt toch moeilijk als ongeldig worden bestempeld, ingevolge de ongeoorloofdheid van de oorzaak ervan. De samenwoners kunnen dus een globale samenwoningsovereenkomst aangaan, die zowel hun vermogensrechtelijke verhouding als hun wederzijdse onderhoudsplichten regelt (S. BROUWERS en M. GOVAERTS, *Alimentatievorderingen in Recht en Praktijk nr. 37*, Mechelen, Kluwer, 2004, 371).

De samenlevingsovereenkomst mag geen clausules bevatten die strijdig zijn met bepalingen van dwingend recht. Dit betekent onder meer dat geen afspraken kunnen gemaakt worden omtrent de wederzijdse getrouwheid of de duurzaamheid van de samenwoning (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHULDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van Rechtspraak – Personen- en familierecht 1995-2000", *TPR* 2001, 1844, nr. 398; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La cohabitation légale. Du contrat à l'institutionnalisation" in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 332). Dergelijke clausules zijn strijdig met de openbare orde, daar een verplichting tot getrouwheid de individuele vrijheid, overeenkomstig artikel 8 EVRM schendt. Hetzelfde geldt wat de verplichting tot instandhouding van de samenwoning betreft, temeer daar de samenwoners over de mogelijkheid beschikken in het huwelijk te treden, uiteraard voor zover hun relatie geen overspelig karakter heeft (S. DEMARS, "La problématique générale des conventions de vie commune" in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 89 e.v.).

## B. NA DE BEËINDIGING VAN DE SAMENWONING

**1197** In geval van beëindiging van de feitelijke samenwoning, beschikken de gewezen samenwoners niet over afdwingbare rechten en verplichtingen die een onderhoudsuitkering regelen (P. SENAËVE, "De onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden en tussen concubinerenden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 170).

De rechtsleer was verdeeld over de vraag of het aangaan van een overeenkomst tussen feitelijk samenwonenden betreffende een onderhoudsuitkering na de beëindiging van de samenwoning rechtsgeldig is. De meerderheidsstrekking stelt echter dat dergelijke overeenkomst wel degelijk rechtsgeldig is en beschouwt zulk engagement als een garantie ten voordele van de partner

tegen het risico van behoefteigheid in geval van de beëindiging van het concubinaat. De voorwaarde is dat dergelijke overeenkomsten geen regels schenden van dwingend recht, noch een aantasting inhouden van de mensenrechten (K. VERSTRAETE, “Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning. Kroniek 2005-2007”, *NJW* 2008, 574, nr. 22).

De samenwoner gaat aldus de belofte aan om, in geval van beëindiging van de samenwoning een bepaald kapitaal ter beschikking te stellen of gedurende een zekere periode bijvoorbeeld maandelijks een uitkering te zullen betalen. Deze overeenkomst heeft een strikt conventioneel karakter, is noch alimentair, noch indemnifair, en levert de schuldeiser ervan geen onderhoudsvordering op ten overstaan van diegene die zich verbonden heeft (M. PEETERS, “De notariële akte vaststelling onderhoudsgeld/afscheidsvergoeding naar aanleiding van de beëindiging van het concubinaat”, *T.Not.* 1998, 484 en 485).

### § 3. De nieuwe Echtscheidingswet

**1198** De nieuwe Echtscheidingswet grijpt niet rechtstreeks in op het statuut van de samenwonenden (de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van echtscheiding, *BS* 7 juni 2007).

Het “gaan samenwonen” door de ex-echtgenoot heeft echter wel een gevolg voor het gerechtigd zijn op de uitkering na echtscheiding. Een nieuw huwelijk van de uitkeringsgerechtigde of een wettelijke samenwoning of zelfs het feitelijk samenleven van de uitkeringsgerechtigde met een andere persoon “als waren zij gehuwd”, doet de uitkering eindigen in de twee eerste gevallen en “kan” ze doen eindigen in het laatste geval (nieuw art. 301, § 10, tweede en derde lid BW).

In het oude recht was een nieuw huwelijk of het samenleven in gezinsverband geen grond tot definitieve beëindiging van het recht op een uitkering. Deze feiten konden wel worden ingeroepen als “ingrijpende wijziging” in de toestand van de uitkeringsgerechtigde waardoor het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord was (art. 301, § 3, tweede lid BW). De opheffing of vermindering van de uitkering was dan afhankelijk van de beoordeling van de rechter.

In de nieuwe wet is het aangaan van een nieuw huwelijk of het wettelijk gaan samenwonen een grond van verval van rechtswege van de aanspraak op een onderhoudsuitkering zodat er geen rechterlijke tussenkomst vereist is om dit vast te stellen.

Uit de aanwending van het woord “definitief” volgt dat ook na de ontbinding van het nieuwe huwelijk resp. na de beëindiging van de wettelijke samenwoning, de aanspraak op een onderhoudsuitkering ten laste van de vroegere echtgenoot, uitgesloten blijft.

**1199** Ingeval de uitkeringsgerechtigde feitelijk samenleeft met iemand anders “als waren zij gehuwd” kan de rechtbank op vordering van de onder-

houdsplichtige de uitkering van de ex-echtgenoot beëindigen, maar hier gaat het dan om een facultatieve beëindiging. Deze zal dan afhankelijk zijn van de mate waarin de feitelijke samenleving daadwerkelijk de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde verbetert. De verwijzing naar een feitelijk samenleven van de partners “als waren zij gehuwd” beoogt de samenleving van twee personen die geen paar vormen (zoals een broer en een zus), uit te sluiten van de mogelijkheid tot beëindiging van de uitkering. Deze nuancering werd door de wetgever niet gemaakt voor het geval van de wettelijke samenwoning terwijl dit statuut evenmin gereserveerd is voor seksueel-affectieve relaties. Blijkbaar gaat het hier om een vergetelheid (P. SENAEVE, “De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting”, *T.Fam.* 2007, 132, nr. 109).

## AFDELING II

### MODALITEITEN

#### § 1. De niet-conventionele organisatie van de samenwoning en bijdrage in de lasten ervan

**1200** Samenwonenden die geen onderlinge afspraken hebben gemaakt, al dan niet opgenomen in een onderhandse dan wel authentieke akte, kunnen zich niet beroepen op een bijdrageplicht in de kosten en lasten voortspuitend uit hun feitelijk gezinsleven. De solidariteitsplicht die tussen gehuwden bestaat, is bij analogie niet van toepassing op feitelijk samenwonenden, zodat geen bijdrageplicht afdwingbaar is tijdens het feitelijk samenwonen.

Het concubinaat kent geen wettelijk kader en doet tussen de beide partners geen enkele wederzijdse verplichting ontstaan (Vred. Thuin 23 juni 1997, *JLMB* 1999, 1053). Slechts een natuurlijke verbintenis van plichtsbef en solidariteit, legt de samenwoner de verplichting op om bij te dragen in de lasten van het feitelijke gezinsleven. Bijgevolg kan deze natuurlijke verbintenis niet in rechte worden afgedwongen (Rb. Doornik 2 april 1987, *JLMB* 1987, 1574). Dit betekent dat de schuldenaar vrijwillig deze verplichting dient uit te voeren opdat de natuurlijke verbintenis zou kunnen omgevormd worden in een civielrechtelijke verbintenis (C. REMON, “Le concubinage (Chronique de jurisprudence de 1976 à 1981)”, *Rev.not.b.* 1982, 531; Luik 20 juni 1990, *JLMB* 1991, 157).

De natuurlijke verbintenis is een verbintenis die rechtsgeldig is, doch niet voorkomt in het positief recht en vandaar ook niet in rechte kan worden afgedwongen, hetgeen betekent dat een belangrijk kenmerk ontbreekt, met name de afdwingbaarheid.

Daartegenover staat dat de nakoming van een natuurlijke verbintenis niet “om niet” geschiedt, vermits het de vereffening van een schuld behelst, zijnde het voorafgaande bestaan van een gewetensplicht. Deze verbintenis kan dus niet gelijkgesteld worden met een schenking (W. VAN GERVEN en S. COVEMAE-



KER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 171-173; J. SOSSON, “Du devoir moral à l’obligation civile de fournir des aliments... Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles”, *RTDF* 1998, 510-511).

**1201** De nakoming van deze natuurlijke verbintenis komt neer op de uitvoering van een eenzijdige rechtshandeling, met name een gewetensplicht, die door de uitvoering ervan onmiddellijk in een civielrechtelijke wordt omgezet. Deze uitvoering is dan ook volledig afhankelijk van de vrije wil van de schuldenaar ervan. Deze transformatie in een civielrechtelijke verbintenis kan ook geschieden op grond van een belofte, die door de begunstigde in rechte afdwingbaar is (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 393).

De vrijwillige uitvoering van een natuurlijke verbintenis ontnemt echter de uitvoerder krachtens artikel 1235, tweede lid BW het recht op terugvordering. Bijgevolg zal de debiteur zich naderhand onmogelijk op de verrijking zonder oorzaak kunnen beroepen (Luik 20 juni 1990, *JLMB* 1991, 157).

De uitvoering van een natuurlijke verbintenis geldt voor het verleden en verhindert elke terugvordering van wat werd betaald. Voor de toekomst is een schriftelijke verbintenis van schuldenaar nodig. Het bewijs door getuigen of door vermoedens is mogelijk wanneer er een begin van schriftelijk bewijs bestaat (Vred. Charleroi 26 oktober 2001, *JLMB* 2002, 655, *RRD* 2002, 60, *RTDF* 2002, 132 en *TBBR* 2002, 475).

**1202** Ieder van de samenwoners wordt geacht van dag tot dag te hebben bijgedragen in de lasten van de samenwoning (Rb. Brussel 31 oktober 1996, *RTDF* 1997, 137). Opdat een samenwoner zich aldus tot een natuurlijke verbintenis verbonden heeft, vereist zulks dat in zijne hoofde enerzijds de morele verplichting aanwezig is om bij te dragen in de lasten van de samenwoning, terwijl anderzijds de maatschappij deze plicht onderkent en aanvaardt. Bijgevolg bestaat naast de individuele gewetensplicht, m.a.w. de persoonlijke overtuiging, tot de bijdrageplicht gehouden te zijn, eveneens een collectieve overtuiging, wat betekent dat het een door de maatschappij erkende en aanvaarde plicht moet zijn (J. SOSSON, “L’obligation alimentaire naturelle” in *L’argent pour vivre: vers une réforme de l’obligation alimentaire*, Actes de Colloque organisé par l’unité de droit familial de l’ULB le 19 novembre 1999, Brussel, Kluwer, 2000, 129-130; S. BROUWERS, “De onderhoudsverplichting tussen samenwoners”, *Notariaat* 2008, afl. 2, 4, nr. 13).

Het behoort de bodemrechter om deze morele plicht als een natuurlijke verbintenis te weerhouden. Het bestaan van deze verbintenis is dus afhankelijk van de soevereine beoordeling door de rechterlijke macht. Dit heeft voor gevolg dat er geen “lijst” van natuurlijke verbintenissen bestaat (J. SOSSON, “Du devoir moral à l’obligation civile de fournir des aliments... Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles”, *RTDF* 1998, 513 e.v.).

**1203** Algemeen wordt aangenomen dat tussen samenwoners een natuurlijke verbintenis bestaat om bij te dragen in de lasten van hun gezinsleven. Nochtans vloeit het bestaan van deze natuurlijke verbintenis niet voort uit de samenwoning op zich, doch wel uit de wil en de gewetensplicht van de samenwoner die er zich toe verbonden acht. Wanneer bijgevolg geen overeenkomst tussen de feitelijke samenwoners bestaat, kan de uitvoering van deze natuurlijke verbintenis om bij te dragen in de lasten van de samenwoning slechts afgedwongen worden, doordat er novatie is tussengekomen in een civielrechtelijke verbintenis, en er eveneens een spontane nakoming heeft plaatsgevonden of de samenwoner dit beloofd heeft te doen.

**1204** Naast het bestaan van de natuurlijke verbintenis zal eveneens de tussengekomen novatie moeten aangetoond zijn. Het bewijs van de novatie wordt beheerst door het gemeen recht, zodat in principe het schriftelijk bewijs van deze rechtshandeling geleverd moet worden. Bij gebreke hieraan zal de schuldeiser beroep dienen te doen op het begin van schriftelijk bewijs, dan wel op getuigen of vermoedens.

De vrijwillige uitvoering van de bijdrage levert wel het bewijs van de erkenning van een natuurlijke verbintenis, doch uitsluitend voor het verleden, met name het tijdstip waarop de bijdrage geleverd werd. Deze spontane uitvoering toont echter niet aan dat naar de toekomst toe, de natuurlijke verbintenis zich heeft getransformeerd in een civielrechtelijke, op grond waarvan ook toekomstige bijdragen afdwingbaar worden (J. SOSSON, “Du devoir moral à l’obligation civile de fournir des aliments... Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles”, *RTDF* 1998, 525 e.v.).

Gelet op het feit dat de natuurlijke verbintenis een conventioneel karakter heeft, zullen ook de modaliteiten en de omvang van deze verbintenis moeten aangetoond worden. De vraag rijst met andere woorden in welke mate de samenwoner zich verbonden heeft om in de lasten van de samenwoning bij te dragen (J. SOSSON, “L’obligation alimentaire naturelle” in *L’argent pour vivre: vers une réforme de l’obligation alimentaire*, Actes de Colloque organisé par l’unité de droit familial de l’ULB le 19 novembre 1999, Brussel, Kluwer, 2000, 136).

De omvang van zijn engagement, en de eventuele veranderlijkheid, is volledig afhankelijk van zijn vrije wil, die dient gerespecteerd te worden (C. REMON, “Le concubinage (Chronique de jurisprudence de 1976 à 1981)”, *Rev.not.b.* 1982, 532). In ieder geval kan geen beroep gedaan worden op de analogie met artikel 213 *juncto* artikel 221 BW, terwijl er evenmin een andere wettelijke bijdrageplicht in hoofde van feitelijke samenwoners bestaat. Andermaal zal de schuldeiser hiervan de bewijslast dragen en worden de intenties van de schuldenaar onderworpen aan het oordeel van de feitenrechter.

**1205** Derden-schuldeisers echter kunnen zich, met betrekking tot de huishoudelijke schulden van de feitelijke samenwoners beroepen op de vertrou-

wensleer, wanneer de samenwoners zich als gehuwden of als een samenlevend paar hebben voorgedaan, dan wel op de onoverkomelijke dwaling, opdat hun vordering op beiden zou verhaalbaar zijn (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHELDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van Rechtspraak – Personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 1844, nr. 399).

## § 2. De conventionele organisatie van de samenwoning en bijdrage in de lasten ervan

**1206** Zoals hierboven reeds werd gesteld, kan een overeenkomst die het feitelijk samenwonen regelt nog moeilijk als ongeldig worden bestempeld, louter op grond van de ongeoorloofdheid van de oorzaak ervan. Dit geldt in principe eveneens voor overeenkomsten tussen samenwonenden die het karakter hebben van een maatschap, een lening of die een schenking uitmaken, zodat dergelijke contracten niet automatisch als strijdig met de goede zeden of met de openbare orde kunnen beschouwd worden (Rb. Veurne 27 mei 2004, *TGR* 2004, 193; S. DEMARS, “La problématique générale des conventions de vie commune” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 75 e.v.).

Zulke overeenkomsten zijn rechtsgeldig voor zover de determinerende aanleiding ertoe niet bestaat in het ontstaan en instandhouden van een seksuele relatie of de vergoeding ervan.

Teneinde betwistingen hieromtrent te vermijden is het aangewezen dat in de aanhef van de overeenkomst duidelijk de intenties van de contractanten-samenwonenden worden omschreven, die de aanleiding vormen tot het aangaan van deze contractuele band. De samenwonenden kunnen aldus een globale samenwoningsovereenkomst aangaan, die zowel hun vermogensrechtelijke verhouding als hun wederzijdse onderhoudsplichten regelt (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 406-407).

**1207** De samenlevingsovereenkomst mag evenmin clausules bevatten die strijdig zijn met bepalingen van dwingend recht. Dit betekent onder meer dat geen afspraken kunnen gemaakt worden omtrent de wederzijdse getrouwheid of de duurzaamheid van de samenwoning. Zoals boven al werd opgemerkt zijn dergelijke clausules strijdig met de openbare orde, daar een verplichting tot getrouwheid de individuele vrijheid, overeenkomstig artikel 8 EVRM schendt (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHELDEN en S. BROUWERS, “Overzicht van Rechtspraak – Personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 1844, nr. 398; N. VERHEYDEN-JEANMART, “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 332).

Hetzelfde geldt wat de verplichting tot instandhouding van de samenwoning betreft, temeer daar de samenwonenden over de mogelijkheid beschikken in het huwelijk te treden, uiteraard voor zover hun relatie geen overspelig karakter heeft (S. DEMARS, “La problématique générale des conventions de vie commune” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 89 e.v.).

**1208** Rechtspraak en rechtsleer zijn zo geëvolueerd dat niet langer *a priori* het ongeoorloofd karakter van de oorzaak als gevolg van strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde wordt vermoed. Dit betekent dat hij, die de nietigheid van de samenlevingsovereenkomst inroept, op grond van een ongeoorloofde oorzaak, hiervan de bewijslast draagt en zich niet kan beperken tot het bewijs van het concubinaat als feitelijk gegeven.

Dit bewijs kan door alle middelen van recht worden geleverd. De feitenrechter beoordeelt zodoende of het doen ontstaan of de instandhouding van de seksuele relatie de determinerende oorzaak is geweest van de overeenkomst tussen de feitelijk samenwonenden. Nietig zijn de overeenkomsten waarvan de doorslaggevende oorzaak het *pretium sturpi* is, met andere woorden een loutere vergoeding van de intieme relatie, wat trouwens ook het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt. Zulks betekent dat de oorzaak van de overeenkomst zich vermengt met het voorwerp ervan, dat meer bepaald het menselijk lichaam uitmaakt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *RPDB*, v<sup>o</sup> *Le ménage de fait*, Compl. VIII, Brussel, Bruylant, 1995, 371-383; S. DEMARS, “La problématique générale des conventions de vie commune” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 78-83).

**1209** Zelfs in geval van overspelig concubinaat, kan de rechtsgeldigheid van de overeenkomst niet in vraag gesteld worden. Overspel is op zich niet onwettig, doch maakt uitsluitend een schending van de getrouwheidsverplichting tussen de echtgenoten onderling uit (*anders* Gent 25 maart 1991, *TGR* 1991, 110: het hof oordeelt dat een vordering gesteund op een overspelige concubinaatsverhouding niet ontvankelijk is, gezien deze relatie strijdig is met de openbare orde en aldus zonder rechtmatig belang is; in dezelfde zin: Rb. Gent 9 januari 1984, *RW* 1984-85, 2962, noot J.-M. PAUWELS).

De overeenkomst, afgesloten in het kader van een overspelig concubinaat verbindt immers uitsluitend de samenwonenden, ook al kan de uitvoering ervan ten overstaan van derden, *in casu* de bedrogen echtgenoot en de kinderen uit dit huwelijk geboren, rechtsgevolgen veroorzaken.

De enige vorm van sanctionering, waarover de bedrogen echtgenoot beschikt, was in het oude echtscheidingsrecht, het nastreven van de ontbinding van dit huwelijk door echtscheiding op grond van overspel (H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 171; S. DEMARS, “La problématique générale des conventions de vie commune” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel,

Bruylant, 2000, 77), en in het nieuwe echtscheidingsrecht op grond van een onherstelbare ontwrichting (art. 229, § 1 BW). In het nieuwe echtscheidingsrecht kan overspel ook in aanmerking komen als een “zware fout” die een uitsluitingsgrond kan zijn van het recht op een uitkering (art. 301, § 2 BW).

**1210** De samenlevingsovereenkomst kan voorzien in een wederzijdse hulp- en bijstandsverplichting tussen de samenwonenden, waarvan de modaliteiten nader omschreven worden.

De hulpplicht heeft betrekking op de materiële noden van het feitelijke gezinsleven, terwijl de verbintenis tot het verstrekken van bijstand gebaseerd is op de affectieve band die tussen de samenwonenden bestaat.

De (financiële) bijdrage waartoe de samenwonende zich verbindt, is de resultante van de natuurlijke gewetensplicht en de solidariteit die uit de samenwoning als zodanig voortspuit. Deze verbintenis is van contractuele aard, zodat de samenwonende zich niet naar analogie op artikel 221 BW kan beroepen om een bijdrageverplichting af te dwingen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *RPDB*, v<sup>o</sup> *Le ménage de fait*, Compl. VIII, Brussel, Bruylant, 1995, nr. 411; S. DEMARS, “La problématique générale des conventions de vie commune” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 93).

In de rechtspraak wordt het bestaan van een natuurlijke verbintenis tot bijdrage in de lasten van de samenleving vaak opgeworpen als tegenargument wanneer een van de feitelijke samenwonenden tijdens de samenleving bepaalde lasten vrijwillig heeft gedragen en deze bijdragen na de beëindiging van de samenwoning wenst terug te vorderen op grond van een gemeenrechtelijke rechtsfiguur zoals de vermogensvermeerdering zonder oorzaak.

In veel gevallen wordt de terugvordering hierdoor verhinderd. Zo wees de vrederechter te Westerlo een vordering af van een gewezen feitelijk samenwonende vrouw die terugbetaling wenste te verkrijgen van (een deel van) de kosten en het huurgeld die zij beweerde alleen te hebben betaald voor het onroerende goed dat zij samen met haar voormalige partner huurde. De vrederechter wees er op dat men van ongehuwd samenwonende partners mag verwachten dat zij, op basis van een tussen hen verondersteld solidariteitsgevoel elk naar best vermogen en in verhouding tot hun financiële middelen bijdragen in de dagdagelijkse kosten. De vrijwillige uitvoering van de natuurlijke verbintenis om bij te dragen in de lasten van het gemeenschappelijke leven, verhindert aldus volgens de vrederechter, zelfs wanneer een duidelijk onevenwicht in de respectieve bijdragen kan worden aangetoond, latere vergoedingsaanspraken op dit gebied (Vred. Westerlo 11 december 2006, *T. Vred.* 2007, 354, aangehaald in K. VERSTRAETE, “Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning. Kroniek 2005-2007”, *NJW* 2008, 573, nr. 18).

In een andere casus werd de vrouw veroordeeld tot betaling aan de man van één derde van de lasten die hij tijdens de samenleving exclusief had gedragen. Het hof van beroep te Gent wees er op dat de door de man ingeroepen regel van artikel 577-2 BW doorkruist werd door de regel die inzake de bijdrage in de lasten van de samenwoning geldt. Deze bijdrage moet niet gebeuren in de verhouding tot de verkregen eigendomsrechten, maar in verhouding tot de respectieve mogelijkheden van de partners (Gent 10 mei 2007, 206/AR/2216, onuitg., aangehaald in K. VERSTRAETE, “Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning. Kroniek 2005-2007”, *NJW* 2008, 573, nr. 18).

In de overeenkomst kunnen nauwkeurig de modaliteiten worden omschreven waaruit de verbintenis tot het leveren van een bijdrage in de lasten van het huishouden bestaat, of tot welke lasten de samenwonenden zich uitdrukkelijk verbinden, zoals de kosten verbonden aan de woonst, en deze van voeding en kleding. Dit kan betekenen dat de ene partner een financiële bijdrage levert, terwijl de andere voorziet in het onderhoud van de gezinswoning en eventueel de opvang van de kinderen, die deel uitmaken van het feitelijk gezin en waardoor de partner zijn tijd en aandacht volledig aan zijn professionele activiteiten kan wijden.

De overeenkomst kan dan ook bepalen dat een gemeenschappelijke zichtrekening geopend wordt, waarop de bijdrage op regelmatige tijdstippen gestort wordt. Zij kan bepalen dat welbepaalde kosten uitsluitend door ieder van de samenwonenden afzonderlijk gedragen wordt, zoals bijvoorbeeld de kosten verbonden aan de voertuigen, waarover ieder van hen beschikt (F. TAINMONT, "Les charges du ménage" in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 138-139).

**1211** De uitvoering van dergelijke overeenkomst kan in rechte afgedwongen worden, voor zover de feitelijke samenwoning bestaat. Dit betekent dat de samenwoningsovereenkomst, die de respectievelijke bijdrage in de lasten van het huishouden tot voorwerp heeft, slechts actueel en uitvoerbaar is tot wanneer de samenwonenden aan hun concubinaat een einde stellen of een samenwonende de overeenkomst verbreekt (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 409).

Wanneer echter de samenwoning eindigt in geval van overlijden, wordt door bepaalde rechtsleer en rechtspraak verdedigd dat ook na overlijden de verbintenissen aangegaan tijdens het leven, met betrekking tot de hulpverlening blijven voortbestaan ten voordele van de langstlevende (H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 171).

**1212** De uitvoering van de overeenkomst kan eveneens problemen opleveren in geval van overspelig concubinaat, waarbij de bedrogen echtgenoot zich beroept op de onderhoudsverplichting in hoofde van zijn overspelige echtgenoot en in de uitvoering daarvan gebruikmaakt van de sommendelegatie of het loonbeslag.

Ten overstaan van deze onderhoudsschuldeiser is, onverminderd elke andere onderhoudsgerechtigde die zich kan beroepen op artikel 1412 Ger.W. (het zgn. supervoorrecht), de samenwoningsovereenkomst niet tegenstelbaar en heeft de andere samenwonende slechts de hoedanigheid van gewone schuldeiser. Voor deze laatste gelden, in geval van gedwongen uitvoering van de samenwoningsovereenkomst, dan ook de beperkingen van beslagbaarheid, zoals bepaald in de artikelen 1408, 1409 e.v. Ger.W. (S. DEMARS, "La pro-

blématique générale des conventions de vie commune” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 94-95).

### § 3. De niet-conventionele onderhoudsverplichting na beëindiging van de samenwoning

**1213** Ingeval de samenwoning eindigt door overlijden, alleszins wanneer de relatie een duurzaam en stabiel karakter vertoonde, worden de kosten van de laatste ziekte en van de begrafenis weerhouden als een natuurlijke verbintenis.

Deze wijze van beëindiging van de samenwoning dient duidelijk onderscheiden te worden van de verbreking van de relatie tussen de samenwonenden tijdens hun leven. Bij overlijden is de oorzaak vreemd aan de wil van de samenwonenden, alleszins van deze van de langstlevende. De vermogende, langstlevende partner, die voormelde kosten vereffend heeft dan ook geen verhaalsrecht ten overstaan van de nalatenschap (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 393; Rb. Brugge 16 januari 1996, *T.Not.* 1996, 221).

Wat de onderhoudsverplichting zelf betreft, kaart recente rechtspraak de (geleidelijke) gelijkenschakeling aan tussen samenwonenden en gehuwden, althans wat hun rechten betreft.

Hieruit volgt dat hun wederzijdse verplichtingen eveneens op analoge wijze dienen geëvalueerd te worden. Bijgevolg zou het strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel dat de plichten van samenwonenden die kunnen terugvallen op een stabiele relatie verschillend zijn van gehuwden, zelfs indien deze laatsten feitelijk gescheiden zouden leven, maar die dan toch jegens elkaar onderhoudsplichtigen zijn. In de gegeven omstandigheden blijft de natuurlijke verbintenis, omgezet in een civiele tijdens het samenleven, voortbestaan na het overlijden van één der samenwonenden, zulks ingevolge de vrijwillige nakoming door de vermogende, langstlevende samenwonende.

**1214** Er is in rechtsleer en rechtspraak echter wel betwisting vast te stellen over de vraag of, in geval van beëindiging van de samenwoning tijdens het leven der samenwonenden, een onderhoudsverplichting van de economisch sterkere ten overstaan van de economisch zwakkere gewezen partner bestaat, zulks om deze laatste in de gelegenheid te stellen, gedurende een zekere overbruggingsperiode, in het persoonlijk onderhoud te voorzien.

Zij die de onderhoudsplicht formeel afwijzen, beroepen zich enerzijds op artikelen 8 en 14 EVRM, waarbij aan ieder de vrijheid geboden wordt om al dan niet samen te wonen, dan wel te huwen. Zoals de samenwoning in alle vrijheid is aangevat, staat het de samenwonenden even vrij om hieraan een einde te stellen.

Anderzijds bestaat er in hoofde van de samenwonende geen verplichting tot getrouwheid of een wettelijke, onderlinge onderhoudsplicht, temeer daar het huwelijk expliciet erkend is in artikel 12 EVRM. Aangezien er niet in een wettelijke onderhoudsverplichting is voorzien, blijft de gewezen samenwonende-schuldeiser in gebreke een rechtsgrond aan te duiden voor zijn onderhoudsvordering (Rb. Leuven 3 juni 1991, *RW* 1992-93, 130, noot J. ROODHOOFD; Vred. Gent 29 juni 1998, *AJT* 1998-99, 629, noot K. JACOBS: *in casu* betrof het wel een lat-relatie, die als gevolg van de afwezigheid van een vast samenlevingsverband niet onder de ruime definitie van “familie” viel en dan ook niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM; Vred. Sint-Gillis 5 november 1997, *Div.Act.* 1998, 45; Rb. Bergen 23 mei 2001, *JLMB* 2002, 648, noot S.D.).

De beëindiging van de samenwoning kan dan slechts aanleiding geven tot schadevergoeding, wanneer de omstandigheden die er de aanleiding toe gaven, een schadeverwekkend karakter hebben, zodat de beëindiging een foutief karakter krijgt. Dit zal onder meer het geval zijn bij een bedrieglijke verleiding, zoals een valse huwelijksbelofte en misbruik van gezag of wanneer hij die de samenwoning beëindigt, de partner had aangezet om haar professionele activiteiten stop te zetten en zich volledig toe te leggen op het materieel onderhoud van het feitelijke gezin.

De beëindiging van de samenwoning brengt de verlaten partner dan ook in een financieel-economisch benarde situatie, zodat een vergoeding verschuldigd is voor het hieruit rechtstreeks voortvloeiend nadeel. De feitenrechter zal soeverein oordelen of de beëindiging van de samenwoning een al dan niet foutief karakter vertoont (N. VERHEYDEN-JEANMART, *RPDB*, v° *Le ménage de fait*, Compl. VIII, Brussel, Bruylant, 1995, nr. 544; N. VERHEYDEN-JEANMART, “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 330; N. JEANMART, *Les effets de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel, Larcier, 1986, 228 e.v.).

**1215** Onbillijke, zelfs schrijnende toestanden die zich als gevolg van de beëindiging van de samenwoning kunnen voordoen, hebben ertoe geleid dat zich zowel in rechtspraak als in rechtsleer andere strekkingen hebben ontwikkeld om dan toch een onderhoudsuitkering toe te kennen aan de verlaten, economisch zwakke gewezen samenwonende.

Een eerste strekking steunt zich op de artikelen 1382 en 1383 BW en weehoudt zulks als een vorm van onzorgvuldig handelen of gebrek aan goede trouw, rekening houdend met feitelijke omstandigheden zoals het loutere feit



van de beëindiging van de samenwoning waardoor de achtergelaten partner ineens zonder bestaansmiddelen komt te staan. Dit laatste geldt nog des te meer wanneer geen voorzieningen worden getroffen om deze economisch zwakkere toe te laten zich te organiseren. Ten titel van schadevergoeding wordt dan in een overbruggingsbijdrage voorzien, weliswaar beperkt in tijd en omvang (Gent 25 maart 1991, *TGR* 1991, 110; Vred. Antwerpen (7de kanton) 29 juni 2004, *RABG* 2004, 1282, noot S. BROUWERS).

**1216** Deze minderheidsstrekking kan thans niet langer verdedigd worden. De vrijheid om al dan niet een relatie aan te gaan en in stand te houden, wordt bevestigd door de wettelijke samenwoning en het beginsel dat bij analogie de wettelijke bepalingen, met name artikel 1475 e.v. BW zouden kunnen toegepast worden op de feitelijke samenwoning, is als gevolg van het arrest van het Arbitragehof van 23 januari 2002 verworpen. Bovendien wordt algemeen aanvaard dat de verbreking van de samenwoning op zich niet foutief is (Arbitragehof 23 januari 2002, nr. 24/2002, *BS* 26 maart 2002, 12415; *Div.Act.* 2002, 91, noot S. BRAT en *Div.Act.* 2002, 43, noot; A.-C. VAN GYSEL en S. BRAT, “La rupture du couple: les recours judiciaires et les effets alimentaires” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 296, nr. 73; J. ROODHOOF, “Alimentaire aspecten van de beëindiging van de buitenhuwelijkse tweerelatie” (noot onder Rb. Leuven 3 juni 1991), *RW* 1992-93, 131).

Slechts de boven aangehaalde verbreking in omstandigheden die een schadeverwekkend karakter hebben, kan leiden tot schadevergoeding op grond van de artikelen 1382 en 1383 BW (K. JACOBS, “Onderhoudsuitkering na beëindiging van een langdurige relatie” (noot onder Vred. Gent 29 juni 1998), *AJT* 1998-99, 630; K. JACOBS, “Het recht op een onderhoudsuitkering na beëindiging van het ongehuwd samenwonen”, *AJT* 1996-97, 325).

Ook werd in het verleden, in ondergeschikte orde althans, beroep gedaan op de verrijking zonder oorzaak. De oorzaak van het feitelijk gegeven dat tot samenleven werd overgegaan is echter gesteund op de vrije wil van ieder der samenwonenden, die perfect wisten dat zij met elkaar van dag tot dag samenleefden. Evenzeer werd in volle vrijheid het samenleven georganiseerd, zodat de samenwonende die zich toelagde op het materieel onderhoud van het gezinsleven behoorde te weten dat de inkomsten uit professionele activiteiten, uitsluitend door de andere partner werden verworpen. De kans dat op voormelde rechtsgrond een onderhoudsuitkering zou kunnen weerhouden worden is dan ook als relatief klein te beschouwen (A.-C. VAN GYSEL, “Une pension alimentaire après la fin du concubinage?” (noot onder KG Brussel 18 maart 1997 en Vred. Sint-Gillis 5 november 1997), *Div.Act.* 1998, 47; P. LEGROS en J.-P. NIJS, “La rupture alimentaire après rupture d’une union libre” (noot onder Rb. Leuven 27 september 1996), *Journ.proc.* 1996, afl. 313, 29).

De meeste betwistingen inzake vermogensverschuiving zonder oorzaak hebben inderdaad betrekking op het vereiste dat er, om een dergelijke vordering te kunnen inwilligen, geen juridische oorzaak mag zijn voor de vermogensverschuiving.

Zo is de vermogensverschuiving niet zonder oorzaak wanneer zij haar rechtsgrond vindt in een wettelijke verplichting of in een overeenkomst. De vermogensverschuiving is evenmin zonder oorzaak wanneer de waardeverschuiving tussen de vermogens gebaseerd is op de wil van de verarmde, in het bijzonder wanneer hij uit vrijgevigheid heeft gehandeld. Dit laatste argument

wordt met wisselend succes aangewend bij de beëindiging van een buitenhuwelijkse samenwoningsrelatie, in het geval waarin een van de gewezen partners tijdens het samenwonen kosten had gemaakt ten voordele van het aan de andere toebehorende onroerend goed en op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak de terugbetaling van die kosten vroeg. In enkele gevallen werd die vordering ingewilligd (Bergen 10 november 1993, *RRD* 1995, 165; Rb. Bergen 14 mei 1999, *RRD* 1999, 384, noot E. CEREXHE), maar in de meeste uitspraken werd die vordering afgewezen, omdat de uitgaven en betalingen door een van de partners tijdens het samenwonen gedaan, moeten worden geacht uit vrijgevigheid of in het eigen belang te zijn verricht (Antwerpen 30 mei 2000, *TBBR* 2001, 549; Brussel 27 februari 2001, *RW* 2001-02, 844; Rb. Brussel 29 maart 2002, *T.Not.* 2003, 351). Degene die een buitenhuwelijkse samenwoningsrelatie aangaat, dient immers te weten dat deze gemakkelijker kan worden beëindigd dan een huwelijk, en moet in voorkomend geval dan ook de gevolgen ervan dragen. Als een van de partners tijdens het samenwonen belangrijke uitgaven doet die het vermogen van de andere ten goede komen, verdient het aanbeveling dat zij op dat ogenblik met elkaar duidelijke afspraken maken over het lot van die uitgaven bij de beëindiging van hun relatie (A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1664, nr. 47).

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 25 maart 1994 het subsidiaire karakter van de op een vermogensverschuiving zonder oorzaak gebaseerde vordering aanvaard. Dit houdt in dat de verarmde deze vordering slechts kan instellen als hij over geen andere rechtsoverdracht tegen de verrijkte beschikt om de vermogensverschuiving ongedaan te maken. Dit subsidiaire karakter staat er dan ook aan in de weg dat de verarmde een vordering op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak instelt, wanneer hij over een andere vordering beschikt of heeft beschikt die hij, bijvoorbeeld door verjaring, heeft laten tenietgaan (Cass. 25 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 307, *Pas.* 1994, I, 305 en *RW* 1996-97, 45, noot A. VAN OEVELEN).

**1217** Een andere strekking doet beroep op de natuurlijke verbintenis die noveert in een civielrechtelijke afdwingbare verbintenis. Wanneer het bestaan van een natuurlijke verbintenis evenals de uitvoering ervan kan worden aangetoond om bij te dragen tijdens de samenwoning, rijst de vraag wel of deze natuurlijke verbintenis ook weerhouden kan worden als grondslag van een bijdrageplicht na d a t de samenwoning beëindigd is (F. TAINMONT, “Les charges du ménage” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 133 e.v.). Zie meer uitgebreid over de natuurlijke verbintenis, *boven* nrs. 1182-1184.

Bij de beëindiging van een duurzame en stabiele feitelijke samenwoning werd door een deel van de rechtspraak aangenomen dat een natuurlijke verbintenis zich in een burgerrechtelijke had omgevormd, die in rechte eveneens afdwingbaar is, zeker wanneer een van de samenwonenden uitsluitend dan wel grotendeels alleen instond voor het bestrijden van de lasten van het feitelijk gezinsleven (Vred. Gent 4 november 1996, *AJT* 1996-97, 323; Vred. Gent 6 juli 1998, *TBBR* 1998, 468).

In dezelfde lijn ligt een arrest van het hof van beroep te Antwerpen. Door het hof werden de vermogensrechtelijke schikkingen niet als een schenking beschouwd maar als gewetensplichten; daarnaast bestond er een overeenkomst tot het betalen van een alimentatiebijdrage gedurende één jaar (Antwerpen 1 februari 2006, *RW* 2007-08, 1816, noot L. WERMOES).

“Sommige schikkingen tussen voormalige samenwonenden, getroffen ter vergoeding van niet-geremunereerde prestaties, gebeuren niet uit *animus donandi*, maar in uitvoering van een natuurlijke verbintenis en zijn dus geen schenking. Het gaat om gewetensplichten waarvan de nakoming principieel in rechte niet afdwingbaar is, maar die door de vrijwillige belofte van nakoming

worden omgevormd tot een juridische verbintenis.

Een samenwonende, die gedurende jaren tijdens de duur van de relatie in het onderhoud van zijn economisch zwakkere partner voorzag, heeft een natuurlijke verbintenis om over de grenzen van het samenleven deze zwakkere partner ook voor de toekomst een zekere bijstand te verschaffen”.

In een andere zaak wees het hof van beroep te Gent een vordering van de overlevende samenwonende tegenover de dochter van de overledene, tot betaling van de begrafeniskosten, af op grond van de overweging dat deze een natuurlijke verbintenis zou voldaan hebben ten opzichte van de overleden partner (Gent 17 januari 2007, *NJW* 2008, 223; zie ook K. WILLEMS, “Natuurlijke verbintenis. Betaling begrafeniskosten”, *NJW* 2008, 190-196).

Bijgevolg zou de aanspraak op een “bestaanszekerheid” ook blijven bestaan na de beëindiging van de samenwoning, behoudens wanneer de relatie zou beëindigd zijn om redenen die aan de onderhoudsplichtige samenwonende vreemd zijn. Dit zou betekenen dat de feitenrechter over de schuld of onschuld betreffende de beëindiging van de samenwoning zou kunnen oordelen in het kader van het al dan niet weerhouden van het bestaan van een natuurlijke verbintenis in hoofde van een der samenwonenden (Rb. Gent 9 januari 1984, *RW* 1984-85, 2962, noot J.M. PAUWELS).

**1218** Als aanvullende rechtsgrond, ter ondersteuning van het bestaan van een natuurlijke verbintenis, wordt ook beroep gedaan op de artikelen 8 en 14 EVRM, waarbij de samenwonende op gelijkwaardige wijze moet behandeld worden als een gehuwde, zodat ook in hoofde van de feitelijk samenwonenden de onderlinge solidariteit zou moeten aanvaard worden (Vred. Aalst 11 juni 1991, *RW* 1993-94, 1307; Rb. Leuven 27 september 1996, *Journ.proc.* 1996, afl. 313, 26).

Op grond van de duurzaamheid van de feitelijke samenwoning, werd zelfs op basis van het bestaan van een natuurlijke verbintenis bij hoogdringendheid een provisionele uitkering weerhouden. Deze stelling, met name het louter erkennen van een natuurlijke verbintenis ingevolge een duurzame samenwoning als grondslag om na de beëindiging ervan een afdwingbare civielrechtelijke verbintenis in hoofde van de economisch sterkere partner te doen ontstaan, is niet houdbaar (KG Brussel 18 maart 1997, *Div.Act.* 1998, 44).

Er dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden enerzijds de natuurlijke verbintenis in hoofde van een samenwonende om tijdens de samenwoning bij te dragen in de eruit voortvloeiende lasten en anderzijds de natuurlijke verbintenis om na de beëindiging van de samenwoning te voorzien in een tijdelijke bijstand van de economisch zwakkere, gewezen partner. Uit niets blijkt de wil of gewetensplicht in hoofde van de samenwonende om ook naar de toekomst toe een bijdrage te leveren (J. Sossou, “Du devoir moral à l’obligation civile de fournir des aliments... Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles”, *RTDF* 1998, 526-527).

Gezien zich een totaal gewijzigde situatie voordoet, te weten het gegeven dat aan de feitelijke samenwoning een einde is gekomen, kan moeilijk verwezen worden naar het verleden, meer bepaald de periode van de feitelijke samenwoning.

Bovendien moet niet enkel deze persoonlijke gewetensplicht aanwezig zijn, er moet eveneens een algemeen aanvaard maatschappelijk besef zijn betreffende het bestaan van een natuurlijke verbintenis na de beëindiging van de samenwoning. Dit laatste moet in vraag gesteld worden, temeer daar de wettelijke samenwoning uitdrukkelijk een onderhoudsplicht na de beëindiging ervan uitgesloten heeft (art. 1479 BW; F. Aps, “De natuurlijke verbintenis als rechtsgrond voor de toekenning van een persoonlijk onderhoudsgeld na de beëindiging van de concubinaatsrelatie?” (noot onder Vred. Gent 4 november 1996), *RW* 1997-98, 268-269).

De natuurlijke verbintenis, meer bepaald de spontane uitvoering tijdens de feitelijke samenwoning kan niet gelijkgesteld worden met een stilzwijgende belofte om ook in de toekomst, na de beëindiging van de samenwoning een bijdrage te blijven leveren en de gewezen samenwonende hiertoe te dwingen en zulks gedurende onbepaalde tijd.

Dergelijke extensieve draagwijdte die aan de natuurlijke verbintenis gegeven wordt, klemt nog meer, wanneer de vergelijking wordt gemaakt met de (oude) echtscheiding op grond van bepaalde feiten, waarbij slechts de onschuldige echtgenoot aanspraak kan maken op een onderhoudsuitkering na echtscheiding.

Een natuurlijke verbintenis na de beëindiging van de feitelijke samenwoning kan slechts in overweging genomen worden, ingeval er (nadien) spontaan tot uitkering van een bijdrage wordt overgegaan, dan wel de samenwonende zich, voorafgaand aan de beëindiging verbonden had, m.a.w. de formele belofte had aangegaan, om ook daarna een onderhoudsbijdrage te leveren (C. REMON, “Le concubinage (Chronique de jurisprudence de 1976 à 1981)”, *Rev. not.b.* 1982, 531; F. TAINMONT, “Les charges du ménage” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 136-137; A.-C. VAN GYSEL en S. BRAT, “La rupture du couple: les recours judiciaires et les effets alimentaires” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 295).

**1219** Soms wordt ook beroep gedaan op het beginsel van de goede trouw. Zie *boven* nr. 1215.

Wanneer enerzijds de beëindiging van het feitelijk samenleven steeds mogelijk moet blijven, ook al heeft dit jaren ononderbroken bestaan, dan moet anderzijds deze beëindiging met de nodige omzichtigheid en in overeenstemming met het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw geschieden.

Dit zal het geval zijn, wanneer het feitelijk samenwonen een aanvang nam bij de ene samenwonende vanaf jonge leeftijd, terwijl de andere feitelijk samenwonende hem of haar nooit de kans geboden heeft of de "verplichting" oplegde om een opleiding te volgen of op de een of andere wijze in een eigen inkomen te voorzien. De ene feitelijk samenwonende heeft dus gedurende jaren ononderbroken in een economisch zwakke positie gestaan, zodat de andere feitelijk samenwonende zomaar niet van het ene op het andere moment zijn gewezen partner aan zijn lot kan overlaten. Bijgevolg zal de economisch sterke samenwonende gedurende een bepaalde tijd na de beëindiging van de feitelijke samenwoning in een maandelijkse onderhoudsuitkering moeten voorzien, teneinde de economisch zwakke partner toe te laten zich in een nieuwe startsituatie te plaatsen en een economische stabiliteit te verwerven (Vred. Antwerpen (7de kanton), 29 juni 2004, *RABG* 2004, 1282, noot S. BROUWERS).

**1220** Uit al het voorgaande kan enkel maar worden afgeleid dat er slechts zekerheid betreffende een uitkering na beëindiging van de feitelijke samenwoning kan zijn wanneer de samenwonenden hieromtrent een overeenkomst zijn aangegaan (J. ROODHOOF, "Alimentaire aspecten van de beëindiging van de buitenhuwelijkse tweerelatie" (noot onder Rb. Leuven 3 juni 1991), *RW* 1992-93, 132; F. APS, "De natuurlijke verbintenis als rechtsgrond voor de toekenning van een persoonlijk onderhoudsgeld na de beëindiging van de concubinaatsrelatie?" (noot onder Vred. Gent 4 november 1996), *RW* 1997-98, 269; L. WERMOES, "De natuurlijke verbintenis: enkele (discussie)punten toegevoegd" (noot onder Antwerpen 1 februari 2006), *RW* 2007-08, 1818-1822).

#### § 4. De conventionele onderhoudsverplichting na de beëindiging van de feitelijke samenwoning

**1221** Zoals hierboven al werd gesteld, beschikken de gewezen samenwonenden in geval van beëindiging van de feitelijke samenwoning, niet over afdwingbare rechten en verplichtingen die een onderhoudsuitkering regelen (P. SENAËVE, "De onderhoudsverplichting tussen wettelijke samenwonenden en tussen concubinerenden" in P. SENAËVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, 170).

De rechtsleer is alleszins verdeeld over de vraag of het aangaan van een overeenkomst tussen feitelijk samenwonenden over een onderhoudsuitkering na de beëindiging van de samenwoning, rechtsgeldig is.

**1222** Zij die stellen dat dergelijke overeenkomst nietig is, beroepen zich op de ongeoorloofde oorzaak, gezien er strijdigheid zou zijn met de openbare orde en goede zeden. Meer bepaald zou de vrijheid van het individu in het gedrang komen en heeft een dergelijk beding een rechtstreekse impact op de duurzaamheid van het samenwonen. Het recht om aan het samenwonen een einde te stellen, zou daardoor aangetast worden (C. COUQUELET, "Le statut de cohabitant légal" in *La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale. Chronique à l'usage du notariat*, Vol. XXIX, 25 maart 1999, Brussel, Larcier, 147, nr. 35).

**1223** De meerderheidstrekking echter stelt dat dergelijke overeenkomst wel degelijk rechtsgeldig is en beschouwt zulk engagement als een garantie ten

voordele van de partner tegen het risico van behoeftigheid in geval van de beëindiging van de feitelijke samenwoning.

De samenwonende gaat aldus de belofte aan om, in geval van beëindiging van de samenwoning, een bepaald kapitaal ter beschikking te stellen of gedurende een zekere periode bijvoorbeeld maandelijks een uitkering te zullen betalen.

Dergelijke verbintenis is rechtsgeldig aangezien een natuurlijke verbintenis in een civielrechtelijke wordt omgezet, terwijl de aard van de verbintenis de nakoming van een gewetensplicht is, met andere woorden een morele verbintenis uitmaakt, die *in casu* een alimentair karakter heeft. Deze verplichting, t.t.z. het feit van een schuld aan te zuiveren, te vereffenen, is essentieel, bij gebreke waaraan een rechtshandeling “om niet” zou gesteld worden. In geval van een schenking is de intentie om te geven of toe te bedelen determinerend en zijn er ook schenkingsrechten op verschuldigd (Rb. Charleroi 12 oktober 2000, *Div.Act.* 2002, 18, noot E. DE WILDE D’ESTMAEL).

De rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomst, waarbij in hoofde van de meer kapitaalkrachtige gewezen samenwonende een natuurlijke verbintenis wordt weerhouden om, na de beëindiging van een stabiele en duurzame relatie, de economisch zwakkere partner een vergoeding toe te kennen, wordt thans algemeen aanvaard.

**1224** De verbintenis zal echter wel het karakter van een strafbeding aannemen, indien het bedongen kapitaal of de rente in wanverhouding staat tot het reële nadeel dat de economisch zwakkere samenwonende, ingevolge de beëindiging van de samenwoning ondergaat. In een dergelijk geval komt de individuele vrijheid wel in het gedrang en is het beding nietig (A.-C. VAN GYSEL en S. BRAT, “La rupture du couple: les recours judiciaires et les effets alimentaires” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 301-302; N. VERHEYDEN-JEANMART, “La cohabitation légale. Du contrat à l’institutionnalisation” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 331).

Aldus kan een overeenkomst worden gesloten waarbij de samenwonende die het initiatief neemt om aan de samenwoning een einde te stellen, een vergoeding aan de andere verschuldigd is, voor zover slechts het reële nadeel, voortvloeiend uit de beëindiging wordt vergoed (H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 173).

In de volgende casus werd een samenwoningsovereenkomst door het hof van beroep te Antwerpen als rechtsgeldig beschouwd, hoewel de betalingen zeer dicht kwamen bij een aantasting van de scheidingsvrijheid (Antwerpen 2 februari 2005, *NJW* 2006, 849, noot G. VERSCHELDEN).

Een man is blote eigenaar van een woning en een vrouw is er levenslange vruchtgebruikster van. Zij sluiten een samenlevingsovereenkomst waarin zij overeenkomen dat de aan het goed verbonden leningslast volledig ten laste wordt gelegd van de partij die de andere dwingt het goed, dat

voor gezamenlijke bewoning bestemd is, te verlaten. Zulke overeenkomst is volkomen rechtsgeldig. Haar oorzaak is niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden, vermits zij niet tot doel heeft een onwettig samenleven van partijen te organiseren.

Wanneer het huwelijkscontract (van scheiding van goederen; partijen waren intussen gehuwd) niets wijzigt aan deze overeenkomst is de echtgenoot die sinds de feitelijke scheiding de hypothecaire lening alleen heeft afbetaald niet gerechtigd op terugbetaling door de mede-echtgenoot van de helft van deze aflossingen. Het hof was dus van mening dat de vrouw de helft van de bijdragen door de hypothecaire lening niet kon recupereren, gelet op de eerder gesloten samenwoningsovereenkomst. Het hof meende dat de clausele kon worden verantwoord vanuit de verhouding tussen partijen als vruchtgebruiker-blothe eigenaar. De verplichting die de man (blothe eigenaar) op zich nam om de helft van de lening terug te betalen, werd gecompenseerd met het medegenot van het appartement. De verplichting van de vrouw was een gedeeltelijke betaling van het vruchtgenot dat zij aankocht. Wat de premies voor de schuldsaldoverzekering betreft, die sinds de feitelijke scheiding daadwerkelijk werden betaald door een van de echtgenoten, kunnen deze echter wel voor de helft worden teruggevorderd van de andere echtgenoot, aangezien het gaat om de betaling van een schuld die op beide echtgenoten rust ingevolge de leningsovereenkomst die hen beide tot nut strekte. Hetzelfde geldt voor de brandverzekeringspremies.

Deze uitspraak illustreert dat een samenlevingsovereenkomst haar geldigheid niet verliest op het ogenblik dat de feitelijke samenwonenden huwen, wanneer er geen onverenigbaarheid bestaat met het huwelijkscontract. Belangrijker nog is het feit dat het hof in de overeenkomst geen patrimoniale sanctie verbond aan de eenzijdige beëindiging van de samenwoning (K. VERSTRAETE, "Beëindiging buitenhuwelijkse samenwoning. Kroniek 2005-2007", *NJW* 2008, 574, nr. 22; J. DU MONGH, I. SAMOY en V. ALLAERTS, "Overzicht van rechtspraak (2000-2007). De feitelijke samenwoning", *T.Fam.* 2008, 23, nr. 49).

**1225** Het staat buiten kijf, dat, wanneer de samenwoning reeds beëindigd is, de gewezen samenwonenden rechtsgeldig een overeenkomst kunnen aangaan, waarin een afscheidsvergoeding wordt bedongen, verschuldigd door de gewezen samenwonende die aan de basis ligt van de breuk (W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 412, nr. 869; A.-C. VAN GYSEL en S. BRAT, "La rupture du couple: les recours judiciaires et les effets alimentaires" in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 302, nr. 87).

Deze overeenkomst heeft een strikt conventioneel karakter en levert de schuldeiser ervan geen onderhoudsvordering op ten overstaan van diegene die zich verbonden heeft. Dit heeft belangrijke gevolgen wat de uitvoering van zulke overeenkomsten betreft (M. PEETERS, "De notariële akte vaststelling onderhoudsgeld/afscheidsvergoeding naar aanleiding van de beëindiging van het concubinaat", *T.Not.* 1998, 485 en 487).

De periodiek betaalde vergoedingen zijn niet fiscaal aftrekbaar aangezien ze geen alimentair karakter hebben. Om dezelfde reden zijn in geval van gedwongen uitvoering, de regels betreffende de beperkingen en uitsluitingen overeenkomstig de artikelen 1409 e.v. Ger.W. van toepassing.

## AFDELING III

## PROCEDURE

**1226** Een bevoegdheidsclausule in een samenwoningsovereenkomst is strijdig met de regels van de openbare orde inzake de gerechtelijke bevoegdheid (N. GALLUS, *Les Aliments*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2006, 269).

Noch het Burgerlijk Wetboek, noch het Gerechtelijk Wetboek voorzien in bijzondere procedurebepalingen of duiden bepaalde rechtsmachten aan om kennis te nemen van geschillen tussen feitelijk samenwonenden. Het gemeen recht is dus van toepassing. Dit heeft voor gevolg dat in geval van betwisting tussen (ex-)feitelijk samenwonenden verschillende rechtbanken zullen moeten geadieerd worden al naargelang het voorwerp van de vordering (zie voor een toepassingsgeval Vred. Sint-Truiden 22 december 1987, *T.Vred.* 1988, 216).

**1227** In geval van enig geschil tussen feitelijke samenwonenden over het nakomen van een bijdrageverplichting en voor zover dat daarvoor een rechtsgrond kan gevonden worden, is de vrederechter *ratione materiae* bevoegd overeenkomstig artikel 591, 7° Ger.W. om hiervan kennis te nemen zowel tijdens als na de beëindiging van de feitelijke samenwoning (F. SWENNEN, “De materieel bevoegde rechtbank in zake geschillen bij beëindiging van een feitelijke samenwoning” (noot onder Arrondrb. Gent 15 december 2003), *RW* 2004-05, 1473, met vermelding van niet-gepubliceerde rechtspraak; Vred. Roeselare 29 juni 1999, *T.Vred.* 2000, 245, noot S. MOSSELMANS; G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS en K. VERSTRAETE, “Overzicht Rechtspraak. Familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 661).

Hij is immers bevoegd om over alle geschillen betreffende de uitkering tot onderhoud uitspraak te doen. Gelet op de algemene bewoordingen beperkt deze bevoegdheid zich niet tot gehuwden (Vred. Gent 6 juli 1998, *TBBR* 1998, 468; A.-C. VAN GYSEL en S. BRAT, “La rupture du couple: les recours judiciaires et les effets alimentaires” in J.-L. RENCHON en F. TAINMONT (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 281).

In geval van *urgentie* is de voorzitter zetelend in kort geding bevoegd in overeenstemming met artikel 584 Ger.W. De voorzitter oordeelt dan ten voorlopige titel en zonder nadeel aan de grond van de zaak (KG Brussel 18 maart 1997, *Div.Act.* 1998, 44: in afwachting van de behandeling door de bodemrechter werd een voorlopige uitkering toegekend aan een gewezen samenwoonster die aan haar lot was overgelaten na een samenwoning van 20 jaar).



De procedure wordt gevoerd overeenkomstig de artikelen 1320-1322 Ger.W. Deze artikelen moeten cumulatief toegepast worden met de artikelen 1034<sup>ter</sup> tot *sexies* Ger.W. tenzij dit onmogelijk is wegens tegenstrijdigheid. Zie *boven* nrs. 590-592.

## HOOFDSTUK III DE SCHADELIJDER

### AFDELING I

### GRONDSLAGEN

**1228** Indien alle voorwaarden daartoe aanwezig zijn, zou ook onderhoud onder de vorm van een schadevergoeding kunnen gevorderd worden op basis van de artikelen 1382 BW en 1383 BW.

Artikel 1382: “Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden”.

Artikel 1383: “Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt”.

Beide artikelen bleven ongewijzigd sinds de *Code civil des Français* van 1804 en zagen er toen als volgt uit (*Bulletin flamand*):

“Artikel 1382. Elk feyt van den mensch, waer doór eenige schaede word toegebracht aen iemand anders, verpligt den persoon doór wiens faute de zelve voórgelallen is, om de zelve te vergoeden”.

“Artikel 1383. Ieder een is verantwoordelyk van de schaede die hy veroórzaekt heeft niet alleenlyk doór zyn eygen feyt, maer alnog doór zyne onagtzaamheyd of onvoórzigtigheyd”.

De materiële overtreding van een wettelijke of verordeningbepaling is op zichzelf een fout die leidt tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de pleger mits die overtreding willens en wetens is begaan (Cass. 3 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 807, *Pas.* 1994, I, 788 en *RW* 1996-97, 1227).

De aquiliaanse fout dient beoordeeld te worden volgens het criterium van de normaal zorgvuldige en omzichtige persoon die in dezelfde omstandigheden verkeert (Cass. 30 april 1976, *Arr.Cass.* 1976, 980, *Pas.* 1976, I, 494 en *RW* 1976-77, 1709).

Een toepassingsgeval van een inbreuk op een wettelijke bepaling is deze van de aansprakelijkheid van de dader van een verkrachting, voor de kosten van opvoeding en onderhoud van het kind geboren uit zijn daad zulks in de mate dat de hypothese van de natuurlijke verbintenis niet rijst (Brussel 8 mei 1985, *JT* 1986, 254, noot A.-C. VAN GYSEL).

**1229** Gevallen van tekortkoming aan de zorgvuldigheidsnorm kunnen zich voordoen bij het beëindigen van het concubinaat (Rb. Brussel 24 november 1987, *RTDF* 1989, 27; Luik 18 april 1989, *RTDF* 1990, 141; A. HEYVAERT, “Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk”, *TPR* 1985, 21 e.v. en in het bijzonder 38).

Het verbreken van de concubinaatsrelatie kan op zichzelf geen fout uitmaken die aanleiding zou geven tot schadeloosstelling krachtens artikel 1382 BW. Tussen concubinanten bestaat immers geen samenwoningsplicht zodat elk van hen het recht heeft om op gelijk welk ogenblik en zonder enige termijn te moeten naleven een einde te maken aan de relatie.

Uitzonderlijk kan de verbreking van een concubinaatsrelatie wel aanleiding geven tot een aanspraak tot schadeloosstelling in hoofde van de in de steek gelaten partner, namelijk in geval van bedrieglijke verleiding (valse huwelijksbelofte, misbruik van gezag) of ingeval de begeleidende omstandigheden waarin de verbreking gebeurt, een foutief karakter hebben.

Een onzorgvuldig handelen werd in hoofde van de man vastgesteld die na het verbreken van een langdurig concubinaat geen voorzieningen treft om zijn partner, die zonder bestaansmiddelen zit, toe te laten deze situatie binnen een redelijke termijn te overbruggen.

Op lange termijn gaat die redenering niet op, vermits het concubinaat fundamenteel een onbestendig karakter heeft (Gent 25 maart 1991, *TGR* 1991, 116).

Er wordt ten slotte nog verwezen naar wat over deze rechtsgrond werd uiteengezet, *boven* nrs. 1215 en 1219.

**1230** Nog een toepassingsgeval zou zich kunnen voordoen wanneer een veroordeling tot een onderhoudsgeld tot stand kwam op grond van gegevens die bedrieglijk werden bijgebracht of achtergehouden. Indien een bedrieglijk optreden kan vastgesteld worden vooraleer de uitspraak kracht van gewijsde bekomt, bestaat nog altijd de mogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden, zijnde hoger beroep dan wel verzet in het geval van een verstekvonnis. De situatie is echter anders wanneer de uitspraak in kracht van gewijsde getreden is. In een dergelijk geval biedt enkel nog een buitengewoon rechtsmiddel soelaas, in het bijzonder de herroeping van het gewijsde, conform artikel 1133, 1° Ger.W. (Cass. 16 mei 2002, *RW* 2002-03, 659, noot V. SAGAERT; S. THIELEN, "Sanctions des dissimulations frauduleuses dans les procédures en matière d'aliments" (noot onder Rb. Luik 21 september 2000) *Div.Act.* 2001, 347-348).

De gehoudenheid tot de alimentatie vindt haar rechtsgrond in de uitspraak, bekleed met gezag van gewijsde, die aldus de *causa judicati* uitmaakt. Iedere betaling, t.t.z. uitvoering van dergelijke uitspraak maakt aldus een vordering op grond van een onverschuldigde betaling onmogelijk juist omwille van het gezag van gewijsde waarmede deze uitspraak bekleed is. Naast de herroeping van het gewijsde, kan de ongelukkige onderhoudsplichtige enkel nog een vordering in aanvullende schadevergoeding in overeenstemming met artikel 1382 BW instellen ten overstaan van de te kwader trouw zijnde onderhoudsgerechtigde (Rb. Luik 21 september 2000, *Act.dr.* 2001, 341). Deze schadevergoeding zou zich dan kunnen voordoen als een vermindering of opheffing van het onderhoudsgeld.

AFDELING II

MODALITEITEN

**1231** Deze zullen bepaald worden door de regels toepasselijk inzake schade en schadeloosstelling in het aansprakelijkheidsrecht.

AFDELING III

PROCEDURE

**1232** Het gemeen recht inzake schadevorderingen uit delictuele en *quasi-delictuele* aansprakelijkheid zal van toepassing zijn.

## ZAAKREGISTER

*De cijfers verwijzen naar de randnummers.*

### A

Aanhangigheid, 933  
 Aanvullende vordering, 735, 741-742, 818, 931, 933, 951  
 Absolute noodzakelijkheid, 749  
 Achterlaten van een kind, 230, 238  
*Accessorium sequitur principale*, 64, 574  
*Accipiens*, 180  
*Actio de in rem verso*, 119  
*Actio iudicati*, 87, 370  
*Actio Pauliana* (zie ook “Pauliaanse vordering”), 1010, 1131  
*Actori incumbit probatio*, 796  
*Actio ad futurum*, 390  
 Actuele titel, 160, 195  
*Ad futurum* (vordering), 390  
*Ad vitam aeternam*, 970  
 Adoptie, 1, 516-519  
 Adoptant, 1117  
 Aflopend misdrijf, 221  
 Afscheiding van de boedels, 1093  
 Afscheidsvergoeding, 1224  
 Afstand (zie ook “Verzaking”), 60, 94, 219, 365, 396, 397, 729, 844, 878, 890, 933, 1098  
 Alimentair karakter, 753, 874, 935  
 Alimentatie-overeenkomst, 721  
 “Aliments ne s’arréragent point” (zie ook “Onderhoudsgeld laat geen achterstellen”), 78  
*Animus donandi*, 18, 313, 512  
 Anomale erfrecht, 1118  
 Anticipatieve verdeling, 161  
 Armoede, 1034  
 Ascendenten, 1112

### B

Bedrieglijk onvermogen, 235

Bedrieglijk optreden, 110, 1018  
 Begraveniskosten (zie ook kosten v/d laatste ziekte en v/d begravenis), 1132  
 Begrotingsmethodiek, 323, 549-561, 623-627, 648-710, 765-816, 859-862, 877, 893, 947-950, 1029-1049  
 Beheerder *ad hoc*, 301, 880  
 Beheersrekening, 696-697, 710  
 Behoeftigheid (zie ook “Staat van behoefte”), 926, 939, 1032, 1096  
 Belgisch-Frans bevoegdheids- en executieverdrag van 8 juli 1899, 293  
 Belgisch-Nederlands executieverdrag van 28 maart 1925, 293  
 Belofte, 1201, 1218  
 Bemiddeling
 

- gerechtelijke bemiddeling, 366
- vrijwillige bemiddeling, 366

 Beperkte alimentatieplichten, 935  
 Beperkte beslagbaarheid, 133  
 Beroepsgeheim, 215  
 Beroepskosten, 812  
 Berusting, 622, 729  
 Beschikking van toelaatbaarheid, 166  
 Beslagbericht, 159  
 Beslagrechter, 359, 419, 582  
 Bevoegdheid algemeen, 1068, 1082
 

- bevoegdheid *ratione loci*, 473, 529, 588, 744, 847, 992, 1068, 1084, 1151, 1167
- bevoegdheid *ratione materiae*, 577, 711, 712, 723, 992, 1084, 1167, 1227
- bevoegdheid *ratione temporis*, 579, 711, 712, 730, 992

 Bevoegdheidsclausule (bij feitelijke samenwoning), 1226  
 Bewarend beslag op grond van een onderhoudsvordering, 151

Bewijs (zie ook “Bewijslast”), 38, 541, 561, 627, 688, 796  
 Bewijslast (zie ook “Bewijs”), 38, 541, 561, 627, 688, 796  
 Bijdrageplicht, 533  
 Bijzondere legataris, 1091  
 Billijkheidsredenen, 126, 132, 1080  
 Blijvende saisine (zie ook “Permanente saisine”), 743, 750  
 Bloedonderzoek, 445  
 Bloedverwanten in de rechte lijn, 996-1084  
 Boedelschuld, 172  
 Bruidschat, 1191  
 Brussel I-Verordening, 243, 280, 292  
 Brussel IIbis-Verordening, 272, 282, 292  
 Bruto-inkomsten, 686  
 Burgerlijke partijstelling, 229  
 Buitengewone omstandigheden, 944  
 Buitengewone uitgaven, 205, 343-346, 402

## C

*Causa judicati*, 110, 182, 1230  
 Classificatie, 10  
 Collectieve schuldenregeling, 164, 215, 228, 335  
 Collusie, 159  
 Compensatie, 139, 190  
 Concubinaat, 801  
*Contributio*-aspect, 59, 324, 365, 430  
*Cum viribus*, 493  
 Cumul, 144  
 Curator, 1176, 1180

## D

Dading, 843, 961, 1142  
*Dare*, 999  
 Davo (zie ook “Dienst voor alimentatievorderingen”), 6  
 Declaratief karakter, 317  
 Degrressiviteit, 960

Delegatie (zie ook “Ontvangstmachtiging” en “Sommendelegatie”), 213, 337, 387, 456, 503, 506, 562, 720, 841, 870, 921, 959, 988, 1169, 1190  
 Derdenverzet, 168  
 Deskundigenonderzoek, 667, 678  
 Devolutieve kracht, 737  
 Dienst voor alimentatievorderingen (DAVO), 6  
 Doodslag, 938  
 Driefasenmodel (zie ook “Driefasenredenering” of “Driestapsredenering”), 557, 767, 950, 1049  
 Driefasenredenering (zie ook “Driefasenredenering” of “Driestapsredenering”), 557, 767, 950, 1049  
 Driestapsredenering (zie ook “Driefasenredenering” of “Driestapsredenering”), 557, 767, 950, 1049  
 Dwangbevel, 213  
 Dwangsom, 156, 280  
 Dwingend recht, 7, 532, 1008, 1207

## E

Echtgenoten, 37  
 Echtscheiding door onderlinge toestemming
 

- alimentatie kinderen, 391-442
- alimentatie ex-echtgenoten, 881-918
- na de Echtscheidingswet van 27 april 2007, 964-973
- verhaalsrecht OCMW, 1065

 Echtscheidingswet, 924  
 Eén derde grens, 812  
 Eigenrichting, 846  
 Eindvonnis, 931  
 Erfrechtelijke reserve, 1107  
 Europees recht, 243  
 Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, 281  
 Europese betalingsbevelprocedure, 281  
*Exequatur*, 271  
*Exceptio plurium*, 447, 462

## Ex-echtgenoten

- alimentatie ex-echtgenoten na echtscheiding op bepaalde gronden, 751-848
- alimentatie ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, 849-880
- alimentatie ex-echtgenoten na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, 925-963
- alimentatie ex-echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming, 881-918

## F

*Facere*, 999, 1051, 1062  
 Faillissement, 1177  
 Familieverlating, 1177  
 Feitelijke scheiding, 38, 63, 538, 541, 549, 573  
 Fiscale impact, 809  
*Forum actoris*, 243  
 Fout, 31

## G

Geadopteerde kinderen, 516-519  
 Gedwongen uitvoering, 184  
 Geestesstoornis, 55  
 Gefailleerde, 1175  
 Gelijkwaardige levensstandaard, 817  
 Genotswaarde, 693  
 Gerechtelijke aanzuiveringsregeling, 175  
 Gerechtig akkoord, 1175-1181  
 Gerechtsbrief, 168  
 Getuigenverklaringen, 797  
 Gewetensplicht, 1192  
 Gewijzigde omstandigheden (zie ook “Veranderlijkheid” en “Wijzigbaarheid”), 107, 358, 618, 620, 645, 734, 825, 866, 896, 1017  
 Gezinsbijslag (zie ook “Kinderbijslag”), 19, 326, 333, 1073

Goede trouw, 1192, 1215  
 Goede zeden (zie ook “Openbare orde”), 5, 103, 309, 425, 427, 478, 532, 542, 637, 737, 764, 816, 898, 955, 987, 1008, 1098, 1140, 1193, 1206  
 Grootouders (zie ook “Kleinkinderen”), 14, 507-515, 997

## H

Haags Apostilleverdrag, 296  
 Haags Kinderontvoeringsverdrag (zie ook “Verdrag van ’s Gravenhage van 25 oktober 1980”), 286  
 Haagse Protocol van 23 november 2007, 243, 248, 255, 261, 272, 281  
 Haard- en standplaatsvergoeding, 803  
 Halveringsleutel, 559, 766  
 Herroeping van het gewijsde, 182, 646, 688, 1018  
 Herroeping van de schenking, 1171  
 Hertrouw, 883  
 Herverwijzing, 261  
 Hiërarchie, 1, 508, 997, 1012, 1014, 1146, 1155, 1161  
 Homokoppel, 975  
 Homologatie, 74, 439  
 Hoofdelijkheid, 304, 1012  
 Hoogdringendheid (zie ook “Urgentie”), 725, 982, 1227  
 Hulpplicht, 533  
 Huwelijksvermogen, 1002-1004, 1045  
 Hypothecaire inschrijving, 162, 1093

## I

Imprevisieleer, 902  
 Indemnitaire karakter, 753  
 Indexatie, 106, 350, 821, 864, 894, 1016, 1136  
 Ingrijpende wijziging, 799, 829  
*In limine litis*, 577, 589  
*In natura*, 308, 312, 347, 514, 999  
 Inpandgeving, 162, 1011

- In solidum*, 306, 1012  
 Internationale bevoegdheid, 246  
 Internationale openbare orde, 252  
 Interesten, 93, 188  
 Internering, 938  
 Interpretatie, 884, 913
- J**
- Jugement définitif*, 931
- K**
- Kantonement, 280, 456  
 Kapitaal, 788, 804, 1138, 1180  
 Kapitalisatie, 352, 504, 836, 869, 904, 957, 1142  
 Kennisgeving, 596, 720  
 Kinderen (algemeen), 36  
 Kinderbijslag (zie ook "Gezinsbijslag"), 19, 326, 333, 1073  
 Kleinkinderen (zie ook "Grootouders"), 14, 507-515, 997  
 Kosten van de laatste ziekte en van de begrafenis, 1023, 1132  
 Kostendelend samenwonen, 659  
 Kwijtschelding, 176  
 Kunstgrepen, 680
- L**
- Laatste ziekte (zie ook "Kosten v/d laatste ziekte en v/d begrafenis"), 1023, 1132  
 Langstlevende echtgenoot, 1101  
 Langstlevende wettelijk samenwonnende, 530  
 Lasten, 682, 805, 812  
 Lasten van het huwelijk, 534  
 Lastgeving (zie ook "Stilzwijgende lastgeving"), 19, 512  
 Leefloon, 156, 214, 334, 1033, 1057, 1061  
 Levensstandaard, 947  
*Lex causae*, 262  
*Lex fori*, 251, 262
- Lex specialis generalibus derogat*, 242, 250  
 Lichtste fout, 937  
 Lijfrente, 1140
- M**
- Maatschappelijke dienstverlening, 1057  
 Mandaat, 212, 268  
 Methode RENARD (zie ook "RENARD"), 325  
 Methode ROODHOOF (zie ook "ROODHOOF"), 769  
 Minnelijke aanzuiveringsregeling, 174  
 Mogelijkheden, 677, 801, 1032  
 Moord, 938
- N**
- Nalatenschap, 489, 1085-1151  
 Nationaliteit, 249  
 Natuurlijke verbintenis, 501, 512, 991, 1048, 1182, 1192  
 Netto-inkomsten, 334, 686  
 Niet-opengevallen nalatenschap, 890  
 Nieuwe Echtscheidingswet, 925, 994, 1198  
 Nieuw huwelijk, 21, 801  
*Nihil*-beding, 99, 395, 401  
*Non bis in idem*, 345  
 Notariële akte, 910, 916  
 Novatie, 1204
- O**
- Obligatio*-aspect, 59, 324, 365, 430  
 OCMW, 6, 124, 1057, 1145  
 OCMW-wet, 124  
 Ogenblikkelijk misdrijf, 221  
 Ondankbaarheid, 1107, 1171  
 Ondeelbaarheid, 266, 966  
 Onderhandse overeenkomst, 909



“Onderhoudsgeld laat geen achterstallen” (zie ook “Aliments ne s’arréagent point”), 78

Onderscheidingsvermogen, 389

Oneigenlijke contracten (zie ook “*Quasi*-contracten”), 180

Ongeoorloofde inkomsten, 779

Onterving, 1107

Ontvangstmachtiging (zie ook “Sommendelegatie” en “Delegatie”), 213, 337, 387, 456, 503, 506, 562, 720, 841, 870, 921, 959, 988, 1169, 1190

Onverschuldigde betaling, 652, 1021, 1036

Ontzetting uit de ouderlijke macht, 1005

Onwaardigheid, 9, 1005

Onwaardigheid (erfrechterlijke), 1098

Openbare orde (zie ook “Goede zeden”), 5, 103, 309, 425, 427, 478, 532, 542, 637, 737, 764, 816, 898, 955, 987, 1008, 1098, 1140, 1193, 1206

Overdraagbaarheid, 1011, 1086

Overeenkomst van Wenen van 25 oktober 1957, 281

Overeenkomst van Boekarest van 30 oktober 1979, 281

Overgangsrecht (nieuwe Echtscheidingswet)

– echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, 925-934

– echtscheiding door onderlinge toestemming, 971-973

## P

Parameters (begroting uitkering na echtscheiding), 949

Partnergeweld, 57, 928

Pauliaanse vordering, 1010, 1131

*Peremptoire exceptie*, 447

Permanente saisine (zie ook “Blijvende saisine”), 743, 750

Pleeggezin, 523

Pleegkind, 520, 1123

Pleegvoogdij, 520

Pluraliteit, 11, 28, 1146

Post-communautaire onverdeeldheid, 694

*Pretium Sturpi*, 1208

Primair huwelijksstelsel, 531

Principiële onwizigbaarheid, 964-965

Principiële wijzigbaarheid, 967-968

Procesbekwaamheid (van een minderjarige), 389

Procureur des konings, 409-411, 636

Provisionele uitkering, 50, 630, 750, 755, 817, 863, 951, 1144

## Q

*Quasi*-contracten (zie ook “Oneigenlijke contracten”), 180

*Quasi*-delictuele aansprakelijkheid, 990

*Qui peut le plus, peut le moins*, 939

## R

Rangorde, 12

*Rebus sic stantibus*, 105, 358, 388, 606, 620, 644, 727, 986, 1008, 1016

Rechtsmisbruik, 31, 964

Rechtsverwerking, 94

Recht van wettelijke terugkeer, 1094

Referentiestandaard, 650, 768, 831

RENARD (zie ook “Methode RENARD”), 325

*Restitutio in integrum*, 186, 918

Retroactiviteit (zie ook “Terugwerkende kracht”), 80, 382, 628, 711, 734, 1180

ROODHOOFD (zie ook “Methode ROODHOOFD”), 769

## S

Samenhang, 374, 933

Samenloop, 26, 169, 1155  
 Samenwoning  
   – wettelijke, 975-995  
   – feitelijke, 1192-1227  
 Samenwoningsplicht, 608  
 Schadelijder, 1228  
 Scheiding van tafel en bed, 974  
 Schenker, 1170-1174  
 Schenking (zie ook “Schenker”),  
 1170-1174  
 Schijnhuwelijk, 1154  
 Schoonkinderen, 1152  
 Schoonouders, 1152  
 Schorsing van de verjaring, 459  
 Schuldbemiddelaar, 173  
 Schuld criterium, 38, 607, 717  
 Schuldvergelijking, 139  
 Schuldvermoeden, 51  
 Sekwester, 678  
 Slagen en verwondingen, 938  
 Sociale status, 1034  
 Solidariteit, 8, 24, 940  
*Solvens*, 180  
 Sommendelegatie (zie ook “Ont-  
 vangstmachtiging”), 213, 337, 387,  
 456, 503, 506, 562, 720, 841, 870,  
 921, 959, 988, 1169, 1190  
 Spaarmogelijkheid, 693  
*Specialia generalibus derogant*, 1151  
 Staat van behoefte (zie ook “Behoe-  
 fteigheid”), 926, 939, 1032, 1096  
 Stiefkinderen (zie ook “Stiefouder”),  
 485-506  
 Stiefouder (zie ook “Stiefkinderen”),  
 408, 485-506  
 Stilzwijgende lastgeving, 19, 512  
 Strafbeding, 1224  
 Strafrechterlijke sancties, 441  
 Studentenjob, 315  
 Stuiting van de verjaring, 459  
 Subrogatie, 212, 268  
 Supervoorrecht, 156, 163, 177, 340

## T

Tegenbrief, 425, 898

Tekenen en indicieën, 679, 681  
 Termijnen van respijt (zie ook “Uit-  
 stel van betaling”), 187, 419, 902, 916  
 Teruggave van te veel betaalde ali-  
 mentatiegelden, 178  
 Terugval van de economische situ-  
 atie, 935  
 Terugwerkende kracht (zie ook “Re-  
 troactiviteit”), 80, 382, 628, 711, 734,  
 1180  
 Tijdelijke verwijdering, 538  
*Train de vie*, 947

## U

Uitgebreide alimentatieplichten, 935  
 Uitonverdeeldheidtredding, 155  
 Uitsluitingsgrond, 936  
 Uitstel van betaling (zie ook “Ter-  
 mijnen van respijt”), 187, 419, 902,  
 916  
 Uitvoerbaarheid bij voorraad (zie  
 ook “Voorlopige tenuitvoerleg-  
 ging”), 602  
 Uitvoerbare kracht, 728, 729, 911  
 Uitvoerbare titel, 1021  
 Uitvoerend beslag op grond van een  
 onderhoudsvordering, 151  
*Uitvoering in natura*, 1050, 1166  
*Ultra petita*, 578, 724  
 Urgentie (zie ook “Hoogdringend-  
 heid”), 725, 1227

## V

Veranderlijkheid (zie ook “Wijzig-  
 baarheid” en “Gewijzigde omstan-  
 digheden”), 107, 358, 618, 620, 645,  
 734, 825, 866, 896, 1017  
 Verblijf in het aangewezen huis, 647  
 Verbreingsvergoeding, 987, 990  
 Verdienvermogen, 949  
 Verdrag van Brussel van 25 mei  
 1987, 296  
 Verdrag van Den Haag van 24 ok-  
 tober 1956, 248, 255

- Verdrag van Den Haag van 15 april 1958, 280
- Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973, 251, 262
- Verdrag van Lugano van 16 september 1988, 279, 292
- Verdrag van New York van 20 juni 1956, 281
- Verdrag van 's Gravenhage van 25 oktober 1980, 286
- Verdrag van Rome van 19 juni 1980, 258, 260, 270
- Vereffening-Verdeling, 694
- Vergiftiging, 938
- Verhaalsrecht, 495, 1145
- Verjaring, 86-92, 192-193, 1067, 1083
- Verkrachting, 938
- Vermoedens, 668
- Vermoeden *iuris et de iure*, 937
- Verordening "Brussel I" (zie ook "Brussel I-Verordening"), 243, 280, 292
- Verordening "Brussel IIbis" (zie ook "Brussel IIbis-Verordening"), 272, 282, 292
- Verrijking zonder oorzaak, 19, 512, 902, 1201, 1216
- Verruimde behoefteigheid, 948
- Verschoonbaarheid, 1177
- Vertrouwensleer, 1205
- Vervangingsinkomsten, 787
- Verwekker van het kind, 443-484, 1124
- Verwervingskosten, 805
- Verwijzingsladder, 252
- Verzaking (zie ook "Afstand"), 60, 94, 219, 365, 396, 397, 729, 844, 878, 890, 933, 1098
- Verzoening, 621, 726
- Virtuele inkomsten, 334, 669, 678, 789, 801, 812, 1042
- Voogd *ad hoc*, 209
- Voordeel in *natura*, 677
- Voorlopige binding, 969-970
- Voorlopige tenuitvoerlegging, 926, 963
- Vooroverleden wettelijk samenwonende, 530
- Voorschottenregeling, 197
- Voortdurend misdrijf, 221
- Vordering *ad futurum*, 390
- Vreemde oorzaak, 902
- Vrijwilligheid, 223
- Vruchtgebruik, 493
- W**
- Waarschijnlijke vader (zie ook "Verwekker van het kind"), 443-484, 1124
- Wederkerigheid, 1161
- Wet Maatschappelijke Integratie, 129
- Wijzigbaarheid (zie ook "Veranderlijkheid" en "Gewijzigde omstandigheden"), 107, 358, 618, 620, 645, 734, 825, 866, 896, 1017
- Wilsgebrek, 886
- Woonstvergoeding, 818
- Z**
- Zaakwaarneming, 19, 512
- Zakgeld, 1069
- Zekerheden (zie ook "Zekerheidsstelling"), 162, 1140
- Zekerheidsstelling (zie ook "Zekerheden"), 162, 1140
- Zichtrekening, 1210
- Zijdelingse vordering, 1010, 1063
- Zware fout, 936