

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE: RIDDER RENÉ VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

DE TENUITVOERLEGGING VAN HET EUROPEES MEDEDINGINGSBELEID ROL VAN DE NATIONALE RECHTER BIJ DE HANDHAVING VAN HET COMMUNAUTAIR MEDEDINGINGSRECHT

De mededingingsregelen kunnen, volgens de gewezen voorzitter van het Hof van Justitie Robert Lecourt, beschouwd worden als "le rouage moteur" van het systeem dat in het Verdrag van Rome is vooropgesteld. De mededinging blijft echter een middel of instrument en is geen doel op zichzelf¹. Bij de tenuitvoerlegging van het mededingingsbeleid mag dit niet uit het oog worden verloren.

Voor de toepassing van het Europees kartelrecht moet rekening gehouden worden met de basisartikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag, met een aantal verordeningen waarvan de voornaamste verordening nr. 17 van de Raad is² en met beslissingen van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, van de nationale rechtbanken of/ten kartelautoriteiten, en — last but not least — van het Hof van Justitie wiens arresten op menig punt aan de toepassing van de mededingingsregelen een beslissende wending hebben gegeven.

* Syllabus van een uiteenzetting gehouden te Antwerpen (U.I.A.) op 8 januari 1977 in het kader van een door de Belgische Vereniging voor Europees Recht ingerichte post-universitaire lessencyclus over Europees Recht.

¹ R. LECOURT, *L'Europe des Juges*, 1976, pp. 86-87; zie art. 2 en 3 van het E.E.G.-Verdrag.

² Van 6 januari 1962, P.B. nr. 13 van 21 februari 1962, p. 204/62, van kracht geworden op 13 maart 1962, gewijzigd en aangevuld door Vo. nr. 59 (P.B., 10 juli 1962, p. 1655/62), Vo. nr. 118/63 (P.B., 7 november 1963, p. 2696/63), Vo. nr. 2822/71 van 20 december 1971, (P.B., nr. L 285 van 29 december 1971, p. 49), Akte van toetreding (bijl. I onder V, 1) behorend bij het Verdrag van toetreding van Groot-Brittannië (...) (P.B., nr. L 73 van 27 maart 1972, p. 92); de Nederlandse tekst van de uitvoeringsverordeningen vindt men, afgezien van het Publikatieblad, onder meer in Europees Mededingings- en kartelrecht, deel 3 van *Handboek voor de Europese Gemeenschappen* (bewerkt door H. VAN DEN HEUVEL), uitg. Kluwer en in *Europese Mededingingsregels* (bewerkt door VERLOREN VAN THEMATAAT en VAN HOUTEN), uitg. Schuurman & JORDENS 12 A).

In het volgende wordt gepoogd de voornaamste principes waarop de uitvoering van het mededingingsrecht steunt samen te vatten: op het materiële mededingingsrecht (de grondvoorwaarden voor toepassing van de mededingingsregelen) wordt slechts terloops, meestal door verwijzing, ingegaan³. Ook over de zo belangrijke prejudiciële procedure wordt niet meer gesproken⁴.

Daar gevraagd werd de uiteenzetting gericht te houden op de praktijk zal getracht worden zich voortdurend in te denken in de rol van de jurist (magistraat, bedrijfsjurist, advocaat) die zich voor een probleem van Europees mededingingsrecht geplaatst ziet. De eerste voorwaarde die, bij veronderstelling, vervuld wordt geacht, is dat de jurist het probleem "ziet".

Een onderscheid kan gemaakt worden tussen de situatie waar nog geen conflict gerezen is en de situatie waar er wel een conflict is. Hierna wordt onder nummer I de zaak belicht vanuit het oogpunt van de jurist die moet "advizeren". Nummer II is meer gewijd aan de rol van de nationale rechter.

I. Een klassiek geval is dat waarbij aan de jurist een ontwerp van overeenkomst wordt voorgelegd en waarbij hem advies gevraagd wordt. De werkhypothese is derhalve die van een "nieuwe" overeenkomst.

³ Hierover werden door professor J.A. VAN DAMME en professor P. ECKMAN in dezelfde lessencyclus uiteenzettingen gehouden; zie ook *Nieuwe ontwikkelingen in het Europees Kartelrecht*, Europese monografieën, nr. 22, Kluwer, Deventer, 1976; VAN RYN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 2e uitg., 1976, p. 280-304.

⁴ Professor J. BOURGEOIS behandelde dit onderwerp.

Hij onderzoekt het ontwerp uit het oogpunt van het Europees mededingingsrecht⁵ en kan tot verschillende conclusies komen:

1. De overeenkomst valt "zonder enige twijfel" buiten het toepassingsgebied van de europeesrechtelijke mededingingsregelen. In dit geval lijkt het ook overbodig bij de Commissie een "negatieve verklaring" aan te vragen waarin de commissie vaststelt dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen de overeenkomst (het besluit of de gedraging), krachtens artikel 85, lid 1, of 86 van het verdrag, op te treden⁶.

2. De overeenkomst valt ontegensprekelijk onder het verbod van artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag. De jurist zal zijn "cliënt" erop wijzen dat deze overeenkomst verboden is "zonder dat daartoe enige voorafgaande beschikking is vereist"⁷ en dat zij indien ze zou worden gesloten, van rechtswege nietig zou zijn (art. 85, lid 2).

De Europese Commissie kan hetzij "ambtshalve" hetzij "op verzoek" (van een lid-staat of van een persoon die blijk geeft van een redelijk belang) optreden en de inbreuk op artikel 85, lid 1, vaststellen, bevel geven de inbreuk onmiddellijk te staken en eventueel aanzienlijke boeten of dwangsommen opleggen⁸.

Daar artikel 85, lid 1, (en 86) rechtstreeks rechten voor de justitiabelen doen ontstaan kunnen zij daarop ook een beroep doen voor de nationale rechter die de nietigheid ex art. 85, lid 1, kan vaststellen⁹.

Deze nietigheid heeft een absoluut karakter en terugwerkende kracht en kan derhalve alle gevolgen van de overeenkomst treffen¹⁰.

⁵ Voor zover als nodig zij opgemerkt dat hij zich niet mag blind staren op de artikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag maar ook rekening moet houden met andere bepalingen zoals onder meer de regelen in verband met het vrij verkeer van goederen (bv. de artt. 30 t/m 36 van het E.E.G.-Verdrag).

⁶ Vo. nr. 17, art. 2.

⁷ Vo. nr. 17, art. 1.

⁸ Vo. nr. 17, artt. 3, 15 en 16; zie over de rol van de Commissie o.m. G.J. LINSEN, "De rol van de Commissie bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht", in *Europees Kartelrecht anno 1973*, Europese monografieën (EM) 16, Kluwer, Deventer, 1973, pp. 23-45; B. BAARDMAN, "De beschikkingspraktijk van de Europese Commissie: art. 85, lid 1", *op. cit.*, pp. 47-68.

⁹ Hof van Justitie, 30 januari 1974, Z. 127/73 (B.R.T. en Sabam t/ Fonior), *Jur.*, 1974, 51; R.W., 1973-74, 2319, met noot P. ECKMAN; Hof van Justitie, 6 februari 1973, Z. 48/72 (Haecht II), *Jur.*, 1973, 77.

¹⁰ Hof van Justitie, 25 november 1971, (Z. Beguelin 22-71), *Jur.*, 1971, XVII, 949; Hof van Justitie, 6 februari 1973 (Z. Haecht II); zie over de gevolgen van deze nietigheid o.m. B.H. TER KUILE, "Het Hof van Justitie en de nationale rechter en de artikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag", in *Europees Kartelrecht anno 1973*, E.M. 16, pp. 172-174; VAN RYN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 2e uitg., 1976, nr. 310, p. 314.

Het is niet uitgesloten dat de cliënt, aldus voorgelicht, afziet van het sluiten van de geplande overeenkomst of minstens de litigieuze clause(s) uit de overeenkomst (voor zover die van de overige clausules gescheiden kunnen worden) laat wegval-
len.

3. Er bestaat twijfel over de vraag of de overeenkomst onder het verbod valt. Indien ze onder het verbod valt, komt ze eventueel in aanmerking voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3.

Kan de "aanmelding" van de overeenkomst bij de Europese Commissie in een dergelijke situatie heil brengen? Wordt door de "aanmelding" een soort "voorlopige geldigheid" tot stand gebracht? Dit probleem gaf aanleiding tot oeverloze discussies.

Men moet rekening houden met de volgende elementen:

a) In de eerste plaats moet onderzocht worden of de geplande overeenkomst in aanmerking komt voor een ontheffing door de Commissie krachtens artikel 85, lid 3, van het verdrag. Op de grondvoorwaarden voor deze ontheffing wordt hier niet ingegaan. Indien blijkt dat op redelijke wijze de toepasbaarheid van deze bepaling verdedigd kan worden, moet de overeenkomst, wil men een ontheffing krijgen, worden aangemeld bij de Europese Commissie die uitsluitend bevoegd is om het verbod van artikel 85, lid 1, overeenkomstig artikel 85, lid 3, buiten toepassing te verklaren.

Zolang de aanmelding niet plaatsvindt, kan in principe geen ontheffing worden verleend¹¹. De aanmeldingsformaliteiten zijn verder uitgewerkt in Verordening nr. 27 van de Commissie¹².

Het vereiste formulier A/B kan bij de Commissie worden aangevraagd. Het moet ingevuld en teruggestuurd worden in tien exemplaren¹³. In hetzelfde formulier kan eventueel enerzijds een verzoek gedaan worden tot het verkrijgen van een negatieve

¹¹ Art. 4, lid 1, Vo. nr. 17; bepaalde overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn van aanmelding vrijgesteld (zogenoemde "lichte" kartels): art. 4, lid 2, Vo. nr. 17, zoals gewijzigd bij Vo. nr. 2822/71; partijen kunnen ook niet-aanmeldingsplichtige overeenkomsten toch aanmelden in de hoop daaromtrent een uitdrukkelijke beslissing van de Commissie te krijgen (zie hierover B.H. TER KUILE, "Enige opmerkingen over Europees Procesrecht", in *Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, E.M. 19, pp. 106-107); alleenverkoopsovereenkomsten genieten onder bepaalde voorwaarden, zonder aanmelding, een algemene ontheffing van het verbod van art. 85, lid 1 (Vo. nr. 67/67 van 22 maart 1967, P.B. nr. 57 van 25 maart 1967, zoals gewijzigd bij Vo. nr. 2591/72). Er bestaat ook een groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten (Vo. nr. 2779/72 van 21 december 1972, P.B., nr. L292/23 van 29 december 1972); een groepsvrijstelling voor octrooilicentieovereenkomsten is in voorbereiding.

¹² P.B., nr. 35 van 10 mei 1962, pp. 1118/62, gewijzigd door Vo. nr. 1133/68 van 26 juli 1968, P.B., nr. L189 van 1 augustus 1968, p. 1.

¹³ Vo. nr. 1699/75 van de Commissie van 2 juli 1975 houdende wijziging van Vo. nr. 27.

verklaring als bedoeld in artikel 2 van Verordening nr. 17 (hetgeen echter veronderstelt dat de aanvrager van mening is — en die mening kan rechtvaardigen — dat artikel 85, lid 1, niet van toepassing is op de kwestieuze overeenkomst) en anderzijds een eigenlijke aanmelding worden verricht met het oog op het verkrijgen van een ontheffingsverklaring conform artikel 85, lid 3 (hetgeen veronderstelt dat artikel 85, lid 1, van toepassing is). De twee kunnen gecombineerd worden in die zin dat in hoofdorde een negatieve verklaring wordt gevraagd en in bijkomende orde, zekerheidshalve, een ontheffing.

De aanvraag moet gestaafd worden. Het invullen van het formulier en het opstellen van de bijlagen met de nodige uitleg is belangrijk en vergt nauwe samenwerking tussen de jurist en diegenen die hem alle feitelijke gegevens moeten verschaffen met betrekking o.a. tot de marktsituatie, de mededingingspositie van de partijen bij de overeenkomst, de economische en commerciële gevolgen van de overeenkomst.

Bij het opstellen van de verantwoording lijkt het wenselijk zoveel mogelijk aan te sluiten bij de motivering van beschikkingen die door de Commissie in andere zaken werden gegeven.

b) Naast de overweging dat aanmelding vereist is voor een eventuele ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, zal men, alvorens aan te melden, zich nog moeten bezinnen over de andere rechtsgevolgen van de aanmelding. De aanmelding van een overeenkomst — in onze vertrekhypothese betreft het een "nieuwe" overeenkomst, d.i. een overeenkomst gesloten na 13 maart 1962, datum van inwerkingtreding van Verordening nr. 17 — verleent aan de overeenkomst geen "voorlopige geldigheid" of minstens geen "volledige" geldigheid.

Indien de partijen de overeenkomst uitvoeren is dit op eigen risico. De nietigheid van de overeenkomst behoudt, indien ze zou worden uitgesproken, haar terugwerkende kracht¹⁴. Indien de toepassing van de mededingingsregelen ter sprake komt voor de nationale rechter, kan deze niettegenstaande de aanmelding de nietigheid van de overeenkomst uitspreken¹⁵. De aanmelding heeft geen schorsende werking ten aanzien van nieuwe overeenkomsten¹⁶. Deze regelen gelden zowel voor aan-

meldingsbehoeftige als voor niet-aanmeldingsbehoeftige afspraken.

Kan men door de aanmelding eventuele boetes vanwege de Commissie vermijden? De regel is inderdaad dat er geen boetes kunnen worden opgelegd voor de periode na de aanmelding en vóór de beschikking van de Commissie krachtens artikel 85, lid 3, voor zover de kwestieuze gedragingen binnen de grenzen blijven van de aanmelding¹⁷.

Over de praktische waarde van deze regel moet men zich echter niet te veel illusies maken daar de Commissie, na een voorlopig onderzoek, derhalve vóór de eigenlijke beschikking, de betrokken ondernemingen kan meedelen dat zij van oordeel is dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt en dat de toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is. Door zo een mededeling verliezen de betrokken ondernemingen het voordeel van de vrijstelling van boetes¹⁸.

c) Op grond van het vorige kan men met Linsen besluiten dat het weinig zin heeft een overeenkomst aan te melden waarvan men met een redelijke graad van zekerheid kan voorzien dat ze verboden is en niet voor een ontheffing in aanmerking komt.

d) De beschikking van de Commissie ten gevolge van de aanmelding kan maandenlang op zich laten wachten¹⁹.

Soms treft men in overeenkomsten een clause aan waarbij bepaald wordt dat indien de Commissie geen gunstige beschikking verleent vóór een bepaalde datum, de overeenkomst als ontbonden zal worden beschouwd. Een zodanige clause is verlokkelijk voor de Commissie die geneigd kan zijn te wachten tot de in de overeenkomst aangeduide termijn verstreken is. Een opschortende voorwaarde daarentegen waarbij het in werking treden van de overeenkomst afhankelijk wordt gesteld van een gunstige beslissing van de Commissie, stoot eveneens, wegens het lange tijdsverloop, op ernstige be-

slechts nietig verklaard worden na een weigering van buitentoeepassingsverklaring door de Commissie (zie ook art. 25 Vo. nr. 17 toegevoegd ter uitvoering van art. 29 Toetredingsverdrag).

¹⁷ Vo. nr. 17, art. 15, lid 5.

¹⁸ LINSSEN in zijn geciteerde studie "De rol van de Commissie bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht", in *Europees Kartelrecht anno 1973*, (EM) 16, p. 24, vermeldt het geval waar de Commissie reeds veertien dagen na de aanmelding de mededeling in de zin van artikel 15, lid 6, verrichtte. Een dergelijke "mededeling" is reeds een "beschikking" waartegen beroep openstaat voor het Hof van Justitie (Hof van Justitie, 15 maart 1967, *Jur.*, 1967, 115); voorbeeld van toepassing van art. 15, lid 6: beschikking van Commissie van 5 maart 1975, *P.B.*, 16 mei 1975.

¹⁹ In zijn arrest in de zaak *Haecht II* wees het Hof van Justitie op de aanzienlijke vertraging die het werk van de Commissie kan kenmerken. Op 31 december 1976 was de situatie van de procedures voor de Commissie als volgt: hangende procedures: 4.129; verzoeken om negatieve verklaring en aanmeldingen: 3.917; procedures op klacht: 109; ambtshalve ingeleide procedures: 103.

¹⁴ Hof van Justitie, 6 februari 1973, (*Z. Haecht II*), *Jur.*, 1973, 77. Zie Ant. BRAUN, noot *J.T.*, 1973, 460; W. VAN GERVEN, noot onder hetzelfde arrest, *S.E.W.*, 1973, 337-348 (343).

¹⁵ Hof van Justitie, 30 januari 1974, (*Z. B.R.T./Sabam*), *Jur.*, 1974, 51: zelfs indien de Commissie een procedure op grond van artikel 3 van Vo. nr. 17 ingeleid heeft, "moet" de nationale rechter de zaak niet schorsen. Hij "kan" in dit geval zijn beslissing aanhouden, "indien hij zulks om redenen van rechtszekerheid noodzakelijk acht, in afwachting van de uitslag van het optreden van de Commissie".

¹⁶ Hof van Justitie, 6 februari 1973, (*Z. Haecht II*): "Oude" overeenkomsten kunnen, omwille van de rechtszekerheid,

zwaren. Het is van essentieel belang dat de ondernemingen die betrokken zijn bij een overeenkomst zo spoedig mogelijk weten waar ze aan toe zijn.

Het lijkt daarom wenselijk dat zij reeds na korte tijd vanwege de Commissie, zij het op niet-officiële en niet-bindende wijze een voorlopig oordeel mogen krijgen betreffende de kwestieuze overeenkomst²⁰. In de praktijk komt het reeds voor dat partijen in kennis gesteld worden van de "eerste indruk" van de Commissie.

Het is wenselijk dat de ondernemingen de ambtenaren van de Commissie meer ontmoeten in een voorafgaand stadium om, door bespreking, te onderzoeken wat mogelijk en niet mogelijk is.

Dit vergt zowel vanwege de ambtenaren als vanwege de ondernemingen en hun raadslieden een ietwat gewijzigde vorm van optreden en van benaderen der problemen. Dergelijke contacten die een zekere samenwerking veronderstellen, zouden een wederzijds begrip voor de doeleinden van het mededingingsbeleid enerzijds en voor de concrete situatie waarin ondernemingen zich bevinden anderzijds, in de hand kunnen werken.

e) De beschikkingen waarbij het verbod van artikel 85, lid 1, buiten toepassing wordt verklaard gaan in vanaf de datum vastgesteld door de Commissie. Die datum kan krachtens artikel 6, lid 1, van Verordening nr. 17 niet vroeger zijn dan die van de aanmelding. Zij gelden voor een bepaalde in de beslissing aangeduide termijn (waarna verlenging kan worden gevraagd) en kunnen voorwaarden en verplichtingen inhouden²¹. Zij kunnen ook voorafgegaan zijn door bepaalde op verzoek van de Commissie aangebrachte wijzigingen.

De opgelegde voorwaarden of verplichtingen moeten echter binnen de perken blijven van de voorwaarden die door het verdrag en het Hof van Justitie gesteld zijn voor de toepassing van de artikelen 85 en 86. De Commissie zou bijvoorbeeld geen nieuwe voorwaarden mogen toevoegen aan de ont-heffingsvoorwaarden, gesteld bij artikel 85, lid 3²².

²⁰ Zie B.H. TER KUILE, "Het Hof van Justitie en de nationale rechter en de artikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag", in *Europees Kartelrecht anno 1973*, E.M. 16, p. 174; *id.* in *Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, E.M. 19, pp. 125-126.

²¹ Art. 8, Vo. nr. 17; zie bv. de beschikkingen van 26 juli 1972, (Papeteries Bollowé), P.B., nr. L 182, 10 augustus 1972, 24; 17 januari 1972 (MAN-Saviem), P.B., nr. L 31, 4 februari 1972, 29: in dit geval moeten de partijen de gelegenheid krijgen hun eventuele objecties mee te delen: Hof van Justitie, 23 oktober 1974, *Cab. dr. eur.*, 1975, 280, met noot van TEMPLE LANG.

²² Hof van Justitie, 23 oktober 1974, *Jur.*, 1974, 1063, Z. 17/74 (Transocean Marine Paint Association t/ Commissie); zie ook M.R. MOK, "De toepassing van artikel 85, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag", in *Europees Kartelrecht anno 1973*, p. 73, die bij wijze van voorbeeld stelt dat de Commissie niet als voorwaarde zou mogen stellen dat de leden van een kartel t.o.v. hun werknemers een andere sociale politiek volgen.

De Commissie kan haar beschikkingen ook intrekken of wijzigen of de betrokkenen bepaalde handelingen verbieden indien

— de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zijn gewijzigd;

— de betrokkenen zich gedragen in strijd met een bij de beschikking opgelegde verplichting;

— de beschikking berust op onjuiste inlichtingen of door bedrog is verkregen;

— de betrokkenen misbruik maken van de in de beschikking vervatte ontheffing van de voorschriften van artikel 85, lid 1, van het verdrag.

In de laatste drie gevallen kan de beschikking ook met terugwerkende kracht worden ingetrokken²³.

4. Artikel 19 van Vo. 17 betreft het "horen van belanghebbenden en derden". Het werd verder uitgewerkt door Vo. nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963²⁴. Er zijn aldus bepaalde regelen uitgewerkt met betrekking tot de procedure voor de Commissie en met het oog op het verlenen van een minimum aan rechtswaarborgen²⁵.

De procedure bestaat uit een schriftelijke fase — met als uitgangspunt en kernstuk de "punten van bezwaar" van de Commissie waarop dan schriftelijk gereageerd kan worden — en een hoorzitting die niet openbaar is. Krachtens artikel 4 van Vo. nr. 99/63 neemt de Commissie in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking waarover de ondernemingen tegen wie de beslissing gericht is, in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken.

Indien de Commissie voornemens is een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 dan wel een beschikking bedoeld in artikel 85, lid 3, te geven, maakt zij het essentiële gedeelte van het verzoek of de aanmelding bekend (in het *Publikatieblad*); alle belanghebbende derden worden uitgenodigd opmerkingen kenbaar te maken binnen de door de Commissie vastgestelde termijn van ten minste één maand.

Bij de bekendmaking wordt rekening gehouden met het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zaken geheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven²⁶.

In meerdere arresten heeft het Hof van Justitie de door de Commissie in acht te nemen procedure-

²³ Vo. nr. 17, art. 8, lid 3.

²⁴ P.B., nr. 127 van 20 augustus 1963, 2268-2270.

²⁵ Zie hierover o.m. J. MERTENS DE WILMARS, "Administratieve procedure en rechtswaarborgen in E.E.G.-Kartelrecht", in *Europees Kartelrecht*, Post-doctorale leergang Univ. Leuven, 1967-68 (1969), pp. 233-266; B.H. TER KUILE, "Enige opmerkingen over Europees procesrecht", in *Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, E.M. 19, pp. 103-128.

²⁶ Art. 19, lid 3, Vo. nr. 17.

regelen gepreciseerd²⁷. Tegen de beschikkingen van de Commissie is in principe beroep mogelijk bij het Hof van Justitie²⁸.

II. 1. Laten we nu meer in het bijzonder het tweede luik bekijken, namelijk de rol van de *nationale rechter* bij de toepassing van het Europees kartelrecht. Zoals reeds gezegd kunnen de mededingingsregelen door de justitiabelen worden ingeroepen voor de nationale rechtbank hetzij in het kader van een hoofdvordering, hetzij bij tussenvordering. De nationale rechter dient de rechten die uit het verbod van de artikelen 85, lid 1, en 86, voor de particulieren ontstaan, te handhaven hetgeen onder meer betekent dat hij een overeenkomst of een gedraging die onder dit verbod valt eventueel moet nietig verklaren en/of verbieden. In bepaalde gevallen werd een dergelijk verbod uitgevaardigd als gevolg van een vordering tot staking waarbij de voorzitter oordeelde dat bepaalde handelingen, aangezien zij strijdig waren met de artikelen 85/86 van het E.E.G.-Verdrag, ook als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken moesten worden beschouwd³⁰.

De rechter kan zich beperken tot het nietig verklaren van een bepaalde clause uit een overeenkomst voor zover de litigieuze clause niet op onafscheidbare wijze verbonden is met de overige bestanddelen van de overeenkomst³¹.

Eventueel zal hij de toepassing van artikel 85 of 86 ambtshalve inroepen daar het regelen van openbare orde betreft³². In dit geval lijkt het aangewezen partijen in de gelegenheid te stellen aanvullend op dit punt te concluderen, in voorkomend geval een heropening van de debatten te bevelen.

2. Het komt hem niet toe, na vastgesteld te hebben dat een overeenkomst onder het verbod van

artikel 85, lid 1, valt, dit artikel buiten toepassing te verklaren krachtens artikel 85, lid 3 : een zodanige ontheffing behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie³³. Voor de toepassing van artikel 85, lid 1, of 86 zijn zowel de Commissie als de nationale rechtbanken bevoegd. De vraag is of de nationale rechtbanken een beslissing kunnen treffen wanneer reeds een procedure aanhangig is voor de Commissie. Zoals reeds is gezegd, was over deze vraag die nauw samenhangt met de vraag van het al dan niet schorsend effect van de aanmelding bij de Commissie, zowel in rechtsleer als rechtspraak heel wat te doen. De discussie betrof grotendeels artikel 9, lid 3, Vo. nr. 17 dat als volgt luidt :

"Zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid krachtens de artikelen 2, 3 of 6 blijven de autoriteiten van de lid-staten overeenkomstig artikel 88 van het Verdrag bevoegd artikel 85, lid 1, en artikel 86 toe te passen ook indien de termijnen welke in artikel 5, lid 1, en in artikel 7, lid 2, voor de aanmelding zijn vastgesteld nog niet zijn verstreken."

A contrario betekent deze bepaling dat wanneer de Commissie een procedure heeft ingeleid, de "autoriteiten van de lid-staten" niet meer bevoegd zijn om bedoelde artikelen toe te passen. De vragen die bij lezing van die tekst rijzen betreffen enerzijds het door de Commissie "inleiden van een procedure", anderzijds — en vooral — het begrip "autoriteiten van de lid-staten". Omvat dit begrip de nationale rechtbanken of is het beperkt tot de eigenlijke kartelautoriteiten zoals die in bepaalde landen bestaan³⁴. In zijn belangrijk arrest van 30 januari 1974 in de Sabam-zaak³⁵ stelde het Hof van Justitie dat het begrip "nationale autoriteiten" uitsluitend betrekking heeft op de nationale autoriteiten wier bevoegdheid uit artikel 88 van het E.E.G.-Verdrag voortvloeit en die derhalve slechts deze rechterlijke instanties omvatten die in sommige lid-staten "inzonderheid belast zijn met de toepassing van het nationale mededingingsrecht of de controle op de wettigheid van de toepassing ervan door de administratieve overheid"³⁶. De term "nationale autoriteiten" duidt dus alleen op die nationale instanties

²⁷ O.m. arrest van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma, 41/69, Jur., 1970, XVI, 661.

²⁸ Zie art. 173 E.E.G.-Verdrag; STORME en MARESCHEAU, *Europese rechtspleging en rechtspraak*, Story-Scientia, 1975.

²⁹ Hof van Justitie, 30 januari 1974, Z. 127/73 (B.R.T. & Sabam t/ Fonior), Jur., 1974, 51.

³⁰ Zie o.m. Voorz. Kh. Nijvel, 1 maart 1973, J.T., 1973, 712, waarbij onder meer een verbod van weigering van verkoop werd uitgesproken; G. SCHRANS, "Over collectieve prijszandhaving en weigering van verkoop in het E.E.G.-Mededingingsrecht", R.W., 1972-73, 1697-1702; Voorz. Kh. Antwerpen, 6 juli 1964, R.W., 1964-65, 314.

³¹ Hof van Justitie, 13 juli 1966, Z. 56 en 58-64 (Consten/Grundig), Jur., 1966, 429; zie in dit verband o.m. Hof Brussel, 7 januari 1969, (Borg Warner t/ Finnenty Dubois), J.T., 1969, 528; Kh. Brussel, 2 september 1967, (Auto Miesse t/ Mack Trucks Inc.) onuitgeg. gecit. door R. JOLIET, "Jurisprudence sur les problèmes relatifs à la création d'un ordre économique européen, rapport national belge", Vle Congrès international de droit européen (mei 1973), p. 27.

³² Zie Rb. Brussel, 4 april 1973, R.W., 1973-74, 2338; I. VEROUGSTRAETE en H. SWENNEN, "Kroniek van Belgisch Economisch Recht", S.E.W., 1974, 493 e.v. Het karakter van openbare orde van de mededingingsregelen werd eveneens erkend in buitenlandse beslissingen (geciteerd door LECOURT, *L'Europe des Juges*, p. 110).

³³ Artikel 9, lid 1, Vo. nr. 17.

³⁴ Bv. in Duitsland het Bundeskartellamt, in Groot-Brittannië de "Monopolies and Mergers Commission", in België de autoriteiten belast met de toepassing van de Wet van 27 mei 1960 over de beteugeling van de misbruiken van de economische machtsposities (commissaris-verslaggever, Raad van "economische geschillen", minister van Economische Zaken).

³⁵ Z 127/73, Jur., 1974, 51; R.W., 1973-74, 2319, met noot van P. EECKMAN; S.E.W., 1974, 376, met noot van J.A. VAN DAMME (380-395) met verwijzing naar de vroegere rechtspraak van het Hof op dit punt.

³⁶ Bv. het Hof van Beroep te Berlijn (Kammergericht) dat beslist over beroep, ingesteld tegen beslissingen van het Bundeskartellamt; de Restrictive Trade Practices Court in Engeland.

die krachtens hun eigen nationaal recht speciaal — ten principale³⁷ — belast zijn met de toepassing van de Wet van 27 mei 1960 over de beteugeling van de misbruiken van de economische machtposities.

De rechterlijke instanties — zoals de Belgische rechtbanken — "te wier overstaan een beroep gedaan wordt op de rechtstreekse werking van artikel 86" (of 85) zijn niet van de verplichting uitspraak te doen ontheven wegens de omstandigheid dat het in artikel 9, lid 3, van Verordening nr. 17 voorkomend begrip "autoriteiten van de Lid-Staten" in bepaalde gevallen ook rechterlijke instanties omvat. Zij zijn niet "verplicht" de voor hen hangende procedure te schorsen of hun beslissing aan te houden wanneer de Commissie een procedure heeft ingeleid³⁸. Zij "kunnen" dit in een dergelijk geval doen indien zij zulks om "redenen van rechtszekerheid noodzakelijk achten". Hierbij zij aangestipt dat het "inleiden" van de procedure door de Commissie een gezagshandeling veronderstelt waardoor de Commissie haar wil te kennen geeft een beslissing te nemen ter uitvoering van de artikelen 2 (negatieve verklaring), 3 (verbod) of 6 (onthefing) van Verordening nr. 17³⁹.

Een loutere melding van ontvangst van een verzoek tot negatieve verklaring of van een aanmelding voor het verkrijgen van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, maakt niet het "inleiden" van een dergelijke procedure uit⁴⁰.

In het Sabam-arrest herhaalt het Hof tenslotte de richtlijn die het reeds in het arrest Haecht II gesteld had voor de nationale rechter:

— indien de onverenigbaarheid met artikel 85/86 "niet in twijfel kan getrokken worden" zal de nationale rechter, ook wanneer de Commissie een procedure heeft ingeleid, "in het algemeen het geding voortgang doen vinden" en zelf uitspraak doen, de inbreuk (eventueel de nietigheid van de overeenkomst indien het een inbreuk op artikel 85 betreft) vaststellen en/of de kwettieuze gedraging verbieden;

— indien de rechter vaststelt dat de betrokken gedraging "klaarblijkelijk" ("manifestement")⁴¹ de mededinging of de handel tussen de lid-staten niet merkbaar ongunstig kan beïnvloeden, wacht de nationale rechter ook best niet op een beslissing van de Commissie om de overeenkomst of de kwes-

tieuze handeling t.a.v. de artikelen 85 en 86 geldig te verklaren;

— alleen wanneer er twijfel bestaat over de verenigbaarheid met genoemde artikelen lijkt het, volgens het Hof, aangewezen te wachten op de beslissing van de Commissie. Zoals gezegd, betreft het zelfs in dit geval geen "verplichting";

— steeds kan de rechter zich tot het Hof van Justitie wenden met een prejudiciële vraag.

Het groot belang van het Sabam-arrest wordt — door de Commissie zelf — gezien in het feit dat het de handhaving van de rechten van particulieren die voor een nationale rechter een beroep doen op de toepassing van de artikelen 85 en 86 op de eerste plaats stelt en de schorsing van de procedure door deze rechter tot het tijdstip van de beschikking van de Commissie, beperkt tot gevallen waarin de toepasselijkheid van de concurrentieregels volgens deze rechterlijke macht aan twijfel onderhevig is⁴². Volgens de Commissie is dit arrest de aanloop voor "een ruimere en meer gedecentraliseerde toepassing van de concurrentieregels in de gemeenschap (...) in alle gevallen van kartels en misbruiken van machtsposities waarin de rechtspraak van het Hof en de bestuurspraktijk van de Commissie duidelijk hebben gemaakt wat rechtens is"⁴³. Meteen is nogmaals door het Hof van Justitie het belang onderstreept van de rol die de nationale rechter — als het ware "le juge communautaire de droit commun"⁴⁴ — vervult bij de toepassing van het gemeenschapsrecht.

3. Het Sabam-arrest lost niet alle problemen op. Deze problemen vinden precies hun oorsprong in het feit dat nationale autoriteiten (al dan niet in de hierboven aangeduide technische betekenis) enerzijds, specifiek communautaire autoriteiten (de Commissie) anderzijds, beiden krachtens de rechtstreekse werking van de E.E.G.-mededingingsregelen bevoegd zijn deze regelen toe te passen hetgeen een gevaar schept voor tegenstrijdige beslissingen.

Aldus zou een nationale rechter op grond van artikel 85 (2) een overeenkomst kunnen nietig verklaren, eventueel schadevergoeding toekennen aan een benadeelde partij terwijl enkele tijd later de Commissie met betrekking tot dezelfde overeenkomst, op grond van artikel 2 Vo. nr. 17 zou kunnen oordelen dat er voor haar geen aanleiding bestaat tegen de overeenkomst op te treden ("negatieve verklaring") of, op grond van artikel 85, lid 3, en artikel 6, lid 1, Vo. nr. 17 een ontheffingsbe-

³⁷ J.A. VAN DAMME in de geciteerde noot, p. 392, nr. 14; zie ook P. EECKMAN, R.W., 1973-74, 2332.

³⁸ Zie in dezelfde zin commentaar op het Sabam-arrest in Vierde Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, 1975, p. 44, nr. 58.

³⁹ Hof van Justitie, 6 februari 1973, Z 48/72 (Haecht II), Jur., 1973, 77.

⁴⁰ Zelfde arrest.

⁴¹ In het Haecht II-arrest wordt de "klaarblijkelijkheid" nog niet vereist; voor een toepassing, zie Rb. Brussel, 15 oktober 1975, J.T., 1976, 493, met noot van L. DERMINE.

⁴² Vierde Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, 1975, p. 44.

⁴³ *Ib.*

⁴⁴ J. MERTENS DE WILMARS, "La jurisprudence de la Cour de Justice comme instrument de l'intégration communautaire", *Cah. dr. eur.*, 1976, 136.

schikking (met terugwerkende kracht) zou kunnen verlenen.

Anderzijds kan men zich indenken dat de nationale rechter een overeenkomst als "geldig" beschouwt terwijl de Commissie een beschikking in de tegenovergestelde zin zou nemen. Deze hypothese is, zoals de praktijk reeds heeft uitgewezen, niet louter denkbeeldig⁴⁵.

In de rechtsleer werd in commentaar op het Sabam-arrest gewezen op deze problemen die kunnen rijzen bij strijdige beslissingen.

De "oplossing" die meestal wordt voorgesteld is, in de mate van het mogelijke, bedoelde problemen te vermijden!

De nationale rechter zal derhalve met de nodige behoedzaamheid gebruik moeten maken van zijn principiële bevoegdheid de artikelen 85 en 86 toe te passen afgezien van het optreden van de Commissie⁴⁶.

In geval van twijfel nopens de verenigbaarheid van een overeenkomst met artikel 85 zal hij wellicht geneigd zijn "in het belang van een goede rechtsbedeling" de zaak te schorsen tot de Commissie uitspraak gedaan heeft.

Een zelfde probleem is overigens eveneens gesteld bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 door de nationale kartelautoriteiten (in de stricte zin, zoals aangeduid in het Sabam-arrest).

In een der commentaren op genoemd arrest werd gesteld dat het weinig waarschijnlijk is dat deze autoriteiten de E.E.G.-mededingingsregelen zullen toepassen doch dat zij zich zullen beperken tot toepassing van het nationale kartelrecht⁴⁷.

⁴⁵ Zie o.m. zaak "Advocaat Zwarte Kip", Kh. Kortrijk, 24 mei 1973, in Franse vertaling gepubliceerd in *Ing. Cons.*, 1973, 50, waarbij een vordering wegens merkinbreuk werd ingewilligd en de verweerder veroordeeld werd tot schadevergoeding terwijl de Commissie, bij beschikking van 24 juli 1974 (P.B., nr. L 237 van 29 augustus 1974, p. 12), optredend op verzoek van verweerder, een onderliggende overeenkomst van 1938 strijdig achtte met artikel 85, lid 1, en diegene die als eiser voor de nationale rechtbank in het gelijk was gesteld ertoe verplichtte "zich ervan te onthouden het vrije verkeer van goederen, die het merk Advocaat Zwarte Kip dragen, te beletten tussen Nederland, België en Luxemburg"; zie ook Voorz. Kh. Brussel, 23 maart 1962, ASPA en Cons./Superbazars, J.T., 1962, 298; Commissie, 30 juni 1970, P.B., nr. L 148 van 8 juli 1970, p. 9.

⁴⁶ Zie hierover: L. DEFALQUE, "Compétence préjudicielle de la Cour de Justice en matière d'ententes et de position dominante", *Cah. dr. eur.*, 1975, 68-78, vooral 77-78; IAN S. FORRESTER, "Complement or overlap? Jurisdiction of national and Community bodies in Competition matters after Sabam", *CMLR*, 1974, 171-182 (vooral 179-182); J. VAN DAMME, *op. cit.*, pp. 395-396: "De nationale instanties zullen er dus zorg moeten voor dragen, dat zij niet ergens door de kracht van het gewijsde van een door hen uit te spreken beslissing gekneld geraken, wanneer nog een strijdige beschikking van de Commissie kan tussenkomen"; volgens VAN RYN en HEENEN is de Commissie niet gebonden door een beslissing van de nationale rechter terwijl laatstgenoemde wel gebonden is door de beschikkingen van de Commissie (*op. cit.*, p. 307, nr. 298): de juridische rechtvaardiging voor deze dubbele regel lijkt niet in alle hypothesen even duidelijk.

⁴⁷ IAN S. FORRESTER, *op. cit.*, p. 179.

Deze uitspraak is voor twijfel, zoniet betwisting, vatbaar. In de praktijk lijkt er wel reeds nauwe samenwerking — die overigens ook gedeeltelijk steunt op bepalingen van Verordening nr. 17⁴⁸ — te bestaan tussen nationale en communautaire autoriteiten met het oog op het vermijden van tegenstrijdigheid in de beslissingen⁴⁹. Samenwerking veronderstelt in de eerste plaats dat de onderscheiden instanties elkaar op de hoogte brengen van de voor hen hangende procedures of/ en van de beslissingen waartoe deze procedures leiden. Indien deze voorwaarde in het kader van de samenwerking tussen de Commissie en nationale kartelautoriteiten grotendeels vervuld lijkt, is er blijkbaar nog heel wat te doen op het gebied van wederzijdse voorlichting tussen Commissie en nationale rechtbanken die meestal aangewezen zijn op hetgeen partijen hun op dit specifiek punt (hun positie tegenover de Commissie) kwijt willen⁵⁰.

4. Over de vraag welke waarde, in afwachting van een uitspraak over de al dan niet geldigheid door de Commissie of door de nationale rechter, toegekend moet worden aan een (nieuwe) aangeelde of niet-aanmeldingsbehoeftige overeenkomst, bestaat nog onzekerheid.

Indien men nog zou kunnen spreken over "voorlopige geldigheid" zou het toch geen "efficacité intégrale"⁵¹ meer zijn doch slechts een "beperkte geldigheid"⁵², hetgeen bepaalde auteurs de voorkeur doet geven aan de term "précarité"⁵³ of "voorlopige nietigheid in de zin van de 'Schwebende Unwirk-samkeit' van de Duitse GWB"⁵⁴.

Hoogstens zouden op grond van dergelijke over-

⁴⁸ Zie de artikelen 10 tot en met 14.

⁴⁹ Wat de verhouding tussen het Bundeskartellamt en de Commissie betreft, zie K. MARKERT, "Some legal and administrative problems of the coexistence of Community and national competition in the EEC", *CMLR*, 1974, 92-104 (zie onder meer p. 100: "The German Federal Cartel Office has adopted, in consultation with the EC Commission, internal administrative rules to enable a coordination of proceedings on particular cases").

⁵⁰ Zie wat de moeilijkheid betreft te weten te komen of een overeenkomst aangemeld werd bij de Commissie: Voorz. Kh. Nijvel (vordering tot staking), 1 maart 1973, J.T., 1973, 712: "Attendu que si les défenderesses font valoir (note d'audience p. 49, 2) que l'entente qui existe a été régulièrement déclarée à la Commission du Marché commun dans le cadre des réglemens pris par elle, on ne peut en déduire clairement que leurs pratiques commerciales appliquant les conditions générales de vente aient été notifiées aux autorités compétentes de la C.E.E."; uit de beschikking van de Commissie in dezelfde zaak (23 juli 1974, P.B., nr. L 237/3 van 29 augustus 1974) blijkt dat er een aanmelding geschiedde op 30 oktober 1962.

⁵¹ M. WAELBROECK, "Que reste-t-il de la validité provisoire des ententes?", *Cah. dr. eur.*, 1974, 169-180 (179).

⁵² W. VAN GERVEN, noot onder Hof van Justitie, 6 februari 1973, S.E.W., 1973, 337-348 (343-344).

⁵³ ANT. BRAUN, noot onder hetzelfde arrest, J.T., 1973, 461.

⁵⁴ J.A. VAN DAMME, noot onder Sabam-arrest van 30 januari 1974, S.E.W., 1974, 380-396 (396).

eenkomsten "voorlopige" maatregelen kunnen worden gevorderd⁵⁵.

Zo de partijen de uitvoering van dergelijke overeenkomst niet in rechte zouden kunnen afdwingen, zou het voorlopig karakter ervan partijen evenmin toelaten zich van de afspraak bevrijd te achten⁵⁶.

De relatieve rechtszekerheid werd in dit systeem dat volgt uit de rechtspraak van het Hof, ondergeschikt geacht aan het beginsel van de rechtstreekse werking van artikel 85 (86) en aan de declaratieve werking van de nietigheidssanctie⁵⁷.

Partijen bij een dergelijke overeenkomst moeten zich derhalve bewust zijn van de daaraan, niettegenstaande de aanmelding, verbonden risico's.

5. De bestaande Belgische rechtspraak op Europees kartelrechtelijk gebied (tot einde 1972) werd op uitstekende wijze samengevat en gecommentarieerd door Joliet in zijn rapport voor het zesde Congres van de "Fédération internationale pour le droit européen" (F.I.D.E.), gehouden te Luxemburg van 24 tot 26 mei 1973⁵⁸.

Hij kenmerkte deze rechtspraak als "extrêmement abondante" (een vijftigtal beslissingen in de besproken periode) doch "d'un intérêt fort limité"⁵⁹.

De beslissingen sinds einde 1972 vindt men, meestal geannoteerd, in de gekende vaktijdschriften⁶⁰. Zij duiden veelal op een groeiende, soms grondige kennis, van het E.E.G.-kartelrecht waarvan de draagwijdte op belangrijke punten werd vastgesteld.

Men kan slechts betreuren dat er blijkbaar nog talrijke beslissingen gewezen worden met betrekking tot het Europees kartelrecht die niet gepubliceerd zijn. Elke beslissing die enig belang heeft dat uitstijgt boven het strikte "cas d'espèce" zou gepubliceerd moeten worden⁶¹.

⁵⁵ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 344.

⁵⁶ J.A. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 396.

⁵⁷ Commissie Europese Gemeenschappen, derde verslag over het mededingingsbeleid, mei 1974, pp. 19-20.

⁵⁸ R. JOLIET, "Jurisprudence sur les problèmes relatifs à la création d'un ordre économique européen", gepubliceerd in *La Jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, Kölner Schriften zum Europarecht, Band 24, (Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1976, p. 633 e.v., 650-667).

⁵⁹ P. 650.

⁶⁰ O.m. Voorz. Kh. Nijvel (vordering tot staking), 1 maart 1973, *J.T.*, 1973, 713; G. SCHRANS, "Over collectieve prijs-handhaving en weigering van verkoop in het E.E.G.-mededingingsrecht", *R.W.*, 1973-74, 2338-2345; Rb. Brussel, 4 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2338-2345 (rechtstreekse werking van artikel 86 — principieel ambtshalve door rechtbank in te roepen); Rb. Brussel, 30 oktober 1975 (Time limit t/ Sabam), *J.T.*, 1976, 444, met "observations" door H. VAN LIER; zie ook *Ing. Cons.*, 1976, 202, met noot van L. DEFALQUE; Rb. Brussel, 15 oktober 1975, *J.T.*, 1976, 493, met noot van L. DERMINE.

⁶¹ Dit geldt overigens niet alleen voor beslissingen i.v.m. Europees kartelrecht.

Aan het overzicht van Joliet ontleen we ten slotte de volgende algemene beschouwingen:

— wanneer artikel 85, lid 1, werd ingeroepen was het bijna altijd bij wijze van exceptie tegen een vordering tot uitvoering van of wegens inbreuk op een contract⁶²;

— de "alleenverkoopovereenkomsten" bleken de vruchtbaarste bodem voor geschillen betreffende de toepassing van artikel 85 van het verdrag;

— gevallen betreffende "horizontale overeenkomsten" waren in verhouding tot betwistingen omtrent verticale overeenkomsten (concessiegever t.o.v. concessiehouder) vrij zeldzaam⁶³;

— eveneens zeldzaam, zelfs zeer uitzonderlijk, zijn de gevallen waar op grond van schending van artikel 85/86 schadevergoeding werd gevorderd⁶⁴;

— de gewezen beslissingen geven niet altijd blijk van een voldoende kennis van het E.E.G.-kartelrecht zoals het door de Commissie en het Hof van Justitie wordt uitgelegd of/en toegepast⁶⁵.

Dit gebrek aan kennis leidde soms tot te grote terughoudendheid — een "interprétation excessive-ment timide" — bij de toepassing van artikel 85 zonder dat de nationale rechter het nodig oordeelde het Hof van Justitie een vraag om interpretatie voor te leggen.

De beslissingen, gewezen vanaf 1973 lijken erop te duiden dat op de zoëven vermelde punten de situatie vlug aan het evolueren is:

⁶² Zie ook P. VERLOREN VAN THEMAAT, "Jurisprudences sur les problèmes relatifs à la création d'un ordre économique", in *La Jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, p. 512.

⁶³ Bv. Kh. Doornik, 10 januari 1964, *J.T.*, 1964, 447; Hof Brussel, 25 juni 1964, *J.T.*, 1964, 576 (overeenkomst betreffende niet-producen en beperking van verkoop); Hof Brussel, 1 juni 1962, *J.T.*, 1962, 459 (collectieve boycot); Hof Brussel, 19 februari 1969, *J.T.*, 1969, 241 (collectieve prijshandhaving); Voorz. Kh. Antwerpen, 6 juli 1964, *R.W.*, 1964-65, 314 (overeenkomst i.v.m. toekennen van getrouwheidspremies).

⁶⁴ Hof Brussel, 1 juni 1962, *J.T.*, 1962, 459 (Spierkel t/ Agence et Messageries de la Presse); Cass., 22 mei 1964, *R.W.*, 1965-66, 337; Hof Brussel, 19 februari 1969, (Onckelinx t/ Beaumaine), *J.T.*, 1969, 241; over het recht op schadevergoeding in dergelijke gevallen zie o.m. RENAULD en DALQ, "L'acte constituant une méconnaissance par une entreprise de règles communautaires qui lui sont directement applicables ouvre-t-il une action en cessation ou en réparation en droit national", Belgisch rapport voor het "2ème colloque international de droit européen", 1963 (uitg. Tjeenk Willink, Zwolle); G. SCHRANS, "Burgerlijke sancties bij inbreuk op het Europees kartelrecht", *T.P.R.*, 1966, 369 e.v.; L. NEELS, "Overzicht van rechtspraak, Europees kartelrecht (1970-1973)", *T.P.R.*, 1974, nr. 60-61, pp. 770-772.

⁶⁵ Voorz. Kh. Brussel, 23 maart 1962, Aspa e.a. t/ Superbazars, *J.T.*, 1962, 298 (vergel. Commissie, beschikking van 30 juni 1970, *P.B.*, nr. L148 van 8 juli, p. 9); Hof Brussel, 19 februari 1969 (Onckelinx t/ Beaumaine), *J.T.*, 1969, 241; Hof Brussel, 1 juni 1962, *J.T.*, 1962, 459 (Spierkel t/ Agence et Messageries de la Presse); zie ook de kritiek van M. WAELBROECK, "Jurisprudence sur les problèmes généraux de l'intégration", in *La Jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, p. 97 i.v.m. Rb. Turnhout, 28 juni 1967, *R.W.*, 1967-68, 308.

— Meer en meer lijken de E.E.G.-kartelbepalingen de basis te zullen bieden voor een hoofdvordering gericht tegen met artikel 85/86 strijdig geachte overeenkomsten of gedragingen. Daarbij mag een toename verwacht worden van rechtsgedingen, gericht tegen horizontale afspraken (o.m. prijsovereenkomsten, collectieve boycot). De "vordering tot staking" zal hier wellicht het geëigend instrument blijken.

— Men lijkt ook meer vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van de E.E.G.-regelen te mogen verwachten. In de mate dat de inhoud en draagwijdte van deze regelen, door de arresten van het Hof van Justitie en de beschikkingen en bekendmakingen van de Commissie steeds meer worden verduidelijkt, zal de overtreding ervan gemakkelijker worden beschouwd als een "fout" in de zin van artikel 1382 B.W. Vooralsnog lijkt het echter zeker overdreven bedoelde overtreding "ipso facto" als een fout die op grond van artikel 1382 B.W. tot schadevergoeding aanleiding moet geven, te be-

schouwen. Ieder geval zal in concreto beoordeeld moeten worden waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de overeenkomst, de al dan niet verplichte en/of verrichte aanmelding, de mogelijkheid van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, enz.

— De rechtbanken zullen steeds meer vertrouwd worden met het Europees recht. In voorkomend geval zullen zij de toepassing van de artikelen 85 en 86 ambtshalve opwerpen. De hoop mag uitgedrukt worden dat zij meer rekening houden niet alleen met de "rechtspraak" van de Commissie en van het Hof van Justitie maar ook met buitenlandse rechtspraak⁶⁷ en dat zij niet aarzelen om eventueel, al zij het ten koste van een snelle afhandeling, het Hof van Justitie te raadplegen en aldus bij te dragen tot de noodzakelijke "samenwerking" waarop de communautaire rechtsorde steunt⁶⁸.

Ludovic DE GRUYSE

⁶⁷ Een interessante vindplaats hiervoor is de regelmatige "Chronique des décisions nationales" in *Cahiers de droit européen* (zie o.m. 1976, 248-333; 1975, 310-349).

⁶⁸ J. MERTENS DE WILMARS, "De Communautaire lering van de nationale rechtspraken", R.W., 1969-70, 1905-1914.

⁶⁶ JOLIET, op. cit., p. 652.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 20 MEI 1976

Voorzitter : de h. Perrichon

Raadsheer-rapporteur : de h. Closon

Advocaat-generaal : de h. Colard

Advocaten : mrs. Houtekier en Simont

1. Afstamming—Erkenning van natuurlijk kind—Betwisting door erkenner—Vergoedingsaanspraak van de moeder—2. Gerechtskosten—Beide partijen in het ongelijk gesteld.

1. Elke erkenning van een natuurlijk kind kan betwist worden door ieder die daarbij belang heeft. Deze bepaling is van toepassing op degene die de erkenning heeft gedaan, ook al is ze leugenachtig. De natuurlijke afstamming heeft immers betrekking op de staat van de personen en bijgevolg op de openbare orde, en het is in overeenstemming met het maatschappelijk belang dat de erkenning met de waarheid strookt.

Wettelijk verantwoord is het arrest dat, om haar eis tot schadevergoeding af te wijzen, erop wijst dat de moeder van het kind wiens erkenning op initiatief van de erkenner vernietigd wordt, niet bewijst dat zij een materiële of morele schade heeft geleden die rechtstreeks in verband stond met de erkenning waarmee zij destijds instemde en waarvan zij de gevolgen aanvaardde.

2. Als de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, kan de feitenrechter krachtens art. 1017, lid 1, Ger.W. een van de partijen in alle kosten verwijzen.

T. t/ W. en De P.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 maart 1975 door het Hof van beroep te Brussel gewezen ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 184, 339, lid 1, 1108, 1109 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de vordering van de eerste verweerder tot betwisting van de erkenning van het vaderschap van de kinderen J. en R. ontvankelijk verklaart op grond dat artikel 339, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek aan ieder die daarbij belang heeft het recht toekent een erkenning van vaderschap te betwisten ; dat deze bepaling algemeen is ; dat zij de ex-echtgenoot van de moeder van het kind, ook al is hij de erkenner, toestaat te bewijzen dat de erkenning leugenachtig was,

terwijl, eerste onderdeel, eiseres in haar conclusie van hoger beroep uitdrukkelijk had betoogd dat artikel 339 van het Burgerlijk Wetboek slechts schijnbaar algemeen was en door te spreken, enerzijds, van de vader of de moeder die de erkenning heeft gedaan en, anderzijds, van alle derden die bij de betwisting ervan belang hebben, de redactie van deze bepaling aantoonde dat de litigieuze betwisting tegen hen maar niet door hen of voor hen

kan worden ingesteld, wat bevestigd wordt door de vergelijking van de artikelen 184 en 339 van het Burgerlijk Wetboek, zodat, indien de toestemming niet gebrekkelijk is, degene, die een erkenning met daarna een wettiging heeft gedaan, niet gerechtigd is om ze te betwisten (schending van de artikelen 184, 339, 1108 en 1109 van het Burgerlijk Wetboek) ;

tweede onderdeel, eiseres in haar conclusie van hoger beroep uitdrukkelijk had betoogd dat de erkenning van vaderschap gelijkstaat met een bekentenis die bindend is voor degene die ze heeft gedaan ; het arrest deze conclusie niet heeft beantwoord (schending van artikel 97 van de Grondwet) ; het arrest aldus de in het middel aangehaalde bepalingen heeft geschonden :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat het middel, in zoverre het zich beroept op de schending van de artikelen 184, 1108 en 1109 van het Burgerlijk Wetboek, niet ontvankelijk is daar deze wettelijke bepalingen geen betrekking hebben op de aangevoerde grief ;

Overwegende dat, voor het overige, volgens artikel 339 van het Burgerlijk Wetboek, elke erkenning van een natuurlijk kind betwist kan worden door ieder die daarbij belang heeft ;

Overwegende dat deze bepaling algemeen is en van toepassing is zowel op degene die de erkenning heeft gedaan, ook al is ze leugenachtig, als op elke andere belanghebbende ;

Dat immers de natuurlijke afstamming betrekking heeft op de staat van de personen en, bijgevolg, op de openbare orde ;

Dat het met het maatschappelijk belang in overeenstemming is dat de erkenning met de waarheid strookt en dat de erkenner wordt toegelaten te bewijzen dat de staat van de personen is vervalst door zijn leugenachtige verklaring ;

Overwegende dat het arrest wettelijk beslist dat de eerste verweerder, ex-echtgenoot van eiseres, het recht heeft de erkenning van de twee kinderen te betwisten ;

Dat het middel in dat opzicht naar recht faalt ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat het arrest, door de beslissing dat de verweerder W. ontvankelijk is om zijn erkenning van vaderschap te betwisten, impliciet doch zeker overweegt dat hij niet gebonden is door de bekentenis die deze erkenning impliceert ; dat het arrest dus geantwoord heeft op de conclusie van de eiseres ;

Dat het tweede onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 339, lid 1, 1382 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, na vernietiging van de door de verweerder R.W. gedane verklaringen van vaderschap van de twee kinderen J. en R. afwijzend beschikt op de rechtsvordering van eiseres tot veroordeling van de verweerder R.W. om haar schadevergoeding te betalen, op grond dat R.W. uitdrukkelijk heeft erkend dat zijn verklaring van erkenning van het vaderschap van die twee kinderen opzettelijk leugenachtig was ; dat eiseres evenwel niet bewijst dat zij een materiële of morele scha-

de heeft geleden die in rechtstreeks oorzakelijk verband stond met een handeling waarmee ze destijds instemde en waarvan ze de gevolgen aanvaardde,

terwijl, eerste onderdeel, eiseres in haar conclusie van hoger beroep betoogde dat R.W. was veroordeeld om haar voor de beide kinderen een onderhoudsgeld te betalen, dat zij mocht verwachten dat dit onderhoudsgeld voor de twee kinderen tot hun meerderjarigheid zou worden betaald en dat de stopzetting van deze betalingen, door verweerders toedoen, haar, derhalve, schade had berokkend ; het arrest deze conclusie niet heeft beantwoord en het ontbreken van een oorzakelijk verband tussen deze schade en de gedragingen van R.W., rehtens niet genoegzaam heeft verantwoord (schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 339, lid 1 en 1382 van het Burgerlijk Wetboek) ;

tweede onderdeel, het feit dat eiseres heeft ingestemd met de leugenachtige verklaring van erkenning van het vaderschap van R.W. en er de gevolgen van heeft aanvaard, het oorzakelijk verband niet kan uitschakelen tussen deze leugenachtige erkenning en haar betwisting en de door eiseres geleden schade (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

derde onderdeel, niet alleen de erkenning van het vaderschap een fout van de verweerder R.W. is, maar de rechtsvordering tot betwisting van deze erkenning eveneens haar oorsprong vindt in deze fout en eiseres benadeelt door op onbezonnen wijze de staat van haar twee kinderen te wijzigen (schending van de artikelen 339, lid 1, en 1382 van het Burgerlijk Wetboek) ;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat eiseres "niet bewijst dat zij een materiële of morele schade heeft geleden die rechtstreeks in verband stond met een handeling waarmee zij destijds instemde en waarvan zij de gevolgen aanvaardde" en beslist dat "de vordering tot vergoeding die zij in eigen naam heeft ingesteld niet gegrond is" ;

Overwegende dat het arrest daardoor vaststelt dat er tussen de fouten van de eerste verweerder en de door eiseres aangevoerde persoonlijke schade geen oorzakelijk verband bestaat ;

Dat het arrest aldus passend antwoordt op de conclusie van eiseres en zijn beslissing wettelijk verantwoordt ;

Overwegende dat, wat het overige betreft, het middel in zoverre het de soevereine beoordeling van de feiten-rechter bekritiseert, niet ontvankelijk is ;

Dat geen enkel onderdeel van het middel kan worden aangenomen ;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de verweerder R.W. veroordeelt om aan eiseres qualitate qua het bedrag van 40.000 frank schadevergoeding per kind te betalen en beveelt dat de aan deze twee minderjarige kinderen toegekende bedragen onder de controle van de voogdijorganen op een op naam van elk van die kinderen geopend spaarboekje geplaatst zullen worden en dat deze bedragen tot hun meerderjarigheid of ontvoogding onbeschikbaar zullen blijven, op grond dat de eerste rechter de schade van de twee kinderen juist heeft beoordeeld en dat hij, krachtens artikelen 389, lid 4, van het Burgerlijk Wet-

boek terecht heeft beslist dat het belang van de kinderen de litigieuze plaatsing van het geld vereiste,

terwijl, eerste onderdeel, eiseres in haar conclusie van hoger beroep uitdrukkelijk betoogde dat de eerste rechter de schade van elk der twee kinderen heeft onderschat; dat het billijk is, gelet op de huidige economische omstandigheden en op de stijging van de kosten van levensonderhoud, de schade van elk kind op 100.000 frank te ramen; het arrest deze conclusie niet heeft beantwoord (schending van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, eiseres in haar conclusie van hoger beroep uitdrukkelijk betoogde dat niet was aangetoond dat de plaatsing van de aan de kinderen toekomende bedragen op een spaarboekje van de Spaar- en Lijfrentekas het beste voor hen zou zijn, rekening houdend met de door die instelling toegekende interest; het arrest deze conclusie niet heeft beantwoord (schending van artikel 97 van de Grondwet);

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest in antwoord op de in het middel bedoelde conclusie, beslist dat "de eerste rechter, door aan de kinderen 40.000 frank schadevergoeding toe te kennen, de schade juist heeft beoordeeld", wat impliceert dat, volgens het oordeel van de rechter, niettegenstaande de economische omstandigheden en de stijging van de kosten van levensonderhoud, de kinderen van eiseres aldus een billijke vergoeding zullen ontvangen;

Dat het hof van beroep derhalve de conclusie van eiseres passend beantwoordt;

Dat dit onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest erop wijst "dat de eerste rechter krachtens artikel 389, lid 4, van het Burgerlijk Wetboek terecht besliste... dat het belang van de kinderen vereiste dat de voor hun schade toegekende bedragen onder de controle van de voogdijorganen zouden gestort worden op een op hun respectieve naam geopend boekje bij de Algemene Spaar- en Lijfrente Kas, en hun integraal zal worden overhandigd op de dag dat ze meerderjarig of ontvoegd worden";

Dat aldus het arrest, door te overwegen dat het belang van de kinderen de plaatsing van de vergoedingen op een spaarboekje vereist de stelling van eiseres weerlegt en haar conclusie passend beantwoordt;

Dat dit onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist;

Over het vierde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1017, gewijzigd bij de wet van 24 juni 1970, 1042 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest eiseres veroordeelt om alle kosten van het hoger beroep te betalen, op grond dat in artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek het beginsel is neergelegd dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden verwezen; dat zo het billijk is dat de verweerder W. de helft van de kosten van eerste aanleg moet betalen, die door zijn toedoen en in zijn belang werden gemaakt, zulks niet het geval is voor de kosten van het hoger beroep dat op initiatief van eiseres, vrij-

willig tussenkomende partij, werd ingesteld,

terwijl, eerste onderdeel, de verweerder W. in zijn tegenberoep in het ongelijk werd gesteld; eiseres, hoewel zij op haar beurt in haar oorspronkelijk hoger beroep in het ongelijk werd gesteld, echter ten onrechte werd verwezen in alle kosten van hoger beroep (schending van de artikelen 1017 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, het feit dat eiseres het initiatief tot het oorspronkelijk hoger beroep heeft genomen, het niet mogelijk maakt eiseres regelmatig te verwijzen in alle kosten van hoger beroep wanneer de geïntimeerde partij een tegenberoep heeft ingesteld waarin zij in het ongelijk werd gesteld (schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1017 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek);

Overwegende dat wanneer, zoals ten deze, de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld de feitenrechter, krachtens artikel 1017, lid 1, van het Gerechtelijk Wetboek, één van de partijen in alle kosten kan verwijzen;

Dat geen enkel onderdeel van het middel kan worden aangenomen;

En overwegende dat door de verwerping van de voorziening de door eiseres tegen de tweede verweerder ingestelde vordering tot bindendverklaring van het arrest, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening en de vordering tot bindendverklaring van het arrest;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

NOOT—*Vernietiging van leugenachtige erkenning op initiatief van de erkennner*

1. Met dit arrest bevestigt het Hof van Cassatie zijn met de traditionele visie van de Belgische rechtspraak¹ strokend standpunt dat de erkennner zelf de vernietiging mag vorderen van een leugenachtige erkenning (men denkt vnl. aan de erkenning uit inschikkelijkheid t.o. de moeder — *reconnaissance de complaisance*). Dit standpunt werd eerder verwoord door het Hof van Cassatie in Cass., 28 maart 1974, R.W., 1974-75, 343; J.T., 1974, 427; R.C.J.B., 1974, 483, met noot van F. RIGAUX, "La contestation d'une reconnaissance d'enfant naturel mensongère et l'ordre public". Zie C. PAULUS, "Oprechtheid of stabiliteit? Betwisting van een leugenachtige erkenning", in *Recht in beweging (Opstellen aangeboden aan Prof. mr. Ridder R. Victor)*, II, Antwerpen, 1973, pp. 735-743, dat de problematiek kritisch schetst (geschreven vóór voormeld artikel); en in dezelfde zin, de kritiek op dit arrest door F. RIGAUX, in *Gezinsrecht*, Gent, 1975, p. 317, nr. 232.

Ik zou niet overhaast de houding van ons Hof van Cassatie afkeuren, dat de waarheid verkiest boven de rechtszekerheid voor het kind. Inderdaad kan men aan de erkenning, die niet met de biologische werkelijkheid strookt, niet even definitieve gevolgen hechten als aan de adoptie, de enige techniek die ons recht gewild ter beschikking stelt om een juridische afstammingsband te creëren welke niet op bloedverwantschap gebaseerd is. Bij adoptie krijgt de adoptant ruimschoots de kans om over de ernst van zijn stap na te denken, en oefent ook de overheid een dubbele controle uit. Hoe kan men t.o.v.

¹ Sinds Rb. Brussel, 3 december 1892, *Pas.*, 1893, III, 126; een vroege uitzondering: Hof Brussel, 22 november 1910, *Pas.*, 1911, II, 34.

² De oudere rechtsleer was verdeeld. *Pro* betwisting door de erkennner: ARNTZ, I, nr. 603; LAURENT, IV, nr. 78; DE PAGE, I, nr. 1147; *contra*: THIRY, I, nr. 460; KLUYSKENS, VII, nr. 573.

de complexiteit van de adoptieprocedure aan de qua vormen zo eenvoudige erkenning gevolgen met hetzelfde definitieve karakter toekennen, als blijkt dat de basis, het bestaan van bloedverwantschap, onbestaande is?

Wel valt iets te zeggen voor de invoering van een bepaling geïnspireerd op (het nieuwe) art. 339, 3e lid van het Franse B.W.: als er minstens tien jaar bezit van staat is geweest conform de erkenning, is de betwisting niet meer ontvanke-lijk, zolang zij niet uitgaat van de andere ouder, van het kind zelf of van hen die beweren dat ze de echte ouders zijn (vgl. RIGAUX, o.c., R.C.J.B., 1974, p. 495, nr. 19). Een dergelijke oplossing komt wellicht beter tegemoet aan de belangen van de erkende, dan het louter toekennen van schadevergoeding (hieronder, nr. 3).

2. De Belgische rechtspraak, die sterk aanleunt bij de Franse, legt bij de erkenning sterk de nadruk op het aspect *bekentenis*, terwijl in het Nederlandse recht het aspect *rechtshandeling* geaccentueerd wordt. De verschillende optiek heeft vooreerst gevolgen voor de vraag of de erkenner zelf de erkenning wegens strijd met de waarheid kan betwisten. Een bekentenis vervalt als wordt bewezen dat ze niet met de waarheid strookt, een rechtshandeling is het gewild opnemen van verplichtingen, waarvan men zich niet kan ontdoen als naderhand de wil om ze te vervullen gaat ontbreken. De Nederlandse Hoge Raad besliste reeds lang geleden dat de erkenner zijn leugenachtige erkenning niet ongedaan mag maken (H.R., 6 november 1930, N.J., 1931, 94) en het huidige Nederlandse B.W. bevestigt die houding (art. 225; één uitzondering: wilsgebrek of minderjarigheid; zie ASSER-DE RUITER, I, pp. 91 e.v.).

Daarenboven beïnvloedt het aangestipt verschil in optiek de houding inzake het vertrekpunt van de gevolgen van de erkenning. In de optiek van de *bekentenis* oordeelt men, naar Belgisch recht, dat de erkenning *declaratieve* uitwerking heeft: ze werkt met terugwerkende kracht (wie vandaag verklaart dat hij vader is, is vader geweest vanaf de verwekking van het kind). In de optiek van de *rechtshandeling* beslist men naar Nederlands recht dat de erkenning slechts gevolgen heeft voor de toekomst (wie vandaag verklaart dat hij vader is, neemt vandaag het juridisch vaderschap op zich). Zie Ned. B.W. art. 222; PETIT, *Hoofdtrekken*, pp. 230-232 en 241-243.

We kunnen hier niet ingaan op de bezwaren die een houding zoals de Belgische in de praktijk oplevert, bezwaren die tot rechtspraak geleid hebben die in strijd is met het principe van de retroactiviteit (zo staat het geenszins vast dat inzake onderhoudsgeld de erkenning ten volle retroactief werkt — zie bv. de overvloedige rechtspraak omtrent de veronderstelling dat een kind erkend werd nadat het een uitkering op grond van art. 340b B.W. heeft verkregen).

Daarom lijkt het wel de moeite, naar aanleiding van de a.s. hervorming van het afstammingsrecht, de voordelen van de Nederlandse opvatting grondig te overwegen. Niets belet de met de waarheid strijdige erkenning in hoofde van de erkenner onaantastbaar te maken, als de *wetgever* wenst deze vorm van juridische afstammingsbewerking naast de adoptie te gedogen. Een meer voluntaristische benadering van de erkenning kan vooral nuttig zijn betreffende de gevolgen van de erkenning: men heeft er voordeel bij de erkenning alleen voor de toekomst gevolgen te verlenen (met één uitzondering misschien: aan de andere ouder zou wellicht expliciet een recht op terugvordering van een deel van de kosten die hij spendeerde voor onderhoud en opvoeding van het kind verleend kunnen worden).

3. De vernietiging van de erkenning door de erkenner zal meestal voor het kind schade meebrengen. Vergoeding voor die schade kan het kind krijgen op grond van art. 1382 B.W. Sinds lang wordt dit door de Belgische rechtspraak aangenomen (Rb. Doornik, 27 maart 1924, *Pas.*, 1924, III, 148; *Rev. prat. not.*, 1925, 133; Rb. Brussel, 12 april 1930, *P.P.*, 1930, nr. 278, p. 441; *J.T.*, 1930, 391; *Rev. prat. not.*, 1931, 502; *Rev. resp.*, 1930, 638; Hof Brussel, 15 oktober 1968, *Pas.*, 1969, II, 5; Rb. Brussel, 9e K., 16 april 1971, *J.T.*, 1971,

443; *Pas.*, 1971, 39; R.G.A.R., 1971, 8700; *Cass.*, 20 mei 1976, hier besproken)³. De rechtsleer denkt er niet anders met noot; *D.*, 1960, 10, met noot van J. SAVATIER; *Cass. fr.*, over⁴.

De schuld van de erkenner vloeit hieruit voort dat hij door het betwisten van de erkenning (iets waartoe hij weliswaar het *recht* bezit), terugkomt op een erkenning die hij weliswaar *kon*, maar niet *mocht* verrichten. De aanspraak van het kind op schadevergoeding toont ongetwijfeld aan dat een van de vereisten voor de erkenning is dat de erkenner de biologische ouder is van het kind. Wie niet de biologische ouder is kan feitelijk veelal tot de erkenning overgaan, aangezien de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris zijn onderzoeken niet uitstrekken mag buiten het verifiëren en vergelijken van de leeftijden van erkenner en erkende, maar het is hem niet geoorloofd het kind te erkennen.

Zal men de schuld van de erkenner aanhouden als niet hij de erkenning betwist? Het lijkt me twijfelachtig maar niet uitgesloten: in die hypothese neemt de erkenner niet het initiatief tot de betwisting, maar heeft hij zich toch initieel schuldig gedragen door de erkenning te verrichten.

Welke schade kan het kind doen vergoeden? Vooreerst extra-patrimoniale schade, die ontstaat doordat zijn staat en vooral zijn *naam* gewijzigd wordt. In drie van de vijf aangehaalde gevallen was de erkende ruimschoots meerderjarig ten tijde van de betwisting en werd alleen met extra-patrimoniale schade rekening gehouden (het verlies van erfrecht kwam niet ter sprake). Substantiële sommen werden nochtans toegekend: 5.000 fr. (Hof Doornik, 27 maart 1924), 60.000 fr. (Hof Brussel, 15 oktober 1968), behalve in een geval waarin de meerderjarige een gehuwde vrouw was (1.000 fr., Rb. Brussel, 12 april 1924; men liet gelden dat ze een uitstekende opvoeding had genoten en dat de betwisting geen invloed bleek te hebben op de houding van haar echtgenoot te haren opzichte; wellicht werd aan de naamswijziging niet zwaar getild omdat de erkende als gehuwde vrouw feitelijk onder de naam van haar man bekend was).

Extra-patrimoniale schade zal ingeval de erkende ten tijde van de betwisting zeer jong is veelal beperkt zijn (zie Rb. Brussel, 16 april 1971), de patrimoniale schade des te aanzienlijker (onderhouds- en opvoedingskosten). Wel moet onderstreept worden dat de betwisting niet noodzakelijk grote patrimoniale schade voor het kind veroorzaakt. Zo indien bij de vernietiging van een eerste erkenning, een opvolgende erkenning, verricht door een vermogend man, gevolgen bewerkt. Vervolgens moet er rekening mee gehouden worden dat het kind bij ontstentenis van vader voor zijn onderhoud en opvoeding een beroep kan doen op zijn moeder en het eigenlijk maar schade lijdt in zover zij alleen het niet even degelijke opvoeding kan verstrekken als zij het met de hulp van de vader zou kunnen.

In de twee ons bekende gepubliceerde gevallen lijkt het er niet naar dat de rechtbank de vergoeding van de volledige patrimoniale schade (gemeten naar de kosten van onderhoud en opvoeding) op het oog heeft gehad: ze kende nl. resp. 10.000 fr. (Rb. Brussel, 16 april 1971) en 40.000 fr. (*Cass.*, 20 mei 1976) toe. Lijkt het onmogelijk dat men er ooit toe zou komen het kind het gekapitaliseerd bedrag van de onderhouds- en opvoedingsbijdragen van de vader toe te kennen?

4. Reeds lang vóór er in de Belgische rechtspraak van schadeloosstelling van de erkende sprake was, werd geoordeeld dat indien de erkenner een leugenachtige erkenning betwist, hij tot de kosten van het geding veroordeeld dient te worden (o.m. Rb. Brussel, 3 december 1892, *Pas.*, 1893, III, 126 — grootste gedeelte —; Rb. Brussel, 31 augustus 1906, *B.J.*, 1906, 1172; *P.P.*, 1906, 1447; Rb. Brussel, 24 mei 1913, *Pas.*, 1914, III, 219; *J.T.*, 1914, 381; Rb. Brugge, 15 december 1915, *Pas.*, 1918, III, 222; Rb. Brugge, 10 februari 1931, *Pas.*, 1931, III, 151; *Rev. prat. not.*, 1932, 431; Hof Luik, 6 februari 1947, *Jur. Liège*, 1946-47, 273).

civ. 1ere section, 12 februari 1960, *J.C.P.*, 1960, II, 11689, met noot van J. SAVATIER; Gr. Inst. Valence, 2 maart 1972, *Gaz. Pal.*, 6-7 december 1972.

4 DE PAGE, I, nr. 1149bis; W. DELVA, *Personen- en Familierecht*, Gent, 1972, II, p. 212; RIGAUX, noot in R.C.J.B., 1974, p. 495, nr. 18.

³ De Franse rechtspraak neemt trouwens dezelfde houding aan (o.m. Trib. Seine, 14 maart 1922, *B.J.*, 1922, 411; Parijs, 7 november 1958 en 28 mei 1959, *Ann. not. enreg.*, 1960, 123, met noot; *D.*, 1960, 10, met noot van J. SAVATIER; *Cass. fr.*

5. De vordering van de moeder van de erkende tot schadevergoeding ten laste van de erkenner werd afgewezen. Bij mijn weten werd een dergelijke vordering eenmaal eerder afgewezen (Rb. Brussel, 16 april 1971), omdat de schade van de eiseres niet bewezen geacht werd. Kan de moeder van de erkende bij betwisting van de erkenning schade lijden? Het antwoord is m.i. duidelijk ja, aangezien ze in haar verwachting bedrogen wordt, dat de erkenner grotendeels zou bijdragen in kosten, die ze nu alleen zal moeten dragen. In het hier behandelde geval werd de nadruk gelegd op twee andere elementen, die ertoe strekken de vordering van de moeder ongegrond te verklaren: eensdeels werd het oorzakelijk verband niet bewezen geacht, anderdeels wees men erop dat de moeder met de leugenachtige erkenning had ingestemd (in sommige gevallen zal zij ze misschien zelfs eisen als voorwaarde voor het huwelijk of de erkenner er minstens toe aanzetten). In deze omstandigheden is er gedeelde schuld en heeft de moeder slechts een geringe kans op schadeloosstelling.

Prof. J.M. Pauwels

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 3 FEBRUARI 1976

Eerste voorzitter: de h. A. Mast

Staatsraden: de hh. Vermeulen en Baeteman

Auditeur: de h. Deroover

Advocaat: mr. Andersen loco Claeys

1. Bevoegdheid van de Raad van State—Subjectief recht—Werkelijk voorwerp van de vordering—2. Niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen—Algemeen rechtsbeginsel.

1. *Het werkelijk voorwerp van de ingeleide vordering betreft niet de betaling of de erkenning van een subjectief recht op ten onrechte ingehouden bijslagen, doch wel de wettigheid en de regelmatigheid van een verordenende bepaling, die op algemene en onpersoonlijke wijze de uitwerking in de tijd regelt van een nieuwe regeling met betrekking tot de supplementaire kinderbijslag voor het overheidspersoneel.*

2. *De terugwerking van een reglement dat verkregen rechten op kinderbijslagen ontnemt, is ongeoorloofd wanneer ze niet gewild is door de wet die aan dit reglement ten grondslag ligt.*

Casaer t/ Belgische Staat (eerste minister en staatssecretaris voor het Openbaar Ambt)

Arrest nr. 17412

Overwegende dat het beroep strekt tot vernietiging van artikel 2 van het in het *Belgisch Staatsblad* van 25 september 1973 verschenen koninklijk besluit van 17 september 1973 tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 maart 1965 betreffende de kinderbijslag voor bepaalde categorieën van het door de Staat bezoldigd personeel, luidens hetwelk eerstgenoemd besluit van 17 september 1973 in werking treedt met terugwerkende kracht op 1 maart 1973;

Overwegende dat door artikel 1 van het bestreden besluit, artikel 3, § 1, van voormeld koninklijk besluit van 26 maart 1965 gewijzigd werd, eensdeels, om de aan de ambtenaren toegekende bedragen van de maandelijkse supplementen van de kinderbijslagen te wijzigen, doch anderdeels, om in bepaalde verminderingen ervan te voorzien, namelijk "1° telkens wanneer de be-

dragen van de forfaitaire maandelijkse bijslag vermeld in artikel 42 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslagen voor de loonarbeiders werden verhoogd, met uitzondering van de verhogingen die het gevolg zijn van de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen, 2° gedurende het jaar 1973, telkens wanneer de kinderbijslagen worden verhoogd uit hoofde van de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen"; dat artikel 1 van het bestreden besluit tenslotte bepaalt dat "in het onder 1° bedoelde geval het bedrag hetwelk moet worden afgetrokken van het maandelijks supplement dat geldt voor het kind van een bepaalde rang, gelijk is aan het bedrag van de laatste verhoging van de forfaitaire maandelijkse bijslag die betrekking heeft op hetzelfde kind" en dat "In het onder 2° bedoelde geval de geldende maandelijkse supplementen van 16 frank worden verminderd";

Overwegende dat de tegenpartij in een eerste exceptie betoogt dat de Raad van State onbevoegd is om uitspraak te doen over deze betwisting, omdat ze volgens haar betrekking heeft op het recht op uitbetaling van kinderbijslagen en die betwisting derhalve tot de kennisneming van de gewone rechter behoort;

Overwegende dat het werkelijk voorwerp van de vordering zoals ze afgeleid werd niet strekt tot de betaling of tot de erkenning van een subjectief recht op ten onrechte ingehouden bijslagen, doch wel op de wettigheid en de regelmatigheid van een verordenende bepaling, die op algemene en onpersoonlijke wijze de uitwerking in de tijd regelt van een nieuwe regeling met betrekking tot de supplementaire kinderbijslag van het overheidspersoneel; dat de exceptie niet opgaat;

Overwegende dat de tegenpartij in een tweede exceptie doet gelden dat het beroep ingeleid werd buiten de door artikel 4 van het procedurereglement gestelde termijn;

Overwegende dat het bestreden besluit bekendgemaakt werd in het *Belgisch Staatsblad* van 25 september 1973 en het verzoekschrift bij ter post aangetekende brief van 22 november 1973 werd verstuurd; dat de exceptie feitelijk grondslag mist;

Overwegende dat verzoeker in het enig middel aanvoert dat het bestreden besluit, dat bekendgemaakt werd in het *Belgisch Staatsblad* van 25 september 1973 en terugwerkt tot 1 maart 1973, genomen werd met schending van de algemene beginselen van de niet-retroactiviteit van de administratieve handelingen en van artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek in de mate dat hij een verkregen recht heeft op de kinderbijslagen voor de periode van 1 maart tot 25 september 1973;

Overwegende dat de tegenpartij hiertegen inbrengt dat artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek alleen betrekking heeft op de uitwerking van de wet in het privaatrecht, dat het algemeen beginsel van de niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen niet geschonden werd omdat "een reglementaire bepaling — zoals deze in het betwiste geval — de overheid machtigt om een maatregel terugwerkende kracht te verlenen" en dat ook geen schending van verkregen rechten voorhanden is, noch in feite omdat de nieuwe regeling voordeliger is, noch in rechte omdat niemand het recht heeft op het behoud voor de toekomst van een door het publiek recht bepaald stelsel;

Overwegende dat het beginsel van de niet-terugwerking van een reglement niet steunt op artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, dat enkel een interpretatieregel vestigt omtrent de uitwerking in de tijd van algemene voorschriften; dat het bestreden besluit verkregen rechten op kinderbijslagen ontnemt; dat zodanige terugwerking van een reglement ongeoorloofd is wanneer ze niet gewild is door de wet die aan dit reglement ten grondslag ligt; dat bij ontstentenis van dergelijke wettelijke habilitatie de tegenpartij haar macht heeft overschreden door de vermindering van bijkomende kindertoeslagen te doen terugwerken tot vóór de datum van het bestreden besluit, al werden ruime compensaties gegeven voor de minieme afhoudingen; dat het middel gegrond is.

Besluit :

Artikel 1. — Vernietigd is artikel 2 van het koninklijk besluit van 17 september 1973 tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 maart 1965 betreffende de kinderbijslag voor bepaalde categorieën van het door de Staat bezoldigde personeel.

Artikel 2. — Dit arrest zal bij uittreksel worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het gedeeltelijk vernietigde koninklijk besluit.

NOOT—De retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen

1. De feiten die aan bovenstaand arrest ten gronde liggen, kunnen als volgt worden samengevat : op 25 september 1973 verscheen in het *Belgisch Staatsblad* het K.B. van 17 september 1973 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 26 maart 1965 betreffende de kinderbijslagen voor bepaalde categorieën van het door de Staat bezoldigd personeel. Overeenkomstig artikel 2 van het eerstgenoemd besluit traden de wijzigingen in werking met terugwerkende kracht op 1 maart 1973. Steunend op het beginsel van de niet-retroactiviteit werd artikel 2 vernietigd.

Het principe zelf van de niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen, volgens welke terugwerking ongeoorloofd is wanneer ze niet gewild is door de wet die eraan ten grondslag ligt, wordt algemeen aanvaard. Onzekerheid bestaat nochtans over de grondslag en draagwijdte van dit beginsel. Het bovenstaand arrest neemt hierbij een duidelijke stelling in. Enkele van de desbetreffende meest voorkomende opvattingen worden hierna onderzocht.

2. Volgens een eerste opvatting vloeit de niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen voort uit artikel 2 B.W. : "De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht." Het beginsel dat de administratieve rechtshandelingen niet terugwerken, zou dan niet meer zijn dan "de redelijke toepassing van de geschreven wet" (M. SOMERHAUSEN, "De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht", *T.v.B.*, 1970, 481-487, blz. 482). In Frankrijk werd deze opvatting reeds in het begin van deze eeuw afgewezen (zie hierover P. LEWALLE, *L'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Luik, 1975, blz. 136). Die opvatting mag niet zonder meer in België worden overgenomen : in Frankrijk heeft het administratief recht immers een veel grotere autonomie verworven dan bij ons, daar de uitvoerende macht er bij de uitoefening van haar taak als overheid in beginsel niet aan het burgerlijk recht onderworpen is. In België daarentegen is de activiteit van de overheid, zowel bij haar optreden in het privaat rechtsverkeer als bij de vervulling van haar opdrachten als publieke overheid, in principe niet aan de regels van het burgerlijk recht onttrokken (zie CH. HUBERLANT, "Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits?", in *Mélanges Jean Dabin*, II, blz. 665-670; het meest bekende voorbeeld van de toepassing van regels van burgerlijk recht betreft het contentieux van de overheidsaansprakelijkheid : zie het bekende Flandrie-arrest,

Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 239). Hoewel dus moet gewaarschuwd worden tegen een al te lichtvaardige navolging van het Franse voorbeeld bij het niet-toepasselijk verklaren van regels van burgerlijk recht op activiteit van de publieke overheid, wordt ook in ons land veelal aangenomen dat artikel 2 B.W. een onvoldoende grondslag voor de niet-retroactiviteit der administratieve rechtshandelingen biedt (J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Luik, 1972, blz. 288, nr. 218; P. LEWALLE, o.c., blz. 141; A. VRANCKX, *Administratieve rechtshandelingen*, Administratief Lexicon, 1961, blz. 74, nr. 151). Ook het bovenstaand arrest laat hierover geen twijfel bestaan : het beginsel van de niet-terugwerking van een reglement steunt niet op artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek. Zoals verder nog zal blijken geldt zulks *a fortiori* voor individuele rechtshandelingen.

3. Terecht rijst hierbij de vraag of aldus de tekst van artikel 2 B.W. niet wordt miskend; meer bepaald moet worden onderzocht of door bovengenoemde interpretatie deze bepaling niet van elke inhoud wordt beroofd. T.a.v. de wetgever is artikel 2 B.W. immers niets meer dan een aanbeveling waarvan hij vrij kan afwijken. Volgens de heersende opvatting bevat artikel 2 B.W. geen grondwettelijk beginsel (R.v.S., Gooris, nr. 12072, 24 november 1966). Wel werd gesproken van "un précepte de haute déontologie" voor de wetgever (conl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, voor Cass., 5 februari 1970, *Pas.*, 1970, I, 486 (487) en voor Cass., 22 oktober 1970, *Pas.*, 1971, I, 145 (154) : een retroactieve wet is niet ongrondwettig, maar zou in de mate ze belastend werkt, op tegenstand van de publieke opinie kunnen stuiten (W. VAN ASSCHE, "De retroactiviteit der administratieve akten", *T.v.B.*, 1950, 107). Wel vormt het in artikel 7, § 1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden neergelegd verbod tot het retroactief invoeren van (strengere) strafwetten voor de wetgever een beperking (zie ook art. 2, 1e lid, Sw.). De niet-retroactiviteit van de (strengere) strafwet is nergens fundamenteel in de Belgische Grondwet opgenomen (C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, I, Gent, 1968, nr. 334 e.v.; volgens VAN ASSCHE (o.c., blz. 107) is een strafwet die retroactief zwaardere straffen voorschrijft nochtans ongrondwettig). De rechtbanken zullen niettemin weigeren een retroactieve strengere strafwet toe te passen omdat deze strijdig is met rechtstreeks werkende bepalingen van het E.V.R.M. (vgl. Cass., 27 mei 1971, R.W., 1971-72, 424; P. LEWALLE, o.c., blz. 135, noot 6). In het arrest Braet noemde de Raad van State de niet-terugwerking van met straf beteugelde voorschriften een algemeen rechtsbeginsel (R.v.S., nr. 13325, 15 januari 1969).

4. Artikel 2 B.W. is dan ook op de eerste plaats een interpretatieregel, gericht tot de rechter (A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, 1975, blz. 180, nr. 185; Cass., 18 januari 1924, *Pas.*, 1924, I, 144; Hof Brussel, 7 november 1934, *Pas.*, 1935, II, 92 : indien het tegendeel niet blijkt, heeft de wet geen terugwerkende kracht.) Als interpretatieregel werd deze norm uitgebreid tot de algemene voorschriften, m.a.w. ook tot reglementen. Zulks werd in het bovenstaand arrest uitdrukkelijk bevestigd. Meteen werden hierdoor echter ook de grenzen van artikel 2 B.W. omschreven : vooreerst is artikel 2 B.W. niet rechtstreeks van toepassing op individuele administratieve rechtshandelingen (A. VANWELKENHUYZEN, "Le principe de la non-rétroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics", noot bij Cass., 22 oktober 1970, R.C.J.B., 1972, 290-319, blz. 315; P. LEWALLE, o.c., blz. 142); vervolgens is artikel 2 B.W. geen competentienorm : het is aan de uitvoerende macht weliswaar verboden om krachtens een niet-retroactieve wet reglementen uit te vaardigen die terugwerken tot voor het van kracht worden van de wet en haar alzo, in strijd met artikel 2 B.W., retroactief ten uitvoer te leggen, doch men kan bezwaarlijk volhouden dat een uitvoeringsbesluit dat terugwerkt tot een tijdstip dat ligt tussen de dag van het van kracht worden van de wet en de bekendmaking van het besluit, strijdig is met genoemd artikel. In dit laatste geval wordt immers aan de wet zelf geen retroactieve uitwerking verleend (zie P. LEWALLE, o.c., blz. 143). Uit dit alles moge blijken dat in het bovenstaand arrest terecht gezegd werd dat het beginsel van de niet-terugwerking van een reglement niet steunt op artikel 2 B.W. Zulks betekent geenszins dat deze bepaling vreemd is aan het probleem (P. LE-

WALLE, o.c., blz. 141): zoals gezegd kan een retroactief besluit soms strijdig zijn met artikel 2 B.W., m.n. in die gevallen waar het leidt tot het verlenen van retroactiviteit aan de wet zelf.

5. Een variant van de oplossing die steunt op artikel 2 B.W. doet een beroep op het *legaliteitsbeginsel*. Ze werd o.m. door GOFFIN verdedigd ("De la non-rétroactivité des actes administratifs", J.T., 1952, 297-299): aangezien de uitvoerende macht de wetten dient te eerbiedigen en deze in de regel niet-retroactief zijn, is het verlenen van terugwerkende kracht aan administratieve rechtshandelingen in beginsel ongeoorloofd, daar zulks met de wet zelf die ten uitvoer wordt gelegd strijdig is. Deze opvatting stuit op dezelfde bezwaren als die welke steunt op artikel 2 B.W.: ook in dit geval wordt het verlenen van retroactiviteit aan de wet verward met het uitvaardigen van retroactieve uitvoeringsbesluiten. Evenmin biedt zij een antwoord indien het gaat om besluiten die krachtens de Grondwet werden uitgevaardigd.

6. Een andere theorie die als grondslag voor het beginsel van de niet-retroactiviteit wordt aangevoerd, wijst op de beperking van de bevoegdheid *ratione temporis* van gezagdragers: zij mogen geen handelingen stellen die liggen in de bevoegdheidsfeer van hun voorgangers (J. DEMBOUR, o.c., blz. 288, nr. 218). Afgezien van de vraag waarop een dergelijke bevoegdheidsbeperking steunt, blijkt deze theorie slechts een zeer onvolkomen verklaring voor het verbod van retroactieve rechtshandelingen te bieden (P. LEWALLE, o.c., blz. 144). Veelal zal een retroactief besluit immers niet inwerken op de bevoegdheidsfeer van vorige ambtsdragers.

7. In ons land wordt het verbod van retroactieve rechtshandelingen meestal gefundeerd op de theorie van de zgn. "verkregen rechten". Verwant hiermede is de opvatting dat het verlenen van terugwerkende kracht aan administratieve rechtshandelingen ongeoorloofd is in de mate dat zij de rechtszekerheid in het gedrang brengt.

In tal van arresten ging de Raad van State over tot de vernietiging van retroactieve rechtshandelingen daar zij afbreuk deden aan verkregen rechten (R.v.S., Adam, nr. 606, 8 december 1950; R.v.S., Walrand, nr. 15444, 12 juli 1972). In het bovenstaand arrest overwoog de Raad van State "dat het bestreden besluit verkregen rechten op kinderbijslagen ontnemt; dat zodanige terugwerking van een reglement ongeoorloofd is wanneer ze niet gewild is door de wet die aan dit reglement ten grondslag ligt": de wetgever zou m.a.w. aan de verkregen rechten afbreuk kunnen doen of de Koning daartoe de bevoegdheid verlenen. Zonder een dergelijke bevoegdheidstoewijzing zijn de verkregen rechten echter onaanstaafbaar zelfs wanneer zij eerder door een administratieve rechtshandeling werden toegekend. In de rechtsleer werd op de theorie van de verkregen rechten herhaaldelijk kritiek uitgebracht (L. GOFFIN, o.c.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, I, 1962, blz. 326, nr. 229). Er bestaat immers heel wat onzekerheid nopens de omschrijving van dit begrip, het ogenblik waarop rechten als "verkregen" mogen worden beschouwd, het onderscheid tussen een verkregen recht en een door de burger al dan niet terecht gekoesterde verwachting e.d. Vaak zijn dergelijke vragen *in concreto* moeilijk te beantwoorden. Tegengestelde uitspraken kunnen hierbij niet worden uitgesloten (P. LEWALLE, o.c., blz. 305-307).

Een meer fundamenteel bezwaar tegen de theorie der verkregen rechten is dat zij geen antwoord biedt in geval van begunstigende besluiten die geen verkregen rechten schenden. Een analoog bezwaar kan geopperd worden t.a.v. de stelling die het verbod tot het uitvaardigen van retroactieve administratieve rechtshandelingen grondvest op het beginsel der rechtszekerheid (J. DEMBOUR, o.c., blz. 288, nr. 218). Beide stellingen bieden geen antwoord op de vraag: kan de overheid, handelend binnen haar bevoegdheidsfeer, onbeperkt retroactief begunstigende besluiten treffen? Het antwoord is negatief: hoewel ter zake een grotere soepelheid aan de dag gelegd kan worden, beschikt de overheid ook hier over geen volstrekte vrijheid (P. LEWALLE, o.c., blz. 308). Zo mag de overheid slechts in beperkte mate tot retroactieve benoemingen overgaan (J. DEMBOUR, o.c., blz. 219). De Raad van State oordeelde "dat de rechtmatigheid van een *zekere* retroactiviteit van een benoeming moet worden aangenomen indien *positieve redenen* voor de toekenning ervan aanwezig

zijn — zoals de billijkheidsoverweging dat de vertraging die een bevorderingsprocedure heeft ondergaan niet of niet volledig ten nadele van de bevorderde moet uitvallen — en indien geen, met de retroactieve toekenning van de bevordering onverenigbare rechtsverplichtingen van de benoemende overheid — mogelijk de verkregen rechten van andere ambtenaren — een prohibitief bezwaar vormen" (cursivering van ons) (R.v.S., Hinnekens, nr. 13671, 8 juli 1969). *A contrario* kan men hieruit afleiden dat een retroactieve benoeming niet geoorloofd is, indien dergelijke *positieve redenen* niet voorhanden zijn of de benoemende overheid daardoor haar rechtsverplichtingen zou schenden.

8. Een globale oplossing wordt pas mogelijk wanneer de niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen beschouwd wordt als een algemeen rechtsbeginsel. In zijn arrest van 22 oktober 1970 noemde het Hof van Cassatie het niet-retroactiviteitsbeginsel een "algemeen rechtsbeginsel, dat de individuele belangen en de rechtszekerheid waarborgt (...), welk beginsel onder meer in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt gehuldigd (Cass., 22 oktober 1970, R.W., 1970-71, 1179; *Pas.*, 1971, I, 144). Weliswaar spreekt het Hof van een algemeen rechtsbeginsel, maar toch verwijst het nog naar de noodzaak om de individuele belangen en de rechtszekerheid te beschermen. De laatste overwegingen die wellicht ingegeven waren door de concrete omstandigheden van de zaak, maakten dat de gegeven omschrijving nog niet volledig gelijk is aan die welke men sedert 1947 in de Franse rechtspraak aantreft en die in ons land o.a. door LEWALLE wordt verdedigd (o.c., blz. 145-146). In een arrest van 28 februari 1947 (C.E.fr., 28 februari 1947, Ville de Lisieux, *Rec.*, 83) sprak de Franse Conseil d'Etat onomwonden van "le principe général selon lequel les règlements ne disposent que pour l'avenir"; in een later arrest werd bevestigd dat dit algemeen rechtsbeginsel ook op individuele administratieve rechtshandelingen van toepassing is: "le principe général selon lequel les décisions administratives ne disposent que pour l'avenir" (C.E.fr., 16 juli 1948, Société de filatures et tissages de Madagascar, *Rec.*, 334; zie ook C.E.fr., 25 juni 1948, Sté du journal l'Aurore, D., 1948, 437, met noot van WALINE). VAN ASSCHE (o.c., blz. 109) heeft er reeds op gewezen dat de Franse rechtspraak soms wel vermeldt dat het retroactief besluit inbreuk maakt op verkregen rechten, doch voegt er aan toe dat deze omstandigheid slechts als een bijkomstige beschouwing schijnt te worden vermeld. Zulks kan tot op heden moeilijk van de Belgische rechtspraak en in het bijzonder niet van bovenstaand arrest gezegd worden.

Door een beroep te doen op het algemeen rechtsbeginsel worden de andere theorieën die i.v.m. de niet-terugwerking van administratieve rechtshandelingen werden uitgewerkt, niet uitgesloten. Wel is gebleken dat ze onvolkomen zijn en, in tegenstelling met de Franse oplossing, het verbod van retroactiviteit niet in alle gevallen kunnen verklaren. Overigens stemt de niet-retroactiviteit overeen met de elementaire beginselen van de logica: "Les effets ne peuvent être antérieurs à l'acte qui est leur cause" (G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1961, blz. 154). Retroactiviteit verlenen aan een administratieve rechtshandeling is een fictie die indruist tegen de werkelijke opeenvolging van gebeurtenissen: men gaat *doen alsof* de handeling reeds eerder werd gesteld (vgl. de omschrijving die door A. BAYART aan de ficties wordt gegeven: "Kunnen ficties uit het juridisch denken geweerd worden?", *Recht in beweging*, I, Antwerpen, 1973, blz. 7-22, blz. 8). Het ligt voor de hand dat dergelijke constructies beter vermeden worden. Slechts in de gevallen dat de wet zulks toelaat of er goede redenen voorhanden zijn, kan de retroactiviteit worden aanvaard (vgl. R.v.S., Hinnekens, nr. 13671, 8 juli 1969). Ongetwijfeld zal bij het oordeel over het geoorloofd karakter van de retroactiviteit rekening gehouden moeten worden met elementen zoals rechtszekerheid, verkregen rechten, rechtmatige verwachtingen en gewekt vertrouwen. De retroactiviteit van begunstigende beslissingen kan gemakkelijker als rechtmatig worden aanvaard. De uitvaardiging van retroactieve besluiten kan overigens in veel gevallen door snellere procedures in de administratieve besluitvorming worden vermeden: vaak voelt de overheid zich immers genooddacht retroactieve besluiten uit tevaardigen om het lange tijdsverloop tussen het optreden van de motieven tot handelen en het van kracht worden van de

administratieve rechtshandeling ongedaan te maken (zie P. LEWALLE, o.c., blz. 309 e.v.). Wellicht moet daar de oplossing van het probleem worden gezocht.

9. Intussen werd het door bovenstaand arrest nr. 17412 vernietigd artikel 2 van het K.B. van 17 september 1973 door artikel 74 van de Wet van 24 december 1976 betreffende de budgettaire voorstellen 1976-77 (B.S., 28 december 1976) onthouden van de nietigheid die het aantast. Het heeft volkomen uitwerking vanaf de datum die er door werd vastgesteld d.w.z. vanaf 1 maart 1973. Een dergelijk optreden van de wetgever lijkt ons moeilijk met de geest van de Grondwet en i.h.b. met het beginsel van de scheiding der machten te verenigen (vgl. A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, 1973, blz. 449-450). Door aldus zonder dwingende noodzaak de uitspraak van de rechter te miskennen en bovendien retroactieve werking te verlenen aan een belastende maatregel, werd op een weinig passende wijze van de volheid van bevoegdheid van de wetgever gebruik gemaakt.

W. Van Noten
Assistent U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 8 JUNI 1976

Voorzitter : de h. Alsteens

Raadsheren : de hh. Hernould en De Vocht

Advocaten : mrs. D'Hondt, Verhaaren, Masson en Machiels

1. Onrechtmatige daad—Aansprakelijkheid—Zaken—Bewaring—Bewijs—2. Arbeidsongeval—In leen gegeven arbeider—Gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van de ondernemer onder wiens feitelijk gezag de arbeider komt te staan.

1. Het bewijs van "bewaring" van de zaak, in de zin van art. 1384 B.W., sluit niet noodzakelijk een bewijs in van een positieve daad, maar wordt ook gegeven door de afwezigheid van bewaring van een zaak die bewaard moest worden.

2. Op de voorwaarden van aansprakelijkheid naar gemeen recht met betrekking tot een arbeidsongeval dat zich voorgedaan heeft vóór de inwerkingtreding van de Arbeidsongevalwet van 10 april 1971, is niet art. 46 van deze wet, maar art. 19 van de oude wet toepasselijk.

De overeenkomst waarbij een werkgever een arbeider "in bruikleen geeft" aan een andere ondernemer, kan niet als een lastgeving worden aangemerkt wanneer, zoals ten deze, de arbeider door een arbeidscontract met zijn oorspronkelijke werkgever verbonden blijft; daaraan doet niet af dat het gezag, de leiding en het toezicht in feite werden afgestaan, als niet aangetoond wordt dat ze in rechte werden afgestaan. Bij afwezigheid van enig rechtsverband tussen de arbeider en de ondernemer te wiens beschikking hij werd gesteld, blijft deze laatste een derde in de zin van art. 19 van de vroegere wet.

N.V. G. t/ N.V. Z. en C.

Gezien de stukken van het geding onder meer het eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 22 februari 1973 (...)

Overwegende dat de ontvankelijkheid van het hoger beroep niet betwist wordt;

Overwegende dat de oorspronkelijke vorderingen van geïntimeerden, terecht door de eerste rechter samengevoegd, strekken tot vergoeding van schade in gemeen recht voor een ongeval voorgekomen op 16 december 1966 door de val van een stelling waardoor tweede geïntimeerde G. zwaar gewond werd, waarvoor appellante aansprakelijk wordt gesteld als derde, terwijl hetzelfde ongeval reeds aanleiding gaf tot uitkeringen van vergoedingen door eerste geïntimeerde als arbeidsongevallenverzekeraar van de N.V. P. in wiens dienst het slachtoffer C. werkte, verbonden zijnde door een arbeidscontract met deze N.V. P. maar "in bruikleen afgestaan" aan appellante;

Overwegende dat de eerste rechter de feitelijke omstandigheden der zaak juist heeft omschreven; dat het hof hiernaar verwijst;

Overwegende dat het bestreden vonnis de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van appellante, als derde tegenover het arbeidscontract, terecht heeft aangenomen, vaststellend dat de stelling met planken waar geïntimeerde C. afgevallen is, behept was met gebreken en dat appellante houder was van de zaak in de zin van artikel 1384 B.W.;

Overwegende dat de beschrijvingen en de schets van de gemaakte stelling aantonen dat ze niet alleen gebreken vertoonde maar op een dergelijke wijze gebouwd was dat ze voor normaal gebruik en zelfs met uiterst voorzichtig gebruik gevaarlijk was en onvermijdelijk een ongeval moest veroorzaken;

dat de ooggetuige het ongeval beschrijft zoals het gebeurde, namelijk op een wijze die voor iedereen die de constructie kende zoals ze achteraf beschreven werd, voorzienbaar was;

Overwegende dat het bewijs van "bewaring" van de zaak, in de zin van artikel 1384 B.W. niet noodzakelijk een bewijs insluit van een positieve daad maar ook gegeven wordt door de afwezigheid van bewaring van een zaak die bewaard moest worden;

dat appellante de feitelijke organisatie en het toezicht had op de werken waarvoor de stelling moest dienen;

dat alleen het ontbreken van een elementair toezicht van appellante in feite, en waarop in de gegeven omstandigheden het slachtoffer kon vertrouwen, de constructie, het behoud en het gebruik van een dergelijke stelling heeft mogelijk gemaakt;

Overwegende dat de middelen die door appellante voorgelegd worden om deze feiten te betwifelen, zoals de verwijzing naar de geplogenheden aan de haven, en de korte duurtijd van het werk waarvoor de stelling moest worden gebruikt, niet ter zake dienend zijn;

dat, waar appellante verwijst naar de fout van het slachtoffer en naar de afwezigheid van het oorzakelijk verband tussen de schade en het gebrek van de zaak, zij integendeel de afwezigheid van de fout van het slachtoffer en de oorzaak verduidelijkt; dat de persoonlijke fout van het slachtoffer erin zou bestaan "dat hij bukde om een waterpas te nemen" en dat het slachtoffer "zeer goed moest weten" "dat een plank kan kippen indien het zwaartepunt van het lichaam op één enkele plank komt te liggen"; dat deze handelingen normaal zijn en onvermijdelijk tijdens het werk; dat zij niet tot een

ongeval aanleiding konden geven tenzij omdat de stelling op een ontoelaatbare gevaarlijke wijze gemaakt was in strijd met de meest elementaire regelen van de voorzichtigheid ;

Overwegende dat de betwistingen tussen partijen hoofdzakelijk betrekking hebben : 1) op de ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vorderingen ; 2) op de toepasselijke wet, hetzij artikel 19 van de gecoördineerde Wetten van 28 september 1931 betreffende arbeidsongevallen, hetzij artikel 46 van de Wet van 10 april 1971 ; 3) op de rechtsverhoudingen tussen de N.V. P. en appellante ;

1) Overwegende dat het middel van niet-ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vorderingen opgeworpen door appellante in werkelijkheid de rechtsgrond is waarop zij zich verdedigt ;

Overwegende dat appellante vooropstelt dat het slachtoffer van een arbeidsongeval principieel en krachtens een beschikking van openbare orde, geen verhaal heeft tegen het ondernemingshoofd of tegen diens aangestelden op grond van het gemene recht (artikel 19 Wet 28 september 1931) ;

dat appellante betwijfelt of het verhaal tegen haar ingesteld kan worden door een werknemer die weliswaar niet door een werkcontract met haar verbonden was maar, zoals tweede geïntimeerde, door de eigenlijke werkgever (N.V. P.) aan haar "in bruikleen" was gegeven ;

dat in haar theorie echter geen twijfel bestaat over de toepassing van artikel 46 van de Wet van 10 april 1971 daar zij als "tweede werkgever" in ieder geval de "lasthebber" was van de eigenlijke werkgever (N.V. P.) en derhalve niet als derde beschouwd kan worden in de zin van dit artikel 46 waarin de derde bepaald wordt : "personen andere dan de werkgever, zijn lasthebbers of zijn aangestelden, die voor het ongeval aansprakelijk zijn" ;

Overwegende dat dit middel de rechtsgrond van het geding betreft en ten onrechte als middel van niet-ontvankelijkheid door appellante wordt omschreven, en eveneens ten onrechte door tweede geïntimeerde als opschortende exceptie in de zin van artikel 868 Gerechtelijk Wetboek beschouwd ;

2) Overwegende dat de toepasselijke wet op het ogenblik van het ongeval, 16 december 1966 (artikel 19 van de gecoördineerde Wetten van 28 september 1931), de voorwaarden voor aansprakelijkheid naar gemeen recht bepaalt en beperkt tot derden, zijnde anderen dan het ondernemingshoofd of diens aangestelden ;

Overwegende dat deze regels van aansprakelijkheid op dit geval van toepassing blijven en niet door de latere wetgeving (artikel 46 Wet van 10 april 1971, in werking getreden op 1 januari 1972) beïnvloed worden ;

Overwegende dat appellante echter steunt op rechtstheorieën die reeds vóór de Wet van 10 april 1971 het *mandaat* voorstellen als rechtsgrond van verantwoordelijkheid en als uitleg voor de rechtsverhoudingen tussen de eigenlijke werkgever (N.V. P.) en de "tweede werkgever" bij het "in-bruikleen-geven" van werknemers — reden waarom dit mandaat zou zijn opgenomen in artikel 46 ;

dat te dien opzichte de nieuwe wet niets wijzigd aan

de op het ogenblik van het ongeval bestaande rechtstoestand, ook niet ten aanzien van de burgerrechtelijke omschrijving van het mandaat en betreffende de aansprakelijkheid van lasthebber en lastgever ;

3) Overwegende dat de rechtsverhouding tussen N.V. P. en appellante volgens de voorgelegde stukken bepaald wordt in een brief van 24 augustus 1966 waarin de N.V. P. aan appellante "bevestigt de mondelinge bestelling van 19 dezer voor het leveren van het nodige personeel" ;

Overwegende dat appellante deze rechtsverhouding bepaalt als mandaat ;

Overwegende dat, afgezien van het feit dat geen formeel contract van lastgeving als zodanig werd afgesloten, de overeenkomst van 24 augustus 1966 niet de elementen van lastgeving insluit ;

dat het mandaat noodzakelijk een rechtshandeling tot voorwerp heeft ;

dat "de rechtshandeling" in casu er niet in bestond een nieuw werkcontract af te sluiten tussen "de tweede werkgever" en de werknemer ; dat inderdaad, zoals aangetoond door de eerste rechter, een definitief geworden vonnis heeft aangenomen dat alleen de N.V. P. verbonden was door een werkcontract met de werknemer ;

dat de rechtshandeling volgens de stelling van appellant hier bepaald wordt door de juridische ondergeschiktheid (verslag VIIe Congrès de droit comparé de Pescara 1970, p. 481 ; J.T.T., 1971, 150 — voorgelegd door appellante ; vgl. *Rép. Prat.* v° Contrat de travail, nr. 70) ;

dat de "juridische ondergeschiktheid" en de daaraan noodzakelijk complementaire "leiding, gezag en toezicht" bestonden tegenover en in hoofde van de N.V. P. — derhalve als arbeidscontract — niet tegenover en in hoofde van appellante (reeds in een definitief geworden vonnis aanvaard — vgl. *Rép. Prat.*, *ib.*, nr. 70, al. 2) ;

dat de ondergeschiktheid als zodanig een feitelijke toestand is (De Page, II, 986, met citaat van Mazeaud en Demogue) ;

dat het gezag, leiding en toezicht over een persoon kan afgestaan worden in feite ;

dat in de gegeven rechtsverhoudingen niet aangetoond wordt dat het gezag, leiding en toezicht — resp. ondergeschiktheid — werd afgestaan in rechte ; dat integendeel alle gegevens overeenstemmen met een afstand in feite ;

Overwegende dat bij afwezigheid van een rechtsverband tussen de werkgever en de persoon te wiens beschikking hij werd gesteld, deze laatste, in casu appellante, een derde blijft in de zin van artikel 19 van de toepasselijke Wet van 28 september 1931 ;

Overwegende dat geen tegenstrijdigheid bestaat tussen de afwezigheid van enig rechtsverband tussen appellante en C. en het bestaan van de feitelijke leiding en het feitelijk toezicht, in feite aan een derde overgedragen, aangezien juist daarom de niet-contractuele aansprakelijkheid ontstaan is, in casu door het laten gebruiken van de beschreven stelling waardoor het rechtmatig vertrouwen van de werknemer in die leiding en toezicht verschalkt werd ;

Overwegende dat, rechtdoende op de opwerpingen van appellante inzake het bewijs van de datum van consolidatie en de blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschikt-

heid naar gemeen recht, het noodzakelijk is een deskundige aan te stellen ;
(...)

NOOT—Zie Cass., 3 maart 1971, R.C.J.B., 1976, 194, en de noot van MICHELINE JAMOULLE, "Les bénéficiaires d'immunité dans le droit des accidents du travail ; analyse des catégories juridiques et de leurs implications", *ib.*, 197-220.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

4e KAMER — 6 MEI 1976

Voorzitter : de h. Romain

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Spaas en Speets

Substituut-generaal : de h. Van Nuffel (andersluidend advies)

Advocaten : mrs. Smeets en Arts

Ziekte- en Invaliditeitsverzekering—Werknemers—Tak uitkeringsverzekering—Aangifte van de arbeidsongeschiktheid—Laattijdigheid—Sanctie—Behartigenswaardige gevallen—Begrip—Vatbaarheid voor beroep.

De weigering van de verzekeringsinstelling om een geval als behartigenswaardig te erkennen met het oog op de opheffing van de sanctie bij laattijdige aangifte van de arbeidsongeschiktheid is vatbaar voor beroep bij de arbeidsgerechten.

Het begrip behartigenswaardigheid, waaraan de beslissing van de verzekeringsinstelling door de arbeidsgerechten kan worden getoetst, kan worden omschreven als de toestand waarin de verzekerde zich bevindt die, door bijzondere omstandigheden, een onevenredig zware prijs moet betalen voor de handhaving van een algemene norm zodat daardoor afbreuk wordt gedaan aan het beschermend karakter van de wet.

R.I.Z.I.V. t/ L.C.M. en Jozef G.

(...)

Overwegende dat G. Jozef, verplicht verzekerd werknemer, van 25 juli 1974 tot 1 september 1974 arbeidsongeschikt was ; dat hij aanspraak had op het gewaarborgd weekloon tot 31 juli 1974 ; dat hij van 25 juli tot 2 augustus in een verplegingsinstelling opgenomen werd ; dat hij het werk op 2 september 1974 hervatte, dat betrokkene eerst op 27 september 1974 aangifte van zijn arbeidsongeschiktheid bij de adviserende geneesheer van zijn ziekenfonds deed ; dat het ziekenfonds de ongeschiktheidsuitkeringen van 1 augustus 1974 tot 2 augustus 1974 toekende doch, bij toepassing van artikel 8, lid 1, van het Koninklijk Besluit van 31 december 1963 houdende Verordening op de uitkeringen inzake ziekten en invaliditeitsverzekering, de uitkeringen over de periode van 3 augustus 1974 tot 1 september 1974 ontzegde ; dat de aanvraag bij de Leidende Ambtenaar van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering om het geval op grond van artikel 8, lid 2, van genoemde verordening als behartigenswaardig te doen

aanvaarden, eveneens werd afgewezen ; dat G. Jozef de Landsbond en het Rijksinstituut voor de Arbeidsrechtbank te Hasselt liet oproepen, ten einde deze laatste beslissing te horen nietig verklaren ; dat de rechtbank op de eis inging en de Landsbond ertoe veroordeelde, om aan de verzekerde de ziektevergoedingen van 3 augustus 1974 tot en met 1 september 1974 te betalen ; dat het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering tegen dit vonnis hoger beroep aanmeldt op de gronden dat de bevoegdheid van het ziekenfonds om, op eensluidend advies van de Leidende Ambtenaar van het Rijksinstituut, in behartigenswaardige gevallen een verval van rechten op te heffen, aan de controle door de arbeidsgerechten ontsnapt en dat, hoe dan ook, in casu geen behartigenswaardige omstandigheden voorliggen ;

1. Over de ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering van de verzekerde

Overwegende dat de rechtbanken inderdaad groepen zijn om geschillen betreffende rechten op te lossen, en zich niet in de actieve administratie dienen te mengen ;

Dat de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering evenwel vervat ligt in een regeling die aan de aangesloten rechten verschaft en verplichtingen oplegt, als bedoeld in artikel 580, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek inzake de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken ;

Dat een bepaling, welke een uitzondering hierop zou maken, op een onmiskenbare wijze uitgedrukt zou moeten zijn ; dat het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering betoogt dat artikel 8, lid 2, van de Verordening op de uitkeringen een gunstmaatregel inhoudt en het begrip "behartigenswaardig geval" niet nader preciseert ten einde de Leidende Ambtenaar en de verzekeringsinstelling steeds de mogelijkheid te geven om de straf kwijt te schelden wanneer de verzekerde in een zodanige toestand verkeert dat het verzuim van de aangifte hem niet kan verweten worden ;

Dat uit de reglementsbeplanning in kwestie echter niet op onbetwistbare wijze blijkt dat het hier om een louter gebaar van welwillendheid zou gaan ; dat inzonderheid de uitdrukking "kan... worden opgeheven" geenszins aldus begrepen dient te worden dat de administratie naar believen mag handelen, doch dat haar een bevoegdheid met een bepaalde finaliteit wordt toegekend ;

Dat de afwezigheid van nadere bepaling van het begrip "behartigenswaardigheid" in de Verordening op zichzelf de zaak niet buiten de sfeer van het recht stelt, aangezien de rechtscolleges tal van algemene begrippen moeten hanteren, die een ruime plaats voor appreciatie bieden, zoals arbeidsongeschiktheid, overmacht, onrechtmatige daad, zware fout, opzeggingstermijn, abnormaal langdurige werkloosheid, enz. ;

Dat de behartigenswaardigheid vatbaar is voor een dergelijke beoordeling vanuit de doelstellingen van de sociale zekerheid ;

Dat zij omschreven zou kunnen worden als de toestand van de verzekerde die, door bijzondere omstandigheden, een onevenredig zware prijs moet betalen voor de handhaving van de algemene norm, zodat afbreuk wordt gedaan aan het beschermend karakter van de wet ; dat het dus om een notie met een juridische draagwijdte gaat, die men van de overmacht dient te onderscheiden en waaraan de administratie ongetwijfeld zelf een rationele inhoud beoogt te geven ;

Overwegende dat hieruit volgt dat de oorspronkelijke vordering van de verzekerde ontvankelijk is, en dit zowel tegenover het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering als tegenover het verzekeringsorganisme; dat dit laatste immers formeel de beslissing treft terwijl het eerste, door de bindende aard van zijn advies, over de materiële beslissingsmacht beschikt;

2. Over criteria ter beoordeling van de behartigenswaardigheid in voorliggend geval

Overwegende dat de behartigenswaardigheid door een onderzoek en afweging van de volgende vragen zou kunnen worden benaderd:

— omstandigheden van het verzuim der aangifte: kon de verzekerde bijvoorbeeld vermoeden dat aan de formaliteit op een andere wijze voldaan was?

— belang van de verzekering dat door de formaliteit beschermd wordt: is de werkelijkheid van de arbeidsongeschiktheid nog controleerbaar?

— belang van de verzekerde dat door de sanctie getroffen wordt: wat is de weerslag van het verlies gelet op inkomsten en lasten van de betrokkene?

— verhouding van de betrokkene ten overstaan van de verzekering: wat is zijn beroepsverleden? beperkt hij de uitgaven van de verzekering, bijvoorbeeld door een spontane werkhervatting?

Overwegende dat men zich tevens kan afvragen of de behartigenswaardigheid vatbaar is voor een gegradeerde vaststelling, leidend tot een slechts gedeeltelijke ontheffing van het verval van uitkeringen;

Overwegende dat het bestuur zijn reden van afwijzing in casu als volgt formuleert: "Onwetendheid in verband met de aangifteformaliteiten die in geval van arbeidsongeschiktheid na hospitalisatie vervuld moeten worden, vormt geen verschoningsgrond, voor het niet-toepassen van artikel 8, lid 1, van het Koninklijk Besluit van 31 december 1963"; dat deze motivering de afwezigheid van een geval van overmacht blijkt aan te duiden;

Dat men zich evenwel kan afvragen of ze voor de beoordeling van de behartigenswaardigheid volstaat; dat ze immers de toerekenbaarheid van de door de verzekerde begane nalatigheid niet met de andere elementen afweegt, die voor de beoordeling van een behartigenswaardig geval in aanmerking zouden kunnen komen;

Overwegende dat het, met het oog op een goede rechtsbedeling, aangewezen voorkomt dat partijen over de vraagstelling betreffende de inhoud van het toe te passen begrip en de gevolgen hiervan voor de te behandelen zaak nader zouden concluderen;

Dat de debatten te dien einde heropend dienen te worden;

(...)

NOOT—Inhoud van het begrip "behartigenswaardigheid" en beroepsvatbaarheid van desbetreffende beslissingen van verzekeringsinstellingen.

Een groot deel van de rechtspraak over de ziekte- en invaliditeitsverzekering, tak uitkeringsverzekering, handelt over de procedure van aangifte van de arbeidsongeschiktheid (beschreven in de artikelen 2 tot 8 van het K.B. van 31 december 1963 houdende Verordening op de uitkeringen inzake ziekte- en invaliditeitsverzekering) en meer bepaald over de termijn van twee dagen waarover de sociaal-verzekerde voor het doen van de aangifte beschikt. Meestal zal daarbij door de arbeidsrechtbanken of -hoven uitspraak worden gedaan

over omstandigheden die door de verzekerde worden ingeroepen omdat ze, naar zijn mening, overmacht opleveren en dus de in artikel 8 gestelde sanctie voor niet tijdige aangifte vermogen terzijde te schuiven.

De uitgebreide casuïstiek omtrent het begrip overmacht waartoe deze rechtspraak aanleiding heeft gegeven mag niet uit het oog doen verliezen dat in het tweede lid van hetzelfde artikel een andere omstandigheid wordt aangegeven die toestaat de sanctie op te heffen. In behartigenswaardige gevallen, aldus het tweede lid, kan de straf door de verzekeringsinstelling worden opgeheven, op eensluidend advies van de leidende ambtenaar van de Dienst voor uitkeringen van het R.I.Z.I.V.

Is de beslissing van de verzekeringsinstelling waarbij een geval niet als behartigenswaardig wordt erkend vatbaar voor beroep bij de arbeidsgerichten, en welke inhoud dient aan de notie "behartigenswaardig" gegeven te worden? Over beide vragen, die enigszins met elkaar te maken hebben, zegt het bovenstaande arrest van het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, zinnige dingen waarbij even mag worden stilgestaan.

1. Op de eerste van de zoëven gestelde vragen — de vatbaarheid voor beroep — geeft het arrest een bevestigend antwoord, enige maanden nadat (in dezelfde kamer) het tegendeel werd beslist (23 oktober 1975, onuitg., A.R. nr. 236/75). Bij nader toezien blijkt deze aangelegenheid inderdaad twijfel in de rechtspraak te hebben gezaaid, waarbij twee strekkingen werden verdedigd (voor een goed overzicht, zie: CH. PATURIEAUX, "Weigering van uitkeringen in geval van niet-tijdige aangifte van de arbeidsongeschiktheid", *Inf. bl. R.I.Z.I.V.*, 1973, 3-9. Spraken zich uit voor de beroepsvatbaarheid: Arbrb. Doornik, 2e kamer, 26 november 1971, onuitg., A.R. 1235; Arbrb. Hoei, 3e Kamer, 4 mei 1973, T.S.R., 1973, 261; Arbrb. Hoei, 3e Kamer, 15 juni 1973, onuitg., A.R. 2438/72; alsmede M. SYMOENS, "De 'behartenswaardige' gevallen", *Inf. bl. R.I.Z.I.V.*, 1971, 155; in tegengestelde zin: Arbrb. Dendermonde, afd. Sint-Niklaas, 9 juni 1971, *Inf. bl. R.I.Z.I.V.*, 1974, 396; Arbrb. Luik, 17 februari 1972, *Inf. bl. R.I.Z.I.V.*, 1974, 390).

Het belang van de discussie dient op zijn juiste waarde geschat te worden. Om te beginnen lijkt niets zich er tegen te verzetten dat een afgewezen aanvraag een tweede maal bij de verzekeringsinstelling wordt ingediend en door deze onderzocht op grond van nieuwe, door de betrokkene voorgedragen, gegevens. Verder kan door de verzekerde die zich, bijvoorbeeld, op overmacht meent te kunnen beroepen, in elk geval een beroep worden ingesteld tegen de beslissing van de verzekeringsinstelling tot weigering van uitkeringen op grond van het eerste lid van artikel 8. De juiste vraagstelling luidt dus: kan eveneens beroep worden ingesteld tegen de beslissing van weigering gegrond op het tweede lid van hetzelfde artikel?

Tegenstanders van deze mogelijkheid beroepen zich op het bijzonder karakter van de in het tweede lid aan de verzekeringsinstelling verleende bevoegdheid. Weliswaar verleent artikel 580 Ger.W. aan de arbeidsgerichten de bevoegdheid kennis te nemen "van geschillen betreffende de rechten en verplichtingen van werknemers (...), welke voortvloeien uit (o.m.) de wetgeving inzake ziekte- en invaliditeitsverzekering", maar, aldus hun redenering, dit artikel is hier niet van toepassing omdat het opheffen van een "straf", waarover het gaat in het tweede lid van artikel 8, niet hetzelfde is als het erkennen van een recht maar eerder neerkomt op het toestaan van een gunst, op het stellen van een welwillende handeling die door de tekst uitsluitend wordt overgelaten aan de administratieve overheid. Deze overheid moet dus, wil het beginsel van de scheiding der machten niet geschonden worden, over een discretionaire macht beschikken om gestalte te geven aan het criterium van de behartigenswaardigheid. Het komt de rechtspraak toe de wet toe te passen, niet te beslissen over het kwijtschelden van een bij veronderstelling wettelijk verantwoorde straf (over dit aspect, zie noot A.T. onder Arbrb. Hoei, 4 mei 1973, T.S.R., 1973, 216).

De argumenten van de voorstanders van de mogelijkheid van beroep worden goed samengevat in het geannoteerde arrest: de beslissing mag door de verzekeringsinstelling niet op willekeurige gronden worden genomen, aan het begrip van de behartigenswaardigheid komt wel degelijk een "rationele inhoud" toe, die in verband te brengen is met een "bepaalde

finaliteit". De verzekerde ontleent bijgevolg aan het tweede lid van artikel 8 bepaalde rechten, waarvan de toekenning aan het toezicht van de rechterlijke macht onderworpen dient te zijn.

Dit soort van betwistingen is het sociale zekerheidsrecht niet vreemd en de aangehaalde argumenten klinken vertrouwd in de oren: ook op andere plaatsen wordt aan administratieve organismen een beslissingsbevoegdheid gegeven en is de vraag gerezen of de administratie dan wel de arbeidsgerechten bij betwisting het laatste woord moesten hebben. Men denke aan de beoordelingsbevoegdheid die door artikel 19 van de Wet van 3 augustus 1963 aan het College van geneesheren-directeurs is gegeven ten aanzien van revalidatie- en herscholingsprogramma's, en waaromtrent het Hof van Cassatie beslist heeft dat de afgewezen aanvrager toegang heeft tot de arbeidsrechtbank (Cass., 5 september 1973, *J.T.T.*, 1974, 55). Men denke, in een ander verband, aan de in artikel 124 van het K.B. van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid neergelegde bevoegdheid van het beheerscomité van de R.V.A. om bepaalde studies te erkennen als voorbereidend tot de uitoefening van een beroep in loondienst en aan het standpunt van het Hof van Cassatie, dat de weigering van erkenning niet vatbaar is voor beroep langs de gewone kanalen (Cass., 21 februari 1973, *T.S.R.*, 1973, 18; *J.T.T.*, 1974, 56; *R.W.*, 1973-74, 662).

Ons komt het voor, dat in de discussie over het tweede lid van artikel 8 de verwarring vooral gesticht wordt door het gebruik van de term "straf", en dat, om te kiezen tussen voor- en tegenstanders van de beroepsmogelijkheid, de door CH. PATURIEAUX verdedigde opvatting doorslaggevend is dat het begrip "straf" niet op zijn plaats staat omdat de weigering van uitkering wegens laattijdige aangifte nu eenmaal geen administratieve sanctie is (in de zin bijvoorbeeld van artikel 101 van de Wet van 9 augustus 1963) en het intrekken van die weigering dus geen "opheffing van een straf" kan zijn (*o.c.*, blz. 8 en 9).

2. Bijzonder lofwaardig is verder de poging van het arbeidshof om aan het begrip "behartigenswaardigheid" een algemene en rationele inhoud te geven: in een behartigenswaardige toestand bevindt zich de verzekerde die, door bijzondere omstandigheden, een onevenredig zware prijs moet betalen voor de handhaving van een algemene norm, zodat afbreuk wordt gedaan aan het beschermend karakter van een wet. Ook de opsomming van beoordelingscriteria en met name het afwegen van het belang van de verzekerde en dat van de verzekeraar verdienen een bijzondere aandacht en betekenen een verrijking ten aanzien van de voorgaande rechtspraak, die al te casuïstisch aandeeld (zie bijvoorbeeld CH. PATURIEAUX, *o.c.*, blz. 4, en vooral de jurisprudentie aangehaald door M. SYMOENS, "Behartigenswaardige gevallen", *Inf. bl. R.I.Z.I.V.*, 1971, 157-160). En ten slotte kan met het arbeidshof in het geannoteerde arrest ook de vraag worden gesteld, of de notie "behartigenswaardigheid" niet vatbaar is voor gradaties en of ze dus in sommige gevallen niet tot een slechts gedeeltelijke opheffing van het verval van vergoeding moet leiden.

Dries Simoens

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE MECHELEN

22 DECEMBER 1976

Voorzitter: de h. J. Kiekens

Rechters: de hh. R. Buelens en F. De Nijs

Openbaar ministerie: de heer P. Van Hamme

Advocaten: mrs. Jacobs loco Houtekier en Ehlinger

Bevoegdheid — Ratione materiae — Rechtbank van koophandel—Aval op orderbriefje—Exceptie van onbevoegdheid strekkend tot beoordeling van het geschil ten gronde.

De rechtbank van koophandel is ratione materiae bevoegd om te kennen van een betwisting, die gaat over

het al dan niet geven van aval op een orderbriefje, zelfs indien achteraf mocht blijken dat de aangevoerde rechtsgrond niet bewezen is, daar in dit geval zulks enkel een kwestie van de al dan niet gegrondheid van de gestelde eis zou zijn.

Panam Inc. t/ Van H.

Advies van het O.M.

1. Eiseres vraagt dat verweerder, avalgever op een reeks orderbriefjes, wordt veroordeeld tot betaling van 201.600 \$, aangezien de hoofdschuldenaar in gebreke is gebleven.

Voor de eerste rechter wierp verweerder in hoofdorde op dat de Burgerlijke Rechtbank van Mechelen ratione materiae bevoegd is, omdat hij geen handelaar is en de verleende borg in zijn hoofde evenmin een objectieve daad van koophandel uitmaakt.

Eiseres repliceerde hierop dat de handtekening van verweerder, als aval op de orderbriefjes, een daad van koophandel is en vroeg dat het geschil zou worden gezonden naar de arrondissementsrechtbank, wat gebeurde bij vonnis van 8 september 1976.

Beide partijen blijven op hun standpunt in hun conclusie vóór de arrondissementsrechtbank.

2. Het probleem is of de arrondissementsrechtbank, die zich heeft uit te spreken over het middel van onbevoegdheid, de grond van het geschil mag beoordelen, en welke houding de rechtbanken in 't algemeen moeten aannemen, wanneer de volstreckte bevoegdheid in kwestie wordt aangebracht op grond van beschouwingen ontleend aan het geschil ten gronde.

3. Luidens de bepaling van artikel 8 van het Gerechtelijk Wetboek is de bevoegdheid de macht van de rechter om kennis te nemen van een vordering die voor hem is gebracht. Luidens artikel 9 dan, is de volstreckte bevoegdheid der rechtsmacht bepaald naar het onderwerp (lees "voorwerp", zie Franse tekst "objet"), ... de waarde van de vordering (Rb. Brussel, 22 juni 1964, *Pas.*, 1966, III, 39; *P.B.*, v° Exception mat. civile et com., nr. 432). Zo is de arbeidsrechtbank bevoegd voor de vorderingen bedoeld in de artikelen 578 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek en namelijk die welke een arbeids-overeenkomst tot voorwerp hebben.

4. De vordering gaat uit van de eisende partij, en het is deze die het voorwerp ervan omschrijft en, waar het moet, de waarde ervan bepaalt. Het ligt aldus voor de hand dat bijvoorbeeld een persoon, die beweert iets te vorderen te hebben op basis van een arbeidsovereenkomst en zich daartoe richt tot de arbeidsrechtbank, een juiste keuze heeft gedaan, want deze rechtbank precies is bevoegd om kennis te nemen van sociale geschillen.

5. Soms dan komt het voor dat verweerder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank betwist, beweerde dat de contractuele band tussen partijen geen arbeidsovereenkomst uitmaakt, omdat er tussen de contractanten geen band van ondergeschiktheid bestaat. Een dergelijk geschil kan al dan niet aanleiding geven tot

verwijzing naar de arrondissementsrechtbank, naargelang aanlegger tegenover de exceptie geplaatst, al dan niet de verwijzing vraagt krachtens de bepaling van art. 639 Ger.W. De rechtbank, of in voorkomend geval de arrondissementsrechtbank, heeft dus stelling te nemen ten overstaan van de door verweerder voorgedragen exceptie van onbevoegdheid. Tot nog toe werden voor de oplossing van dit probleem, namelijk de volgende twee methodes gevolgd.

6. Zo werd geoordeeld dat, hoewel het voorzitterscollege geen uitspraak mag doen over de grond van de zaak (art. 639 in fine Ger.W.), wanneer over het middel van onbevoegdheid moet worden geoordeeld, dit college toch de grond van het geschil *kan* beoordelen weliswaar alleen met het doel om de bevoegdheid te bepalen (A. Fettweis, nr. 65). Hieraan koppelt men de beschouwing dat die beoordeling verregaande gevolgen kan hebben, want dat, door te beslissen dat er geen bediendencontract heeft bestaan, maar wel een contract sui generis, de arrondissementsrechtbank aldus elke rechtsgrond aan de eis ontnemt, vooral wanneer deze duidelijk op een dienstcontract gebaseerd was. Niettemin, zegt men, moet de arrondissementsrechtbank, om over de bevoegdheid te oordelen, de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen en aldus de grond van de zaak nagaan (zie R.W., 1974-75, 1547 en 1548).

7. Volgens de andere methode beperkt de arrondissementsrechtbank zich tot de vaststelling dat *de vordering gebaseerd* was op het beweerde bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen partijen en gaat ze niet na of er een band van ondergeschiktheid is. Daaruit leidt zij de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank af: de arbeidsgerechten zijn in elk geval bevoegd *ratione materiae*, zelfs indien mocht blijken dat de aangevoerde rechtsgrond niet bewezen is (Arbh. Brussel, 7 juni 1973, R.W., 1973-74, 732; Arbrb. Gent, 19 november 1971, A.R. 287/70; Cass., 21 februari 1944, *Pas.*, 1944, I, 219; Hof Brussel, 5 mei 1934, *Pas.*, 1934, II, 115; Kh. Brussel, 8 mei 1965, *Jur. Com. Brux.*, 1965, 139; noot onder Arrond. Antwerpen, 6 november 1973, R.W., 1973-74, 946). Men kritiqueert deze stellingname en noemt ze een pragmatische oplossing, moeilijk aanvaardbaar zowel voor de rechter, bij wie de zaak aanhangig werd gemaakt, als voor de arrondissementsrechtbank. Indien voor de eerste rechter komt vast te staan dat de aangevoerde rechtsgrond niet bewezen is, zou alsdan tot de ongegrondheid van de eis, niet tot de onbevoegdheid kunnen worden besloten. Men vraagt zich ook af of de bevoegdheidsregels in deze optiek nog zin hebben. Ten slotte zegt men dat, indien deze methode gevolgd zou worden door het voorzitterscollege, er duidelijk uitspraak wordt gedaan over de grond van de zaak en zelfs geenszins over de bevoegdheid waarvoor het nochtans opgericht is (R.W., 1974-75, 1547 en 1548 gecit.).

8. Ik meen integendeel dat eerder bij de eerst geschetste methode uitspraak gedaan wordt over de grond van de zaak, *bij onderzoek van een exceptie van onbevoegdheid*. Daar immers gaat men de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen na ten einde te kunnen bepalen of al dan niet een arbeidscontract aan het geschil ten grondslag ligt. De auteur voegt er zelfs de

hierboven aangehaalde beschouwingen (nr. 4) aan toe over de mogelijke verregaande gevolgen van deze beoordeling, waarbij, zij hier terloops gezegd, naar mijn mening, toch de bepaling van artikel 660, lid 2, Ger.W. niet uit het oog mag worden verloren, volgens welke voor de rechter, naar wie de vordering wordt verwezen, het recht om over de rechtsgrond van de zaak te oordelen onverkort blijft (A. Fettweis, nr. 59). Op te merken is dat deze laatste bepaling, bij toepassing op de eerste methode, tot het eigenaardig resultaat kan leiden dat de arbeidsrechtbank het bestaan van een arbeidscontract verwerpt, nadat voorheen de arrondissementsrechtbank er anders over geoordeeld had en dat de arbeidsrechtbank ten gronde moet oordelen over een contract sui generis.

9. Tegen de tweede methode roept men haar pragmatisch karakter in en men vraagt zich af of de bevoegdheidsregels in die optiek nog zin hebben. Ik meen dat hiertegen ingebracht kan worden dat verweerder, in de besproken hypothese, precies te onpas, zijn verdedigingssysteem in het kleedje steekt van een bevoegdheidsincident en dat de exceptie van onbevoegdheid moet worden afgewezen om de volgende redenen.

Zoals gezegd wordt het voorwerp van de vordering vastgelegd door de aanlegger, en het is in functie van dit voorwerp van de eis, zoals omschreven in de akte van rechtsingang, dat, overeenkomstig de vigerende rechtsregelen, de bevoegdheid moet worden beoordeeld, zoals ook de som, die in de inleidende akte wordt geëist, de volstreckte bevoegdheid bepaalt, zelfs bij overdrijving vanwege de eisende partij (A. Fettweis, nrs. 90 tot 92). Wanneer aanlegger als basis van zijn eis een arbeidsovereenkomst neemt, dan is zulks zijn goed recht. Wanneer nu verweerder de zaken anders ziet en beweert dat een contract sui generis of een burgerrechtelijk contract aan de betrekkingen tussen partijen ten grondslag ligt en daaruit afleidt dat de arbeidsrechtbank onbevoegd is, dan stelt hij zich in de plaats van de aanlegger en dan strekt zijn verweer ertoe een ander voorwerp te substitueren aan datgene dat door de aanlegger genoemd wordt. Zodoende komt de exceptie van onbevoegdheid neer op onrechtmatige aanmatiging van het recht van de aanlegger en zij is niet ontvankelijk (P.B., v^o Compétence civile et général, nr. 331). Een nieuwe vordering kan trouwens slechts tot stand komen binnen de door art. 807 Ger.W. gestelde perken en daarbij mogen de partijen, die bij gemeen overleg de oorspronkelijke vordering mogen wijzigen of uitbreiden, geen inbreuk maken op de bepalingen van openbare orde inzake bevoegdheid (zie verslag C. Van Reepinghen, t. I, p. 326 e.v.; W. Delva, *Overzicht van het Belgisch burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht*, vol. 3, p. 69). Er rijst in werkelijkheid geen bevoegdheidsprobleem, want om te bepalen welke rechtbank bevoegd is, moet men het voorwerp van de vordering in acht nemen, en niet de gevolgen, die zij zou kunnen hebben, ingeval zij zou worden ontvangen (P.B., v^o Exception mat. civ. et com., nr. 436). De rechtbank zal de eis, zoals geformuleerd, onderzoeken ten gronde, eventueel vaststellen dat de eis ongegrond is, zoals hij gebaseerd is op een arbeidsovereenkomst, omdat de contractuele relatie tussen partijen dit karakter niet heeft, en hem afwijzen. Hierna is de taak van de rechter uitgeput en hij hoeft zich verder

niet in te laten met de beschouwing dat de eis op een andere basis geformuleerd, de namelijk door verweerder aangehaalde, niet tot zijn bevoegdheid behoort; zulks maakt immers geen voorwerp uit van de bij hem aanhangig gemaakte vordering. Het is de taak van de afgewezen aanlegger om zelf het initiatief te nemen om zijn eis, op een ander voorwerp gebaseerd, bij een andere, volgens de nieuwe formulering bevoegde en door hem uitgekozen rechtbank aanhangig te maken. In werkelijkheid is, wat verweerder verkeerdelijk als exceptie van onbevoegdheid bestempelt, gewoonweg een verdediging ten gronde. (En réalité, il n'y a pas d'exception, il y a contestation formelle et directe d'un droit: P.B., v° Compétence civile des juges de paix, nr. 18.)

Tegen deze zienswijze voert men ook aan dat zij gevestigd is op een enge interpretatie van de teksten, die nochtans in ruime en soepele termen gesteld zijn, zodat wie over de bevoegdheid moet oordelen, om deze te bepalen en alleen met dat doel, de grond van het geschil kan beoordelen; zodat de arrondissementsrechtbank, met het doel zich over de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel uit te spreken, evenals de feitenrechter kan nagaan of de overeenkomst in geschil een burgerlijk of commercieel contract is (A. Fettweiss, gecit., nr. 65).

Maar hoe dan de eerste methode, waarbij bij wijze van substitutie van voorwerp van de eis een andere visie wordt opgedrongen aan de aanlegger, verzoenen met de gebiedende regel van de passiviteit van de rechter? Kan men staande houden dat de aanlegger in alle gevallen gediend is met de nieuwe oriëntatie welke aan zijn door toedoen van de verweerder omgedoopte vordering gegeven wordt?

10. En het is onverschillig of nu de eerste rechter uitspraak heeft te doen over de exceptie ofwel de arrondissementsrechtbank, na vraag tot verwijzing van de eiser. In beide gevallen moet de exceptie, naar mijn oordeel, om de uiteengezette redenen afgewezen worden. Om dezelfde redenen zou, in geval van verwijzing ambtshalve naar de arrondissementsrechtbank deze de zaak terug moeten verwijzen naar de eerste rechter, omdat zij, evenmin als de verweerder, haar visie mag opdringen aan de eiser op straffe van overschrijding van rechtsmacht.

11. Bovenstaande beschouwingen zijn uiteraard geldig voor alle gevallen waar de exceptie van onbevoegdheid ertoe strekt een ander voorwerp te substitueren aan datgene, dat de eisende partij in haar vordering heeft vastgelegd, ten einde de zaak te onttrekken aan de voor het voorwerp van de eis, zoals geformuleerd door de aanlegger, bevoegde rechter.

Moeilijkheden van deze aard doen zich meestal voor in verband met de hoedanigheid van de partijen en de aard van de overeenkomst (R.W., 1974-75, 1548, reeds geciteerd).

12. Uiteraard is de omschrijving zelf van het voorwerp in de vordering vatbaar voor interpretatie, dusdanig dat het al dan niet bevoegd zijn van de door aanlegger gekozen rechtbank afhangt van de wijze waarop de rechter het voorwerp van de vordering gaat interpreteren, hierbij zoekende naar de werkelijke bedoeling van de aan-

legger. Deze heeft immers het recht, met het oog op de regeling van de bevoegdheid, de betekenis van de eis te bepalen, wanneer deze dubbelzinnig is (P.B., v° Compétence civile en général, nr. 329). Zulks kan dan ook weer ambtshalve gebeuren of ingevolge een initiatief van de verweerder. Begripsverwarring tussen voorwerp en middelen van de vordering is niet uitgesloten bij betwistingen omtrent de bevoegdheid, en de bevoegdheid wordt bepaald, niet door de middelen, maar door het voorwerp van de vordering.

Het voorwerp — d.w.z. de feiten waarop de vordering gebaseerd is — moet volkomen nauwkeurig en met zekerheid bepaald zijn, zodat de gedaagde de aard van de ingestelde vordering en de gegrondheid ervan zou kunnen nagaan en zijn verdediging voorbereiden (P.B., v° Exploit introductif d'instance, nr. 140 e.v.).

De middelen, feitelijke en in rechte, daarentegen moeten luidens de bepaling van art. 702 Ger.W. slechts kort samengevat zijn. Het komt er dus op aan de lijn te trekken tussen voorwerp en middelen, wat ongetwijfeld behoort tot de bevoegdheid van de arrondissementsrechtbank, ingeval het bevoegdheidsprobleem naar dit college verwezen werd, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van de eiser. Hier is, zoals gezegd, verwarring mogelijk, onder meer naar aanleiding van de wijze waarop men het begrip, "oorzaak van de vordering", gaat interpreteren en van het assimileren van de oorzaak van de vordering hetzij met het voorwerp, hetzij met de middelen (zie in dit verband nl. P.B., v° Compétence civile en général, nrs. 319 tot 331; *ibid.*, v° Exploit introductif d'instance, nrs. 136 e.v.).

Een gebrekkige opgave in het exploit zal trouwens niet noodzakelijk uitsluitend aanleiding kunnen geven tot het aanvoeren van de exceptie van onbevoegdheid. Verweerder immers kan in voorkomend geval ook de exceptie obscuri libelli opwerpen, wanneer de akte van rechtsingang niet het voorwerp van de vordering zou inhouden, of duister zou zijn in die mate dat verweerder eruit niet zou kunnen opmaken of hij wel voor de bevoegde rechter werd gedaagd. De exceptie obscuri libelli, als dusdanig kan niet door de rechter ambtshalve worden opgeworpen, doch de rechtbank zou wel, na eventuele afwijzing ervan, in voorkomend geval ambtshalve toch een middel kunnen aanvoeren dat uit haar onbevoegdheid voortkomt (art. 640 Ger.W.). De rechter bepaalt immers soeverein het voorwerp van de betwisting (P.B., v° Exception mat. civile et comm., nr. 482).

13. In het onderhavige geval heeft de eis tot voorwerp de uitvoering van de verplichtingen van de avalgever, die een verbintenis uitmaken van commerciële aard. Verweerder van zijn kant, verwerpt het commercieel karakter van zijn verbintenis. Wij staan hier voor een typisch geval van een betwisting van de volstreckte bevoegdheid, waarbij de hoedanigheid van verweerder en de aard van de overeenkomst in kwestie wordt gebracht. Welnu, luidens de bepaling van art. 2, boek I, titel I, W.V.K., worden namelijk de wisselbrieven en orderbrieven geacht daden van koophandel te zijn. Het betreft hier daden, die door de vorm daden van koophandel worden. Al wie handelspapier ondertekent dat aan order of aan toonder is, verbindt zich op commerciële grondslag wegens de vorm van het bescheid. Deze commercialisering grijpt plaats zonder dat rekening wordt gehou-

den met de persoon van de ondertekenaar, ongeacht of hij al dan niet handelaar is. Hiervan uitgaande bepaalt art. 573, 2°, Ger.W. dat de rechtbank van koop-handel kennis neemt van de geschillen betreffende wisselbrieven en orderbriefjes (zie *Nov., Dr. Comm., II, Lettre de change et billet à ordre*, nr. 1311; J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, I, nr. 83; A. Fettweis, *Bevoegdheid*, nr. 298, 304). Welnu, het aval, hetzij het gegeven is op het effect zelf, of bij afzonderlijke akte, is ook een handelsdaad, zelfs vanwege een niet-handelaar, en welke de oorzaak zij waarvoor het aval wordt toegestaan. Het aval staat duidelijk in tegenstelling tot de civielrechtelijke borgtocht (*Nov., Dr. Com., I, Des commerçants*, nrs. 262 tot 264; J. Ronse, *Wisselbrief en orderbriefje*, nrs. 912, 1029, 1056, 2445 en 2450).

Het is duidelijk dat in de onderhavige zaak de exceptie van onbevoegdheid ertoe strekt een ander voorwerp, — de uitvoering van de civielrechtelijke borgtocht, — in de plaats te stellen van het voorwerp, — de uitvoering van het aval op een orderbriefje, — dat door aanlegger werd geformuleerd in de akte van rechtsingang.

Ik meen dat derhalve, in het licht van wat hierboven werd uiteengezet, de exceptie onontvankelijk moet worden verklaard en de zaak terug moet verwezen worden naar de rechtbank van koophandel. Met deze vaststelling is de rechtsmacht van de arrondissementsrechtbank uitgeput.

Vonnis

Gelet op het vonnis van 8 september 1976 van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen waarbij de zaak voor bevoegdheidsregeling wordt verwezen naar deze arrondissementsrechtbank; (...)

Overwegende dat de vordering, ingeleid bij dagvaarding van 27 februari 1976 voor de Rechtbank van Koophandel te Mechelen, strekt tot betaling van de tegenwaarde in Belgische munt tegen de hoogste wisselkoers op de dag van de betaling van de som van 201.600 dollar, met interesten en kosten, zijnde het voorlopig saldo van een bedrag van 512.912,52 dollar, die verweerder aan eiseres zou verschuldigd zijn wegens het ondertekenen, als aval, van 59 orderbriefjes van 23 april 1971;

Overwegende dat volgens eiseres de handtekening van verweerder, als avalgever, op de orderbriefjes in kwestie een daad van koophandel is;

Dat verweerder van zijn kant laat gelden dat hij borg tekende op een schuldbekentenis, dat hij geen handelaar is en dat de verleende borg in zijn hoofde evenmin een objectieve daad van koophandel uitmaakt, zodat niet de Rechtbank van Koophandel doch wel de Burgerlijke Rechtbank te Mechelen bevoegd zou zijn om van de ingestelde eis te kennen;

Overwegende dat de vordering gebaseerd is op het feit dat aan eiseres 59 orderbriefjes werden overhandigd, waarop verweerder getekend heeft voor aval;

Overwegende dat de geschillen betreffende het aval op een orderbriefje — wanneer het bedrag van de vordering hoger is dan 25.000 frank — tot de bevoegdheid *ratione materiae* van de rechtbank van koophandel behoren;

Dat inderdaad de verbintenis van de avalgever, ook indien het aval bij afzonderlijke akte gegeven is, als wissel-

verbintenis een objectieve daad van koophandel is, zelfs wanneer de avalgever geen handelaar is en welke ook de oorzaak zij waarvoor het aval wordt toegestaan (art. 2, boek I, titel I, W.v.K., J. Ronse, *Wisselbrief en orderbriefje*, nrs. 912, 1029, 1056, 2445 en 2450);

Dat daar de betwisting gaat over het al dan niet geven van aval op een orderbriefje, de rechtbank van koophandel dus alleszins *ratione materiae* bevoegd is om van dat geschil te kennen, zelfs indien achteraf mocht blijken dat de aangevoerde rechtsgrond niet be-
wezen is, daar in dat geval zulks enkel een kwestie van al dan niet gegrondheid van de gestelde eis zou zijn (Cass., 21 februari 1944, *Pas.*, 1944, I, 219; Arbeidshof Brussel, afd. Antwerpen, 7 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 732);

Overwegende dat verweerder woonachtig is in het gerechtelijk arrondissement Mechelen, zodat de Rechtbank van Koophandel te Mechelen ook bevoegd is *ratione loci* om van de vordering te kennen;

Overwegende dat waar de partijen verzoeken de onderhavige zaak te voegen met die welke ingeleid werd bij exploit van dagvaarding van 3 augustus 1976 voor de Rechtbank van Koophandel te Mechelen tegen Charles P., het betaamt op te merken dat de zaken zonder voeging, elk bij afzonderlijk vonnis, naar de arrondissementsrechtbank werden verwezen;

Dat het, in onderhavig geval, niet tot de taak van de arrondissementsrechtbank behoort om hier reeds te voegen, te meer daar de Rechtbank van Koophandel te Mechelen in ieder geval ter zake bevoegd is, zowel *ratione materiae* als *ratione loci*, ongeacht of er samenhang is met de vordering Charles P. of niet;

Overwegende dat uit dit alles volgt dat het betaamt de zaak te verwijzen naar de Rechtbank van Koophandel te Mechelen;

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 28 oktober 1976

Verjaring—Vordering tot schadevergoeding op grond van strafbaar feit—Termijn—Openbare orde.

Rechtsdoende op de rechtsvordering die verweester in cassatie bij exploit van 28 september 1973 tegen eiseres tot cassatie, de gemeente Schaarbeek, had ingesteld tot betaling van schadevergoeding wegens de verwondingen en de dood van haar kind op 12/13 februari 1951 ten gevolge van de fout van een gymnastiekleraar die als aangestelde van eiseres wordt gekwalificeerd, heeft het bestreden arrest (Hof Brussel, 23 oktober 1975) eiseres tot betaling van een schadevergoeding veroordeeld om de reden dat de aansprakelijkheid van eiseres terecht in aanmerking wordt genomen op grond van art. 1384 B.W. wegens de foutieve gedraging van de leraar. Eiseres werpt op dat door ten laste van de leraar een fout in aanmerking te nemen welke de letsels veroorzaakte die de dood van het kind tot gevolg hadden, het arrest noodzakelijk aanneemt dat de gedraging van de leraar het in de artt. 418 en 420 Sw. bedoelde misdrijf uitmaakte, zodat de civielrechtelijke vordering van verweester tegen de leraar en tegen eiseres, ongeacht of deze op grond van art. 1384 B.W. aansprakelijk was dan wel voor de daad van haar orgaan moest instaan, door verjaring was teniet gegaan. Het arrest wordt op de volgende gronden vernietigd:

"Overwegende dat, naar luid van het bestreden arrest, de enige grondslag van de veroordeling van eiseres dezer civielrechtelijke aansprakelijkheid is 'wegens de foutieve gedraging van de turnleraar, zoals ze werd omschreven door de eerste rechter in de motieven die het hof overneemt';

"Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de zoon van verweerster op 13 februari 1951 overleed aan de gevolgen van een ongeval tijdens een turnles in een instelling van eiseres;

"Overwegende dat aldus uit het arrest volgt dat de rechtsvordering tot vergoeding van de schade ingevolge het ongeval stoelt op een misdrijf van onopzettelijk doden;

"Overwegende dat een civielrechtelijke vordering volgens uit een misdrijf, naar luid van artikel 26 van de wet van 17 april 1878, gewijzigd bij de wet van 30 mei 1961, verjaart door verloop van vijf jaren, te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd; zij kan echter niet verjaren vóór de strafvordering;

"Overwegende dat de strafvordering volgens uit een wanbedrijf bij ontstentenis van een verjaringstuitende grond, noodzakelijk verjaard is wanneer sinds de feiten zes jaren verlopen zijn;

"Overwegende dat er geen verjaringstuitende grond blijkt te zijn van de strafvordering of van de civielrechtelijke vordering welke slechts op 28 september 1973 werd ingesteld;

"Overwegende dat artikel 26 van de wet van 17 april 1878 een regel van openbare orde uitvaardigt die voor het eerst voor het Hof mag worden aangevoerd;

"Dat het middel gegrond is."

(Voorzitter: de h. Perrichon—Raadsheer-rapporteur: de h. Trousse—Advocaat-generaal: de h. Velu—Advocaat: mr. Dassesse—In de zaak: gemeente Schaarbeek t/ E.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 november 1976

Verzuim en ingebrekestelling—Schadevergoeding wegens vertraging in de nakoming van een verbintenis om iets te doen tegen een bepaalde datum.

Eiser tot cassatie had voor de feitenrechter opgeworpen dat een ingebrekestelling om een aangenomen werk op een bepaalde datum te voltooien noodzakelijk was. Tegen het arrest dat hem veroordeelt (Hof Brussel, 8 januari 1976) voert hij in het eerste onderdeel van zijn cassatiemiddel de schending van art. 1146 B.W. aan.

"Overwegende dat het arrest, om eiser te veroordelen tot schadevergoeding wegens vertraging in de nakoming van een verbintenis om iets te doen, en met de vaststelling dat er geen ingebrekestelling is geweest, enkel vermeldt dat eiser 'zich er bij overeenkomst toe verbonden had om het werk in honderdvijfenzestig dagen af te maken; dat hij, door zijn fout, die termijn heeft laten voorbijgaan; (...) dat artikel 1146 van het Burgerlijk Wetboek in een dergelijk geval geen ingebrekestelling voorschrijft';

"Overwegende dat, enerzijds, het arrest niet vaststelt dat eiser, volgens de bepalingen van de overeenkomst, in gebreke zou zijn door het enkel verschijnen van de vervaltijd en, anderzijds, de gronden van het arrest niet impliceren dat hetzij uit de bedoeling van de partijen of uit de bijzondere omstandigheden van de zaak volgt dat, na het verstrijken van de bij de overeenkomst vastgestelde termijn, de uitvoering van de verbintenis van eiser onmogelijk was geworden of geen nut meer had voor de verweerder;

"Overwegende dat het hof van beroep, op grond alleen van de in het arrest vermelde vaststellingen niet wettelijk heeft kunnen beslissen dat artikel 1146 van het Burgerlijk Wetboek ten deze geen enkele ingebrekestelling voorschreef;

"Dat dit onderdeel van het middel gegrond is."

(Eerste voorzitter: ridder Rutsaert—Raadsheer-rapporteur: de h. Capelle—Procureur-generaal: de h. Delange—Advocaten: mrs. Bützler en Bayart—In de zaak: B. t/ H.)

NOOT—Over de ingebrekestelling bij diverse aangelegenheden leze men Cass., 20 mei 1948, R.W., 1948-49, 9 (boetebeding); 20 december 1951, R.W., 1951-52, 1035 (vertraging); 3 mei 1957, Pas., 1957, I, 1047 (vervoer ter zee; prijsverschom-

elingen; VAN RYN en HEENEN, R.C.J.B., 1967, 128, vinden dat "l'arrêt n'est pas très net"; 17 oktober 1957, Pas., 1958, I, 143 (ontbinding van een overeenkomst); 20 februari 1958, Pas., 1958, I, 670 (betekening van vonnis met bevel tot betaling); 4 december 1958, Pas., 1959, I, 335 (ontbinding van huurcontract); 9 oktober 1958, R.W., 1960-61, 313 (onderscheid tussen ingebrekestelling wegens vertraging en de constatering of het bewijs van de vertraging; zie in een gelijkaardige zaak ook Cass., 13 juni 1958, Pas., 1958, I, 1144); 2 mei 1964, R.W., 1964-65, 73 (uitdrukkelijk ontbindend beding); 30 september 1965, Pas., 1966, I, 147 (niet van openbare orde); 12 januari 1968, R.W., 1968-69, 781 (is herhaald aandringen op voltooiing van het werk een ingebrekestelling?); 26 mei 1971, Arr. Cass., 1971, 956 (oproping tot verzoening); 24 maart 1972, R.W., 1971-72, 2023 (ingebrekestelling die alle nut verloren heeft); 26 april 1974, Arr. Cass., 1974, 932 (Gemeenschappelijk Waarborgfonds; termijn en vorm van aangifte en ingebrekestelling); 4 september 1975, R.W., 1975-76, 1561, met noot van H. VAN HOUTTE (depreciatie van vreemde munt).

De betekening van de dagvaarding tot ontbinding is een akte van gelijke waarde als de ingebrekestelling die vereist is voor de ontbinding op grond van art. 1184: Cass., 17 oktober 1957, *g.c.* (zie ook Cass., 24 maart 1972, *g.c.*, waar de ontbinding op wederzijds werd uitgesproken, maar de ingebrekestelling geen nut meer had). Lees in *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, 775, de kritische aantekeningen van Y. LOUSSOUARN betreffende de grondslag van die gelijkstelling, naar aanleiding van Cass. fr., 28 februari 1972, D., 1972, Somm., 140.

Men verliese niet uit het oog dat het middel dat gebaseerd is op de ontstentenis van ingebrekestelling, voor de feitenrechter moet worden opgeworpen en niet voor de eerste maal in cassatie kan worden aangevoerd: Cass., 2 april 1959, Pas., 1959, I, 758 (vertraging); 27 maart 1952, Pas., 1952, I, 481 (ontbinding).

C.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 16 november 1976

Strafvordering—Verzet—Buitengewone termijn—Datum waarop de beklaagde kennis heeft gekregen van de betekening van het verstekvonnis—Vaststelling.

Het bestreden arrest (Hof Gent, 26 maart 1976) heeft het beroepen vonnis bevestigd, waarbij het verzet van eiseres tot cassatie, beklagde, tegen het tegen haar bij verstek gewezen vonnis ontijdig en niet ontvankelijk heeft verklaard op de door het arrest overgenomen reden dat zij ter zitting had verklaard persoonlijk kennis te hebben gekregen van het verstekvonnis "zowat twee à drie maanden na de datum van de uitspraak ervan, dat is twee à drie maanden geleden, begin september" en dit via haar advocaat. De beslissing wordt op de volgende gronden vernietigd:

"Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat het bedoelde verstekvonnis bij exploit van 7 juli 1975 werd betekend aan het politiecommissariaat en dat de beklaagde, thans eiseres, de verklaring heeft afgelegd die in het middel is aangehaald;

"Overwegende dat, wanneer, zoals ten deze, eensdeels uit de stukken van de procedure niet blijkt noch door de beslissing wordt vastgesteld op welke datum de beklaagde kennis heeft genomen van de betekening van het verstekvonnis, terwijl anderdeels de termijn van verjaring van de straf niet verstreken is, de rechter op grond van de voormelde vaststellingen alleen niet wettig kan beslissen dat de buitengewone termijn van verzet, waarvan hij immers de aanvang niet bepaalt, verstreken is."

(Voorzitter: de h. Wauters—Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert—Advocaat-generaal: de h. Ballet—Advocaat: mr. de Bontridder—In de zaak: C.)

NOOT—De feitenrechter moet niet alleen vaststellen dat de bij verstek veroordeelde beklaagde metterdaad kennis heeft gekregen van de betekening van het vonnis of arrest (L. CORNIL, "Loi du 9 mars 1908 portant modification des articles 151, 187 et 413 du Code d'instruction criminelle", R.D.P., 1909, 534-535; A. DEVOS, "Critique de la loi du

9 mars 1908 remplaçant l'article 187 du Code d'instruction criminelle", J.T., 1908, 1059-1063; A. VANDEPLAS, "Over verzet in strafzaken", R.W., 1972-73, 1796, nr. 5), maar bovendien moet hij bepalen op welke datum de beklagde kennis heeft gekregen van deze betekening. Zonder te bepalen wanneer de buitengewone termijn van verzet aanvangt, kan de feitenrechter ook niet wettig beslissen dat deze termijn verstreken is: deze precisering is onontbeerlijk opdat het Hof van Cassatie de nodige controle zou kunnen uitoefenen.

A. Vandeplas

Hof van Cassatie (2e Kamer), 26 oktober 1976

Strafvordering—Dagvaarding—Nietigheid—Bij ontbreken van wezenlijk bestanddeel of bij schending van de rechten van de verdediging—Vermelding van gerechtskosten.

In een strafzaak werd aan eiser tot cassatie een afschrift van de dagvaarding betekend, dat het bedrag van de kosten noch in detail noch in totaal opgaf. Hij voert aan dat het bestreden vonnis (Corr. Brugge, 29 april 1976) ten onrechte zijn op dit verzuim gefundeerde middel van nietigheid heeft verworpen.

"Overwegende dat in strafzaken de dagvaarding slechts dan nietig kan worden verklaard indien een wezenlijk bestanddeel van die akte ontbreekt of indien blijkt dat de onregelmatigheid de rechten van de verdediging heeft geschonden;

"Overwegende, eensdeels, dat de artikelen 43 en 45 van het Gerechtelijk Wetboek niet toepasselijk zijn op de inhoud van de dagvaarding doch alleen op de vormvereisten ervan;

"Overwegende, anderdeels, dat het vonnis sovereen vaststelt dat de aangeklaagde onregelmatigheid de rechten van de verdediging niet heeft geschonden;

"Dat het vonnis aldus zijn beslissing wettelijk rechtvaardigt en eisers conclusie passend beantwoordt;

"Dat het middel niet kan worden aangenomen."

(Voorzitter: de h. Wauters—Raadsheer-rapporteur: ridder de Schaetzen—Advocaat-generaal: de h. Declercq—Advocaat: mr. Depuydt—In de zaak: L.)

NOOT—Zie Corr. Brussel, 21 januari 1976, R.W., 1975-76, 2097, en de noot van A. VANDEPLAS.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 2 juni 1976

Werkloosheid—Recht op uitkeringen—Werkloosheid door eigen schuld of toedoen—Sanctie bij herhaling—Voorwaarde.

Zoals het Arbeidshof te Luik op 15 oktober 1974 uitsprak, beslist ook het Hof van Cassatie dat de sanctie bepaald bij art. 136, § 1, K.B. 20 december 1963 en die de werknemer treft die werkloos wordt door eigen schuld of toedoen binnen het jaar na een gebeurtenis die aanleiding heeft gegeven tot het opleggen van een sanctie om dezelfde reden, een feit veronderstelt waarover een in kracht van gewijsde gegane beslissing is gewezen. Aan die voorwaarde is niet voldaan zolang de rechter geen uitspraak heeft gedaan in het geschil omtrent die eerste beslissing.

"Overwegende dat artikel 135 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid bepaalt dat de werkloze door eigen schuld of toedoen elke aanspraak op werkloosheidsuitkering verliest gedurende ten minste vier en ten hoogste dertien weken;

"Dat, krachtens artikel 136, § 1, lid 1, van hetzelfde besluit, de werknemer die werkloos is of wordt door eigen schuld of toedoen binnen het jaar na de gebeurtenis die aanleiding heeft gegeven tot toepassing van artikel 135, elke aanspraak op werkloosheidsuitkering verliest gedurende ten minste dertien en ten hoogste zesentwintig weken;

"Overwegende dat uit deze laatste bepaling blijkt dat het verlies van de aanspraak op werkloosheidsuitkering gedurende een langere dan de in artikel 135 vastgestelde periode niet gegrond is op de loutere herhaling van het feit, doch op de herhaling van het feit na een vroeger feit dat aanleiding heeft gegeven tot een beslissing waarbij artikel 135 wordt toegepast;

"Overwegende dat, krachtens voormeld artikel 136 en de regels inzake de bewijslast, het verlies van de aanspraak op werkloosheidsuitkering gedurende de in deze bepaling vastgestelde periode, in strijd met wat eiser betoogt, niet kan worden gegrond op een vroeger feit waarover nog geen in kracht van gewijsde gegane beslissing is gewezen en dat, bijgevolg, nog niet definitief ten laste van de wernermer is bewezen;

"Overwegende dat in deze regels niets veranderd wordt door de bepaling van genoemd artikel 136 volgens welke de termijn van één jaar begint te lopen vanaf 'de gebeurtenis die aanleiding heeft gegeven tot toepassing van artikel 135'; dat de berekening van deze termijn immers niets te maken heeft met de toepassing van de andere voorwaarden van artikel 136."

(Voorzitter: de h. Capelle—Raadsheer-rapporteur: de h. Meelis—Advocaat-generaal: de h. Duchatelet—Advocaat: mr. Simont—In de zaak: Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening t/ D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 juni 1976

Boetebeding—Vermindering door de rechter wegens gedeeltelijke uitvoering—Geen heropening van het debat vereist—Ten deze geen schending van de rechten van de verdediging—Toepassing van art. 1231 B.W. bij verbintenis om niet te doen—Begroting.

Eiseres tot cassatie had een muziekkaparaat Rock-Ola verhuurd aan verweerster, herbergierster. Het bestreden arrest (Hof Brussel, 3 januari 1974) heeft de overeenkomst ten laste van verweerster verbroken verklaard op grond dat zij in weerwil van haar verplichtingen een ander apparaat in gebruik had genomen. Eiseres bestrijdt het arrest omdat het met toepassing van art. 1231 B.W. de conventioneel bedongen schadevergoeding van 59.325 fr. vermindert heeft tot 10.000 fr.

In het eerste middel voert eiseres aan dat, daar verweerster niet had opgeworpen dat de schadevergoeding vermindert diende te worden wegens gedeeltelijke uitvoering, de rechter het debat had moeten heropenen en het middel niet van ambtswege had mogen opwerpen.

"Wat het tweede onderdeel betreft:

"Overwegende dat het arrest de gevorderde vergoeding van 59.325 frank, welke partijen in de overeenkomst hadden bepaald voor het geval de huurder 'een van zijn verplichtingen niet nakomt', gedeeltelijk afwijst om de reden dat de bepalingen van artikel 1152 van het Burgerlijk Wetboek betrekking hebben op het geval van niet-uitvoering van de overeenkomst, terwijl ten deze de verbintenis gedeeltelijk werd uitgevoerd;

"Overwegende dat het arrest zodoende de vordering geenszins afwijst op grond van een exceptie van onbevoegdheid, nietigheid, verjaring, uitsluiting, niet-ontvankelijkheid of enige andere exceptie in de zin van artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek;

"Dat de rechter derhalve niet verplicht was de heropening van de debatten te bevelen;

"Wat het tweede onderdeel betreft:

"Overwegende dat verweerster in conclusie stelde 'dat de schade enkel kan bestaan in het verlies van de huurtermijnen vanaf 29 februari 1972', er aldus op wijzend dat de verbintenis tot op die dag wel werd uitgevoerd, en vroeg dat voor recht zou worden gezegd dat het door de eerste rechter toegekend bedrag (van 59.325 frank) overdreven was, dat de overeenkomst niet valt onder voormeld artikel 1152 en dat de som van 10.000 frank, die ze als schadevergoeding aanbiedt, aangepast voorkomt;

"Overwegende dat derhalve de vermindering van de bedongen schadevergoeding wegens gedeeltelijke uitvoering

van de verbintenis geenszins ambtshalve door de rechter werd opgeworpen;

"Overwegende dat het arrest, door tot staving van de door verweerster gevraagde vermindering van de schadevergoeding wegens gedeeltelijke uitvoering van de verbintenis, artikel 1231 van het Burgerlijk Wetboek aan te voeren, de in het onderdeel aangehaalde wetsbepalingen niet schendt en de rechten van de verdediging niet miskent;

"Dat geen van de onderdelen van het middel kan worden aangenomen."

In het tweede middel wordt beweerd dat de vermindering van de vergoeding wegens gedeeltelijke uitvoering onverenigbaar is met het boetebeding dat van toepassing was op het enkele feit dat verweerster een ander apparaat in gebruik nam, op welk ogenblik ook, en dat een verplichting om niet te doen niet voor gedeeltelijke uitvoering vatbaar is.

"Wat het eerste onderdeel betreft:

"Overwegende dat, in antwoord op de door verweerster in conclusie voorgebrachte vraag tot vermindering van de schadevergoeding wegens gedeeltelijke uitvoering van de verbintenis, eiseres voor het hof van beroep geenszins aanvoerde dat elke vermindering van de schadevergoeding wegens gedeeltelijke uitvoering onverenigbaar is met wat partijen in hun overeenkomst hadden bedongen zodat zij de toepassing van artikel 1231 van het Burgerlijk Wetboek conventioneel hadden uitgesloten;

"Dat het onderdeel, hetwelk de openbare orde niet raakt, nieuw en dientengevolge niet ontvankelijk is;

"Wat het tweede onderdeel betreft:

"Overwegende dat, krachtens de bedongen huurovereenkomst, verweerster er zich toe verbond 'gedurende de duurtijd van het contract', dit is gedurende 36 maanden, geen soortgelijk toestel in haar inrichting te plaatsen;

"Overwegende dat zulke verbintenis, om iets gedurende een bepaalde periode niet te doen, wel degelijk voor gedeeltelijke uitvoering vatbaar is;

"Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen."

In het derde middel, dat de schade betreft, beweert eiseres: 1) dat het arrest haar conclusie niet beantwoordt waarin zij staande hield dat rekening moest worden gehouden met haar verlies dat zij op 137.520 fr. becijferde; 2) dat het geen rekening hield met haar winstderving; 3) dat het ten onrechte haar berekening die op precieze elementen steunde, verworpen heeft.

"Wat het eerste en het tweede onderdeel betreft:

"Overwegende dat eiseres in conclusie stelde dat bij de vaststelling van de schade rekening moest worden gehouden met het verlies dat zij ingevolge de verbreking van de overeenkomst leed en dit verlies berekende op 137.520 frank, dit is het verlies van het huurgeld (3.820 frank) gedurende de hele huurtijd van 36 maanden;

"Overwegende dat het arrest de schadevergoeding vermindert en begroot op 10.000 frank 'gelet op de gedeeltelijke uitvoering en op de voor eiseres beslist bestaande mogelijkheid tot herverhuring binnen korte termijn';

"Dat die beschouwingen voormelde conclusie beantwoorden;

"Dat daaruit meteen blijkt dat het arrest, bij toepassing van artikel 1231 en met inachtname van de artikelen 1149, 1150 en 1156 van het Burgerlijk Wetboek, met de beperkte winst welke eiseres ingevolge de ontbinding van de overeenkomst heeft moeten derven, wel degelijk rekening houdt;

"Wat het derde onderdeel betreft:

"Overwegende dat het arrest de schadevergoeding 'billijk begroot op 10.000 frank, gelet onder meer op de geringe waardevermindering die het toestel kan hebben ondergaan, de voor eiseres bestaande mogelijkheid tot herverhuring binnen korte termijn' en 'bij ontstentenis van precieze berekenings-elementen';

"Dat de rechter zodoende de redenen aangeeft waarom hij de berekening van de winstderving op basis van de becijferde opbrengst van de volgens eiseres verschuldigde huurgelden verwerpt, en de begroting van de schade 'ex aequo et bono' voldoende naar recht motiveert;

"Dat geen van de onderdelen van het middel kan worden aangenomen."

(Voorzitter-rapporteur: de h. de Vreese—Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts—Advocaten: mrs. Houtekier en van Hecke—In de zaak: N.V. B. t/ De B.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 21 december 1976

Onrechtmatige daad—Oorzakelijk verband—Indirect—Noodzakelijke band tussen fout en schade zoals ze zich in concreto voordoe—Evolutie van reeds bestaande stoornissen.

Eiser tot cassatie beweert dat het bestreden arrest (Hof Gent, 4 maart 1976) ten onrechte zijn eis tot vergoeding van schade wegens blijvende arbeidsongeschiktheid heeft afgewezen op grond van de overweging "dat verweerder alleen aangesproken kan worden voor het herstel van een gebruikelijke schade indien er geen twijfel bestaat nopens het rechtstreeks en noodzakelijk oorspronkelijk verband tussen zijn foutieve daad en de daaruit spruitende schadelijke gevolgen". Het middel wordt als volgt afgewezen:

"Overwegende dat, om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de dader te rechtvaardigen, het weliswaar niet vereist is dat de schade een rechtstreeks gevolg zou zijn van de fout; dat het volstaat, in geval van onrechtstreekse schade, dat er een noodzakelijke band bestaat tussen schade en fout, met andere woorden, dat zonder de fout de schade, zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan, niet zou zijn ontstaan;

"Overwegende dat het arrest, in verband met de eis betreffende inkomstenverlies en morele schade wegens blijvende arbeidsongeschiktheid, erop wijst dat indien het ongeval zich niet had voorgedaan, de reeds bestaande stoornissen verder zouden hebben geëvolueerd en dat eiser vroeg of laat, maar door niemand met zekerheid te bepalen wanneer, gelet op de kort na het ongeval vastgestelde reeds waarneembare cervicarthrose toch dezelfde blijvende letsels en derhalve ook invaliditeit zou hebben vertoond;

"Overwegende dat uit de context van het arrest duidelijk blijkt dat de rechter te kennen geeft dat het niet uitgemaakt kan worden of het ongeval de evolutie van de ziekte heeft beïnvloed, dit is of de fout de schade, zoals ze zich in concreto heeft voorgedaan, heeft doen ontstaan, waaruit volgt dat de rechter beslist dat er noch een rechtstreeks, noch zelfs een onrechtstreeks doch noodzakelijk verband bewezen is tussen de fout en de schade;

"Dat het arrest aldus zijn beslissing wettelijk rechtvaardigt;

"Dat het middel niet aangenomen kan worden."

(Voorzitter: de h. Wauters—Raadsheer-rapporteur: ridder de Schaetzen—Advocaat-generaal: de h. Krings—Advocaten: mrs. Bützler en Houtekier—In de zaak: M. t/ G.)

NOOT—Over de directe en de indirecte schade leze men R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, II, nrs. 2469-2475, en over de pathologische toestand van de getroffen, *ib.*, nrs. 2476-2488. Zie voorts Cass., 8 juni 1951, R.W., 1951-52, 545; 5 november 1956, *Pas.*, 1957, I, 227; 20 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1137; 12 februari 1962, *Pas.*, 1962, I, 660; 7 november 1966, *Pas.*, 1967, I, 319; 9 maart 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 657.

Hof Gent (8e Kamer), 13 oktober 1976

Verkeer—Voetganger steekt straat over achter stilstaand voertuig—Voertuig rijdt achteruit—Voetganger geen onvoorzienbare hindernis.

Het hof bekrachtigt in de volgende bewoordingen een vonnis van Corr. Brugge, 22 januari 1976, dat appellant Van K. en de civielrechtelijke aansprakelijke persoon, de P.V.B.A. B., veroordeelt:

"Uit de concrete gegevens van de zaak blijkt dat de bestuurder Van K. een manoeuvre uitvoerde en een paar meter achteruit reed op een ogenblik waarop de voetgangster Maria P. de rijbaan pas was opgestapt om deze te dwarsen. "Het is niet uitgemaakt of hij de voetgangster in de

Kerkstraat had zien aankomen op het ogenblik waarop hij een mand in de laadruimte van zijn voertuig plaatste, hoewel zij ongetwijfeld reeds zeer dicht genaderd was, als men in acht neemt de korte tijdspanne die verlopen is tussen deze handeling en het ongeval.

"Van K. ontkent niet — en het werd overigens door de politie vastgesteld — dat hij geen zicht kon nemen juist achter zijn voertuig, doch alleen aan de zijkanten dank zij de achteruitkijkspiegels.

"Dat impliceert dat hij bij het achteruitrijden blindelings handelde, nu hij geen enkele voorzorg had genomen om zich op enige manier te vergewissen dat geen hindernis achter zijn voertuig was komen opdagen, zij het desnoods door tussenkomst van iemand anders.

"Dat achter zijn stilstaande wagen een hindernis opduikt op korte tijd is niet iets onvoorziens; voetgangers mogen de baan opstappen om deze te dwarsen en moeten niet verwachten dat een stilstaand voertuig plots een achterwaarts manoeuvre aanvangt. Het is niet omdat hij ze niet zag dat een hindernis onvoorziensbaar was.

"De P.V.B.A. B. voert ten onrechte aan dat de voetgangster de baan overstak terwijl Van K. bezig was achteruit te rijden. Dit wordt tegengesproken door de ooggetuige Van R. die de vrachtwagen heeft zien aanzetten toen het slachtoffer zich reeds op de rijbaan bevond; dat het slachtoffer, eenmaal op de rijbaan, om redenen van veiligheid, even heeft stilgehouden om opnieuw zicht te nemen, kan haar niet als een inbreuk op art. 48, 3, 5°, van het Algemeen Verkeersreglement aangewreven worden, nu vaststaat dat de vrachtwagen nog stilstond toen zij de rijbaan begon te dwarsen.

(...)

"Bij ontstentenis van plaatselijke reglementering was het de voetgangster niet verboden de rijbaan te dwarsen waar zij het wilde doen. Zij hinderde het verkeer niet wat Van K. betrof, daar deze nog niet aan het rijden was. Zij handelde voorzichtig door even stil te houden om het door Van R. [de ooggetuige] bestuurde voertuig te laten doorrijden. Had zij doorgestapt en deze bestuurder gehinderd, dan zou haar dit integendeel eventueel als fout aangewreven zijn.

"Uit niets blijkt dat de burgerlijke partij stilhield om te zien of er geen verkeer van rechts kwam, zoals de P.V.B.A. B. beweert, dit als een foutieve gedraging bestempeld omdat wegens het eenrichtingsverkeer geen verkeer van rechts te verwachten was. Zelfs had de voetgangster de bedoeling gehad naar rechts te kijken, dan was dit nog geen fout, nu toch steeds tijdelijke wijzigingen in de verkeersrichting of zelfs vergissingen of een verkeerde rijwijze van weggebruikers kunnen worden verwacht.

"Evenzeer ten onrechte werpt de P.V.B.A. B. op dat het lawaai van de motor van haar lichte vrachtwagen de voetgangster waarschuwd. Zelfs indien dit lawaai hoorbaar was — wat nog niet bewezen is — dan moet daaruit niet afgeleid worden dat de bestuurder op onvoorzichtige wijze zou gaan achteruitrijden."

(Voorzitter: de h. De Witte—Raadsheren: de hh. Matthijs en De Baets (rapporteur)—Advocaat-generaal: de h. Leroy—Advocaten: mrs. Lust en Depuydt—In de zaak: Van K.

EUROPEES RECHT

Weekoverzicht van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
(Week van 13-17 december 1976)

Zaak 24/76 Société Estasis (Milaan) & Société Rüwa (Keulen) (prejudiciële zaak) 14-12-1976

Executieverdrag

Het Bundesgerichtshof heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in twee zaken (24/76-Estasis en 25/76-Degoura) verzocht om uitlegging van artikel 17, eerste

alinea, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Executieverdrag).

Artikel 17, eerste lid, luidt als volgt: "Indien bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst, partijen van wie er tenminste een woonplaats heeft in het gebied van een verdragsluitende Staat, een gerecht of de gerechten van een verdragsluitende Staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die Staat bij uitsluiting bevoegd."

In de eerste plaats wordt gevraagd of aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag is voldaan, wanneer een clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter is vervat in de algemene verkoopvoorwaarden, die op de achterzijde van een door beide partijen ondertekend contract zijn afgedrukt.

Het Hof gaf uitlegging aan artikel 17 als geheel en besliste dat de voorwaarden die artikel 17 stelt aan de geldigheid van clauses tot aanwijzing van een bevoegde rechter, in enge zin moeten worden opgevat. De in artikel 17 voorgeschreven vorm dient te waarborgen dat tussen partijen inderdaad overeenstemming is bereikt. De betrokken rechter moet allereerst onderzoeken of over de clause waarin hij als bevoegde rechter wordt aangewezen, inderdaad overeenstemming tussen partijen is bereikt, hetgeen helder en duidelijk moet blijken.

Met het oog op deze algemene overwegingen antwoordde het Hof op de eerste vraag dat wanneer een clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter is vervat in de op de achterzijde van een contract afgedrukte algemene verkoopvoorwaarden van een der partijen, slechts is voldaan aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag, indien het door beide partijen ondertekende contract *uitdrukkelijk* naar deze algemene voorwaarden verwijst.

In de tweede plaats werd gevraagd of aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag is voldaan, wanneer partijen in de tekst van het contract verwijzen naar een voorgaande schriftelijke offerte die zelf verwijst naar algemene verkoopvoorwaarden, inhoudende een clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter.

Op deze vraag antwoordde het Hof dat de verwijzing *uitdrukkelijk* moet geschieden en derhalve door een partij bij betrachting van een normale zorgvuldigheid moet kunnen worden nagegaan.

Zaak 25/76 P.v.b.a. Galeries Segoura (Brussel) & Firma Bonakdarian (Hamburg) (prejudiciële zaak) 14-12-1976

Nog een verzoek om uitlegging van artikel 17, eerste alinea, van het Executieverdrag, doch thans in ander verband. In de eerste plaats werd het Hof gevraagd of aan het vereiste van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag is voldaan, wanneer de verkoper bij de *mondelinge totstandkoming* van een koopovereenkomst er op wijst dat hij overeenkomstig zijn *algemene verkoopvoorwaarden* wil contracteren, en hij deze overeenkomst vervolgens schriftelijk aan de koper bevestigt met bijvoeging van een exemplaar van zijn algemene verkoopvoorwaarden, waarin een clause betreffende aanwijzing van de bevoegde rechter is opgenomen. Het Hof antwoordde dat aan het in artikel 17, eerste alinea, gestelde vormvereiste bij een mondeling contract slechts is voldaan, wanneer de schriftelijke bevestiging daarvan *met bijvoeging van de algemene verkoopvoorwaarden* is gevolgd door een schriftelijke akkoordverklaring van de koper.

De tweede vraag luidde of het volgens artikel 17 van het

Verdrag voldoende is wanneer, tussen kooplieden, de koper na de mondelinge totstandkoming van de verkoopovereenkomst deze overeenkomst onder verwijzing naar zijn algemene verkoopsvoorwaarden schriftelijk aan de koper bevestigt met bijvoeging van deze algemene voorwaarden, waarin een clause betreffende aanwijzing van de bevoegde rechter is opgenomen, en koper die schriftelijke bevestiging niet tegensprekt.

Het Hof besliste dat het niet geldt als aanvaarding van de clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter, wanneer de koper daartegen geen bezwaren maakt, behalve wanneer de mondelinge overeenkomst deel uitmaakt van de lopende handelsbetrekkingen tussen partijen, welke zijn geregeld op grond van de algemene voorwaarden van één der partijen, waarin een clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter is opgenomen.

Zaak 35/76 Simmenthal/Italiaanse Minister van Financiën (prejudiciële zaak) 15-12-1976

Maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen

De Pretore te Susa (een Italiaanse rechter in eerste aanleg) heeft het Hof van Justitie een aantal vragen voorgelegd betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht inzake de afschaffing van douanerechten en kwantitatieve beperkingen tussen de Lid-Staten, en van de bepalingen betreffende de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector rundvlees ter zake van veterinaire keuringen bij het intracommunautaire handelsverkeer in runderen, varkens en vers vlees.

Deze vragen werden gesteld naar aanleiding van een geding tussen verzoekster in het hoofdgeding en de Italiaanse Administratie der Financiën tot terugvordering van de lasten wegens overeenkomstig de nationale wetgeving verrichte veterinaire keuring van een partij uit Frankrijk naar Italië ingevoerd rundvlees. Volgens verzoekster in het hoofdgeding zijn deze lasten onverschuldigd betaald, omdat enerzijds de organisatie van verplichte en systematische veterinaire keuringen sinds de inwerkingtreding van de richtlijnen van 26 juni 1964 een maatregel van gelijke werking als een bij het Verdrag verboden kwantitatieve beperking vormde en anderzijds omdat het heffen van lasten bij dergelijke keuringen in strijd was met artikel 9 en 13 van het Verdrag waarin de toepassing van heffingen van gelijke werking als douanerechten bij de invoer wordt verboden.

Het Hof antwoordde op de voorgelegde vragen:

1. a) Al dan niet systematisch verrichte veterinaire keuringen aan de grens bij de invoer van dieren of vlees bestemd voor menselijke consumptie, vormen maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in de zin van en verboden bij artikel 30 E.E.G.-Verdrag, behoudens in het gemeenschapsrecht en in het bijzonder in artikel 36 gemaakte uitzonderingen;

b) Het verbod van dergelijke maatregelen is, behoudens bovengenoemde uitzonderingen, voor de produkten bedoeld in de verordeningen nrs. 14/64 en 805/68 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector rundvlees ingegaan op de dag van inwerkingtreding dezer verordeningen;

2. Indien systematische grenskeuringen van de in de richtlijnen nrs. 64/432 en 64/433 bedoelde produkten niet meer noodzakelijk en bijgevolg niet meer gerechtvaardigd zijn in de zin van artikel 36, na de uiterste data die in de richtlijnen zijn vastgesteld voor de inwerkingtreding van de nodige nationale bepalingen teneinde gevolg te geven aan het bepaalde in die richtlijnen, en indien de voldoening aan de gezondheidsvoorwaarden in beginsel nog slechts moet blijken uit de controle der documenten (keuringscertificaat, gezondheidscertificaat) die deze produkten moeten vergezellen, zijn

sporadische veterinaire keuringen niet uitgesloten mits deze niet zo veelvuldig voorkomen dat zij een verkapte beperking van de handel tussen Lid-Staten vormen;

3. a) Lasten welke op produkten worden gelegd wegens bij grensovergang verrichte keuringen zijn te beschouwen als heffingen van gelijke werking als douanerechten;

b) Dit zou slechts anders zijn indien die lasten voortvloeien uit een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen die systematisch, volgens dezelfde maatstaven, nationale en ingevoerde produkten treffen;

4. De lasten welke door de verschillende overheden wegens keuringen binnen de Lid-Staten worden geheven over zowel inheemse als ingevoerde produkten vormen binnenlandse belastingen die vallen onder het discriminatieverbod van artikel 95 E.E.G.-Verdrag.

Zaak 39/76 Bestuur der Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid/Mouthaan (prejudiciële zaak) 15-12-1976

Sociale zekerheid van migrerende werknemers

Mouthaan, die de Nederlandse nationaliteit bezit, was tot 30 september 1972 in Nederland werkzaam in loondienst. Vanaf 1 oktober 1972 werkte hij in Duitsland voor een in Nederland gevestigde Nederlandse onderneming. Hij behield echter zijn woonplaats in Nederland. Eind 1972 raakte hij werkloos. Op 21 december 1972 meldde hij zich bij de bevoegde dienst in Nederland en maakte hij aanspraak op:

a) werkloosheidsuitkeringen ingevolge de Werkloosheidswet;

b) uitbetaling van het loon dat hij nog van zijn failliet gegane werkgever te vorderen had.

Het in casu bevoegde orgaan betaalde hem aanvankelijk de gevraagde uitkeringen uit, doch vorderde deze vervolgens terug, overwegende dat Mouthaan, hoewel hij in beginsel een uitkeringsrecht op grond van de Nederlandse Werkloosheidswet kon doen gelden krachtens Verordening nr. 1408/71 van de Raad, toch de facto geen recht op uitkering kon doen gelden aangezien hij krachtens de Duitse wetgeving niet de hoedanigheid van verzekerde had verworven.

Omdat zijn laatste werkgever uitsluitend op het gebied van de Bondsrepubliek Duitsland werkzaam was, had hij volgens de Nederlandse wet slechts recht op uitkering indien hij onder de Duitse regeling verzekerd was geweest. De zaak kwam voor de Centrale Raad van Beroep, die van oordeel was dat voor de beslissing van het geschil uitlegging van het gemeenschapsrecht noodzakelijk was.

De eerste vraag luidt of een werknemer voor wie niet de nodige stappen zijn ondernomen opdat hij de hoedanigheid van verzekerde verkrijgt, overeenkomstig de wetgeving waaraan hij op grond van Verordening nr. 1408/71 van de Raad is of blijft onderworpen, kan worden aangemerkt als "werknemer" in de zin van deze Verordening.

Volgens artikel 1, sub a, van Verordening nr. 1408/71 wordt onder "werknemer" verstaan eenieder die is aangesloten bij een stelsel van sociale zekerheid dat op loontrekenden van toepassing is of dat te hunnen behoeve is ingesteld. Deze bepaling beoogt als werknemer in de zin van bedoelde verordening te omschrijven eenieder op wie die stelsels toepasselijk zijn. Het Hof besliste dat de hoedanigheid van werknemer in de zin van Verordening nr. 1408/71 geacht moet worden te zijn verkregen zodra de werknemer voldoet aan de objectief vastgestelde materiële voorwaarden van het op hem toepasselijke stelsel van sociale zekerheid, ook indien niet de nodige stappen voor aansluiting bij dat stelsel zijn gedaan.

De Centrale Raad van Beroep vroeg het Hof vervolgens of een werknemer die in de door de nationale rechter bedoelde situatie verkeert, aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkeringen op grond van artikel 71 van Verordening nr.

1408/71, ook indien hij niet als verzekerde krachtens de Duitse wettelijke regeling kan worden beschouwd. Het Hof besliste dat de volledig werkloze werknemer die laatstelijk in een andere Lid-Staat dan die waarin hij werkzaam is geweest voor een in laatstgenoemde Staat gevestigde onderneming en die voor zover het deze werkzaamheden betreft onder de wettelijke regeling van de Staat van tewerkstelling viel, ingevolge artikel 71 van Verordening nr. 1408/71 aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkering overeenkomstig de wettelijke regeling van de Staat waar hij woont of waarin het Arbeidsbureau waartoe hij zich wendt, is gevestigd.

Zaak 41/76 Donckerwolcke & Schou/Procureur de la République au Tribunal de grande instance te Rijsel en Directeur général des Douanes (Parijs) (prejudiciële zaak) 15-12-1976

Maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen

De Cour d'Appel te Douai heeft het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing omtrent de volgende vragen:

1. Vormt de eis van de Lid-Staat van invoer dat het invoerdocument de oorsprong moet aangeven van produkten die onder de regeling betreffende het vrije verkeer vallen en waarvan het communautair karakter blijkt uit het gemeenschapscertificaat, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking?

2. Is een nationale regeling welke voor de invoer van textielprodukten, die weliswaar afkomstig zijn uit een Lid-Staat waar zij zich in het vrije verkeer bevinden, doch van oorsprong zijn uit een derde land, het aanvragen van een vergunning voorschrijft met het oog op eventuele aanpassing van artikel 115 E.E.G.-Verdrag, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking:

a) gedurende de overgangperiode;

b) na het einde van de overgangperiode en met name tussen 1 januari en 2 juni 1970?

Het Hof beantwoordde deze vraag als volgt:

De eis van de invoerende Lid-Staat dat op het invoerdocument het land van oorsprong moet worden vermeld van produkten in het vrije verkeer, waarvan het communautaire karakter blijkt uit het gemeenschapscertificaat, is op zichzelf geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, mits het goederen betreft waarvoor die Staat overeenkomstig het Verdrag handelspolitieke maatregelen heeft genomen.

Zodanige eis valt echter onder het verbod van artikel 30 E.E.G.-Verdrag indien van de importeur wordt verlangd met betrekking tot de oorsprong iets anders te vermelden dan hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn, of indien op het niet of niet juist vermelden van de oorsprong straffen zijn gesteld die onevenredig zijn aan een overtreding van zuiver administratieve aard.

Een nationale wettelijke regeling die, met het oog op eventuele toepassing in de toekomst van artikel 115 E.E.G.-Verdrag voor de invoer van produkten afkomstig uit een Lid-Staat waar zij zich in het vrije verkeer bevinden, doch van oorsprong uit een derde land, de afgifte van een vergunning vereist, is onder alle omstandigheden een bij artikel 30 E.E.G.-Verdrag verboden kwantitatieve beperking.

Gedurende de overgangperiode was een nationale regeling die met het oog op eventuele toepassing van artikel 115 E.E.G.-Verdrag, voor de invoer van produkten afkomstig uit een Lid-Staat waar zij zich in het vrije verkeer bevonden, doch van oorsprong uit een derde land, het aanvragen van een vergunning voorschrijft, geen door het Verdrag verboden kwantitatieve beperking, voor zover dit vereiste geen verzwarende vormde van de regeling die gold bij de inwerkingtreding van het Verdrag.

Zaak 36 en 37/76 Amministrazione delle Finanze dello Stato/ FORAL en D. & C. (prejudiciële zaak) 16-12-1976

Gemeenschappelijk douanetarief

Van oktober 1963 tot juni 1966 hebben de firma's Foral en D. & C. vele malen worstjes in verpakkingen welke mede een conserveringsvloeistof bevatten, vallende onder post ex. 16.01 B van het gemeenschappelijk douanetarief, naar Italië ingevoerd.

Bij de vaststelling van de heffing op basis van het gewicht van de waar rekende de Italiaanse douane telkens ook het gewicht van de conserveringsvloeistof.

De beide firma's waren van mening dat het gewicht van deze vloeistof van het gewicht van de waar moest worden afgetrokken en brachten de zaak voor de rechter; dit leidde er toe dat uiteindelijk het Italiaanse Hof van Cassatie het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Is Verordening nr. 84/66/EEG, waarvan artikel 2 met betrekking tot produkten van post ex. 16.01 B, opgenomen in bijlage IIB van Verordening nr. 85/63/EEG, bepaalt dat "de heffing op worstjes in verpakkingen welke mede een conserveringsvloeistof bevatten, alleen wordt berekend over het gewicht van de worstjes", een interpretatie van Verordening nr. 85/63/EEG en bezit zij derhalve terugwerkende kracht, of geeft zij een nieuwe regeling;

2. Moet in het laatste geval het stilzwijgen van Verordening nr. 84/66/EEG aldus worden uitgelegd, dat voor de vaststelling van Verordening nr. 84/66/EEG ook het gewicht van bedoelde conserveringsvloeistof steeds in aanmerking moest worden genomen, of kon elke Staat zich ten deze volgens zijn eigen douaneregeling gedragen.

Het Hof beantwoordde deze vragen als volgt:

1. Volgens het stelsel van Verordening nr. 85/63/EEG moet de heffing over worstjes in verpakkingen welke mede een conserveringsvloeistof bevatten, worden berekend over het *nettogewicht*, dus na aftrek van het gewicht van deze vloeistof.

2. Verordening nr. 84/66/EEG heeft geen wijziging gebracht in de strekking van Verordening nr. 85/63/EEG en heeft dus slechts declaratoire werking met betrekking tot de voordien bestaande situatie.

Zaak 45/76 COMET/Produktschap voor Siergewassen (prejudiciële zaak) 16-12-1976

Procedurevoorschriften — Termijnen:

De Firma Comet, een Nederlandse bloembollenexporteur, is in beroep gekomen tegen een beslissing van het Produktschap voor Siergewassen en vordert verklaring voor recht dat zij onverschuldigd belasting had betaald aangezien deze als heffing van gelijke werking als douanerechten verboden zijn in het Verdrag. Deze heffingen vormden een fonds bestemd voor de financiering van de reclame van bloembollen in Duitsland, en werden door het Produktschap geïnd wegens exporten gedurende de laatste maanden van 1968 en de eerste maanden van 1969.

De Firma Comet, verzoekster in het hoofdgeding, vraagt de nationale rechter te verklaren dat zij gerechtigd is de onverschuldigd betaalde bedragen in compensatie te brengen met anderszins door het Produktschap van haar gevorderde bedragen.

Het Produktschap betoogt dat, waar verzoekster in het hoofdgeding heeft nagelaten beroep in te stellen tegen de haar toegezonden heffingsnota's en recapitulatienota binnen de door de nationale regeling ter zake van zulke beroepen voorgeschreven termijn, zij de betrokken heffingen niet meer kan betwisten of terugbetaling er van vorderen.

Comet betoogt harerzijds dat de voorrang van het ge-

meenschapsrecht meebrengt dat elke daarmee strijdige handeling ongedaan wordt gemaakt, en dat zij mitsdien voor de nationale rechter beschikt over een zelfstandige actie, onafhankelijk van de beperkingen in de nationale wetgevingen, die vermogen af te doen aan het effect van de rechtstreekse werking dezer bepaling in de rechtsorde der Lid-Statens.

De aan het Hof van Justitie gestelde vraag komt er op neer of de vereisten voor de uitoefening — althans wat de beroepstermijnen betreft — van de rechtsovereenkomsten met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen ontleen aan de rechtstreekse werking van communautaire bepalingen, worden beheerst door het nationale recht van de Lid-Statens waar die vorderingen worden ingesteld, dan wel hiervan onafhankelijk zijn en slechts door het gemeenschapsrecht kunnen worden beheerst.

Het Hof onderzocht eerst het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde beginsel van samenwerking met de nationale rechter en verklaarde vervolgens voor recht dat het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand niet verbiedt dat aan de rechtzoekende die een besluit van een nationaal overheidslichaam bij de nationale rechter aanvecht wegens strijd met het gemeenschapsrecht, het laten verlopen van volgens het nationale recht geldende beroepstermijnen wordt tegengeworpen, met dien verstande dat de procesregels voor de vordering in rechte niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.

Zaak 33/76 REWE - Zentral AG/Landwirtschaftskammer Saarland (prejudiciële zaak) 16-12-1976

Procedurevoorschriften — termijnen.

Deze zaak vertoont overeenstemming met bovengenoemde zaak 45/76 (COMET). In deze zaak wendde het Bundesverwaltungsgericht zich tot het Hof van Justitie met een verzoek om uitlegging van artikel 5 E.E.G.-Verdrag met betrekking tot de procedurevoorschriften die gelden voor beroepen in rechte.

De gestelde vragen zijn gerezen in het kader van een geschil betreffende betaling van een heffing bij invoer door REWE in 1968.

Verweerster in "Revision", de Landwirtschaftskammer für das Saarland, verwierp het verzoek van Rewe als verzoekster in "Revision" om nietigverklaring van de heffingsbeschikkingen en terugbetaling van de betaalde bedragen vermeerderd met rente op grond dat deze niet ontvankelijk waren wegens overschrijding van de beroepstermijnen bedoeld in artikel 58 van de Verwaltungsgerichtsordnung.

Het Bundesverwaltungsgericht vraagt in de eerste plaats of, indien de nationale administratie heeft gehandeld in strijd met het verbod van heffingen van gelijke werking, de betrokken particulier naar gemeenschapsrecht aanspraak heeft op vernietiging of intrekking van de handeling der administratie en/of teruggave van het betaalde, en dit ook nadat de handeling van de administratie naar nationaal procesrecht wegens verstrijken van de beroepstermijn onaantastbaar is geworden.

Het Hof besliste dat het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand niet verbiedt dat aan de rechtzoekende die een besluit van een nationaal overheidslichaam bij de nationale rechter aanvecht wegens strijd met het gemeenschapsrecht, het laten verlopen van volgens het nationale recht geldende beroepstermijnen wordt tegengeworpen, met dien verstande dat de procesregels voor de vordering in rechte niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.

De tweede vraag luidt of het feit dat het Hof reeds heeft vastgesteld dat in strijd met genoemd verbod is gehandeld niet van invloed is op het antwoord op de eerste vraag. Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend.

BOEKEN

AREND H. HUUSSSEN, Jr., *De codificatie van het Nederlandse Huwelijksrecht, 1795-1838*. Holland Universiteits Pers, Amsterdam, 1975.

De auteur had aanvankelijk het voornemen een sociale geschiedenis van het gezin en het huwelijk op het einde van de 18e en het begin van de 19e eeuw te schrijven. Dit bleek bij de huidige stand van onderzoek niet te verwezenlijken; te veel materiaal dient daartoe te worden verzameld.

Dit boek — het beschrijvend verslag van een grotendeels op archiefbronnen gebaseerd onderzoek naar de wetgeschiedenis van het huwelijksrecht in de periode 1795-1838 — is het resultaat van een onderzoek naar de wijzigingen, waaraan het huwelijksrecht onderworpen was na de Bataafse Revolutie van januari 1795.

In de tweede helft van de 18e eeuw en het begin van de 19e eeuw bestond in Noord-Nederland de tendens tot consolidering van de traditioneel-christelijke waarden omtrent het huwelijk en de gezinsverhoudingen: het huwelijk als levensgemeenschap van man en vrouw, bestemd voor de opvoeding van kinderen en strekkend tot wederzijdse hulp. De toenemende belangstelling voor het gezin en het huwelijk in de eeuw van de Verlichting heeft weliswaar in ruime burgerlijke kring tot een bezinning, maar niet tot de radicale wijziging in de waardenscala geleid. Het gezag van de man, de plicht tot gehoorzaamheid van de vrouw in haar handelingsonbekwaamheid, de invloed van de ouders op het huwelijk van hun kinderen vonden hun wettelijke bevestiging in de 19e-eeuwse codificatie.

Nieuw was wel de nadruk die ook in de wet werd gelegd op de vrije toestemming van aanstaande echtgenoten. Aan de trouwbeloften werd geen waarde meer gehecht. De discussies over de echtscheiding gaven uiteindelijk slechts aanleiding tot het opnemen van twee nieuwe gronden, naast de bestaande traditionele (overspel en kwaadwillige verlaten), namelijk veroordeling tot een onterende straf en zware verwondingen of mishandelingen door de ene echtgenoot tegenover de andere gepleegd, waardoor zijn leven in gevaar wordt gebracht. Echtscheiding met onderlinge toestemming werd uitdrukkelijk uitgesloten (art. 263).

Ondanks kritische stemmen, die pleitten voor een emancipatie van de vrouw, hebben de stemmen van degenen die het stereotiep van de zwakke, gevoelige vrouw, voorbestemd om moeder en huisvrouw te zijn de boventoon gevoerd. De dubbele moraal bleef gehandhaafd.

Sinds 1798 was een commissie benoemd om de Nationale Wetboeken op te stellen. Maar haar werk vorderde slechts zeer langzaam. In afwachting bleef de oude wetgeving van kracht. Tot aan de invoering, in mei 1809, van het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* (W.N.K.H.) bleef de oude rechtsdiversiteit — ook inzake huwelijk — in de verschillende provincies en zelfs in de steden bestaan. Het W.N.K.H. was het eerste burgerlijk wetboek op het hele grondgebied van de Oude Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden en van de Bataafse Republiek. Na 1811 werd de Franse *Code civil* tot 1838 van kracht.

Na een interessant inleidend hoofdstuk over de opvattingen van de 18e-eeuwse Nederlandse moralisten en juristen over gezin, huwelijk, echtscheiding, verloving, ouderlijke macht en het gezag van de man — opvattingen, die hun neerslag hebben gevonden in het gecodificeerde huwelijksrecht —, valt de studie uiteen in twee grote delen. In het eerste wordt de totstandkoming van de huwelijkswetgeving in de provinciale organen — en later in de Nationale Vergadering — tijdens de periode 1795 tot 1809 beschreven. Daaruit blijkt dat verzoeken tot dispensatie van de bestaande wetgeving — waartoe eerst de Staten-Provinciaal, dan de Nationale Vergadering, na 1806 de Koning en het Wetgevend Lichaam samen bevoegd waren en na 1809 de Koning alleen — meestal aanleiding waren tot een nieuwe huwelijkswetgeving. De discussie over de dispensatieverzoeken geeft een goed beeld van de in de wetgevende kringen heersende opvattingen over het huwelijk en daarmee samenhangende problemen. In de periode 1795-1810 waren er 804 verzoeken tot dispensatie en 73 tot echtscheiding. Op twee derde der verzoeken tot dispensatie werd gunstig geantwoord, maar de meeste ver-

zoeken tot echtscheiding werden verworpen.

Tussen 1795 en 1798 poogde men de provinciale wetgeving inzake huwelijk te wijzigen. In Holland, waar men vruchteloos trachtte wijzigingen te brengen in de Politieke Ordonnantie van 1580, werd het burgerlijk huwelijk verplicht voor de gelovigen van alle godsdiensten. In de meeste andere provinciën is men zover niet gegaan. In Overijssel en Utrecht liet de wet de keuze tussen een burgerlijk of een kerkelijk huwelijk, maar terwijl in de eerste provincie de drie huwelijksafkondigingen in de kerk *moesten* gebeuren, *mocht* dit in de provincie Utrecht. Een gelijkaardige oplossing werd in Friesland overgenomen. In Zeeland bleef alles bij een ontwerp.

Het tweede deel brengt een overzicht van de inhoud der wetsontwerpen, die door de elkaar opvolgende codificatiecommissies in de periode 1798 tot 1838 zijn vervaardigd, en de discussies daarover. Door een nauwkeurige vergelijking van die ontwerpen kan als het ware een tekstfiliatie worden gemaakt. Op die wijze kan de totstandkoming van de bepalingen omtrent het huwelijksrecht in het Burgerlijk Wetboek van 1838 nauwkeuriger worden geobserveerd dan tot nu toe mogelijk is geweest.

Interessant is ook de thematische analyse van de discussies over het huwelijksrecht in de Nationale Vergadering en haar opvolgers. Uiteraard waren dat de inzichten van de toenmaals in politiek en cultureel opzicht heersende bevolkingslagen; zo komen aan de orde: het belang dat de maatschappij aan het huwelijk hecht, het huwelijk als burgerlijk contract, de scheiding van kerk en staat, de betrekking tussen burgerlijk en kerkelijk huwelijk, het huwelijk tussen Joden en Christenen, de echtscheiding en de betrekkingen tussen de moraliteit en de sociale orde.

De tijdgenoten hebben zich zeer wel gerealiseerd dat het huwelijk primair een seculiere, maatschappelijke instelling was. Dat men zich van de stabiliserende functie van het huwelijk bewust was, blijkt wel uit de discussies in de Nationale Vergadering. De analyse van deze discussies leidt tot de voor huidige begrippen wellicht triviale vaststelling dat de tijdgenoten het huwelijk als juridische instelling, manipuleerbaar achten — binnen toch duidelijk gebleven begrenzingen van morele aard — als het erom ging wettelijke regels vast te stellen. Een onderwerp, waaraan dit goed te illustreren was, was b.v. de echtscheiding. In de geschiedenis van het Nederlandse huwelijksrecht heeft de echtscheiding als vorm van conflictoplossing tussen de partners, rehtens sinds de Hervorming bestaan. De ideale huwelijksopvatting was toen, en ook nog in het begin van de 19e eeuw, de absolute monogamie. In de praktijk heeft men echter steeds aan één van de partners toegestaan scheiding te vragen, wanneer een, door de wet erkende, grond aanwezig was, nl. overspel of kwaadwillige verlaten door de andere partner. Dit betekende dat feitelijk een "gematigde monogamie" werd aanvaard.

Deze studie is geen strikt juridisch-dogmatische studie geworden, het huwelijksgoederenrecht bleef in principe buiten beschouwing, en de geschiedenis van de codificatiebeweging en de daarmee samenhangende problemen komen slechts aan de orde, voor zover deze voor het begrip der gebeurtenissen strikt noodzakelijk bleken.

Het is evenwel een prachtige en fascinerende studie geworden van de geschiedenis en de analyse van de ontwikkeling van de huwelijkswetgeving en van de opvattingen omtrent het huwelijk en het gezin op het einde van de 18e en in het begin van de 19e eeuw.

L. Th. Maes

R. FEENSTRA, *Inleidende hoofdstukken betreffende de romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*. Universitaire Pers, Leiden, 1976.

Professor dr. R. Feenstra, hoogleraar aan de Universiteit te Leiden, heeft een beperkt aantal onderwerpen uit het Romeins privaatrecht, voornamelijk op het gebied van het vermogensrecht, gekozen om in de reeks van "inleidende hoofdstukken" te dienen ten behoeve van de studenten van de fiscale studierichting — en bij uitbreiding ten behoeve van anderen.

Na een algemene inleiding worden achtereenvolgens behandeld: de rechtsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid; de rechtspersonen; huwelijk en echtscheiding; eigendom en

bezit; eigendomsoverdracht; eigendomsverkrijging door verjaring; zakelijke zekerheden; begrip verbintenis; contracta en pacta; verbintenissen uit delict; verbintenissen uit "ongerechvaardigde verjaring"; koop; stipulatio en de vertegenwoordiging.

Een zeer duidelijk overzicht.

L. Th. Maes

J.A. ANKUM, *Elementen van Romeins recht*. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1976.

Professor dr. J.A. Ankum, hoogleraar Romeins recht aan de Gemeenteuniversiteit van Amsterdam, heeft dit *opusculum* geschreven enerzijds voor de juridische studenten, die zich op het examen voorbereiden en anderzijds voor de historici en classici, die enige kennis van het Romeins recht willen verwerven.

Na twee hoofdstukken over enkele hoofdzaken van de zgn. uitwendige rechtsgeschiedenis (nl. algemene kenmerken van het recht in de verschillende perioden, een schets van de staatsrechtelijke ontwikkeling en de geldingsbronnen van het Romeins recht) deelt de auteur zoveel over de regels betreffende de Romeinse burgerlijke procedure mee als voor het begrip van het Romeins privaatrecht onmisbaar is. In het 4e hoofdstuk geeft hij een schematisch overzicht van het Romeins privaatrecht.

Hier en daar is verband gelegd tussen sociale en economische toestanden of zedelijke en godsdienstige opvattingen enerzijds en rechtsregels anderzijds.

Een zeer duidelijk en bondig overzicht.

L. Th. Maes

J. THORSTEN SELLIN, *Slavery and the Penal System*. Elsevier, New York, Oxford, Amsterdam, 1976.

De Zweed J. Thorsten Sellin, emeritus professor aan de Universiteit van Pennsylvania, is de wereldbekende auteur van vele belangrijke werken over misdaad- en strafrechtsgeschiedenis, o.a. over het Rasphuis te Amsterdam. In dit boek schetst hij de rechtstreekse en onrechtstreekse invloeden van de sociale instelling van de have-en-goed-slavernij op de ontwikkeling van de strafstelsels en -praktijken in Europa en de Verenigde Staten: één treurige geschiedenis! Hij onthult de zwartste en brutaalste aspecten van de strafrechtsgeschiedenis en de maatschappelijke krachten die de inspanningen van de hervormers, die naar een humanisering van de straffen streefden, weerstonden of tenietdeden. Het werk toont de huisstraffen, door de Grieks-Romeinse meesters aan hun slaven opgelegd, en die later gelegaliseerd werden voor delicten door de vrije lagere klassen begaan. Een dominante in deze ontwikkeling is de kasten- en klasstructuur van de maatschappij, gereflecteerd in de wil om te bepalen wat als crimineel zal worden beschouwd: wie zal gestraft worden, en wat zal de straf zijn? De criminoloog Sellin schetst het verband tussen slavernij en strafrecht in het oude Griekenland en in Rome, en in de Middeleeuwse Germaanse staten; de galei-straffen in de maritieme staten; de strafslavernij bij openbare werken (versterkingen); het ontstaan van de correctiehuizen; de maritieme arsenaalgevangenen in Frankrijk, Spanje en Italië; de Britse "onttakelde" schepen, en de straf die deze verving; de strafslavernij in Rusland en de slavernij en het strafrecht in de Presecessionistische Zuidelijke Staten der V.S., met haar schuldopdrachtstelsel, haar "kettergroepen", strafhoeven en -plantages.

Sellins boek bewijst de waarde van Gustav Radbruchs thesis over de invloed van de sociale instelling van de have-en-goed-slavernij op de ontwikkeling van de strafrechtspraktijk in Europa en de Verenigde Staten.

L. Th. Maes

MICHEL FOUCOULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. NRF, Ed. Gallimard, Parijs, 1975.

Het moderne strafrecht durft niet meer te verklaren dat het de delicten "bestraft": het beweert de delinquenten "heraan te passen". Reeds sinds twee eeuwen "werkt" het in de buurt en de "familie" van de humane wetenschappen. Het

is haar trots, haar manier in elk geval, zich te veel over zichzelf te schamen: "Ik ben misschien nog niet helemaal rechtvaardig; heb een weinig geduld, zie hoe geleerd ik aan het worden ben." Maar hoe zouden de psychologie, de psychiatrie, de criminologie de huidige justitie kunnen rechtvaardigen, nu hun geschiedenis een zelfde politieke technologie vertoont, daar de ene de andere gevormd hebben? Tussen de menskennis en de humaniteit van de straffen vindt men een zekere investering van tucht van de lichamen, een gemengde vorm van onderwerping en van objectiviteit, een zelfde "kennen-kunnen". Kan men de genealogie van de moderne moraal vanuit een politieke geschiedenis der lichamen maken?

Velen onder ons schamen zich dan ook heden over onze gevangenis. De 19e-eeuw daarentegen was trots op de vestingen, die hij op de grens en soms in het hart van de steden bouwde. Hij was fier over deze nieuwe "zachtheid", die de valbijl verving. Hij was gelukkig dat hij de lichamen niet meer strafte, maar dat hij in staat was in het vervolg de zielen te verbeteren. De muren, sloten en cellen vormden een hele sociale orthopedische onderneming.

Dieven, verkrachters en moordenaars werden allen in de gevangenis geplaatst. Vanwaar komt deze vreemde praktijk en dat eigenaardig project om mensen op te sluiten ten einde hen te verbeteren, voorgeschreven door de strafwetboeken van de hedendaagse tijd? Een oude erfenis van de "stenen" uit de Middeleeuwen? Veeleer een nieuwe technologie: een uitwerken van de 16e tot de 19e eeuw, van een geheel van procedures om de enkelingen in vierkanten op te delen, te controleren, te meten, te drillen en hen terzelfder tijd "gehoorzaam en nuttig" te maken.

Door toezicht, oefeningen, manoeuvres, optekeningen, rangen en plaatsen, klassering, examen, registratie heeft zich gedurende de "klassieke eeuwen" een gehele wijze ontwikkeld om de lichamen te onderwerpen, de menselijke mogelijkheden moeten te beheersen zijn en de krachten te manipuleren, in de hospitalen, in het leger, in de scholen, de colleges en de werkhuisen. Doel: de tucht. De 18e eeuw heeft ongetwijfeld de vrijheden uitgevonden, maar ze heeft ze een diepe en stevige infrastructuur bezorgd: de gedisciplineerde maatschappij, waarin wij nog immer leven. De gevangenis dient in de vorming van deze toezichtmaatschappij, waarin wij leven, geplaatst te worden.

L. Th. Maes

FR. HELBING-MAW BAUER, *Die Tortur. Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Zeiten und Völker*. Scientia Verlag, Aalen, 1973.

Men kan gerust poneren dat het meest zinvolle werk over de foltering nog het werk is van Franz Helbing, dat in 1926 te Berlijn, volledig herwerkt, verscheen. Intussen beschikken wij wel over het magistrale werk van P. Fiorelli, *La torture giudiziaria nel diritto comune*, I en II, Milaan, 1953, dat van F. Tomas Y Valiente, *La Tortura en España*, Barcelona, 1973, en het uitstekend overzicht van professor dr. Heinz Holzhauser, "Rechtsgeschichte der Folter", in *Folter. Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung* (Amnesty International Publications, mei 1976. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976, p. 107-124). Toch bleef Helbing-Bauer zijn onvervangbare waarde behouden. Gezien de heropleving van de foltermethodes in zovele staten en de groeiende belangstelling voor dit historisch fenomeen, werd *Die Tortur* in een nieuwe, mooie fac-simili-herdruk aangeboden.

L. Th. Maes

L. PAULI, *Etudes d'histoire du Droit Pénal*. Universitatis Jagellonica Acta Scientiarum Litterarumque CCCXI, Schedae Juridica, fasc. LXXIII. Krakau, 1976.

In oktober 1973 organiseerde het instituut voor rechtsgeschiedenis van de Universiteit te Krakau een internationaal Colloquium van rechtshistorici, gewijd aan de geschiedenis van het strafrecht in Centraal-Europa. Dit colloquium vormde een keten in de lange reeks van de sinds 1959 jaarlijkse samenkomsten tussen rechtshistorici van de Hongaarse, Tsjechische en Poolse geleerden, waaraan ook enkele specialisten uit niet-socialistische landen deelnemen (Bundesrepubliek,

Frankrijk en Oostenrijk). 68 deelnemers uit tien landen woonde in zes zittingen de 38 wetenschappelijke referaten bij (in het Frans, Duits en Russisch), die thans in een mooie publikatie voorliggen. Hieruit kan men een goed overzicht krijgen van de stand van de wetenschap van de strafrechtsgeschiedenis in Polen, Hongarije, Roemenië, de USSR, Bulgarije en Tsjecho-Slowakije. Recente voordrachten aan juridische faculteiten van Hongarije en Polen hebben ons geleerd dat de westerse rechtshistorici veel kunnen leren van hun Oosteuropese collegae, die niet beter wensen dan wetenschappelijke en vriendschappelijke contacten met hun westerse collegae te onderhouden.

M. Th. Maes

BERICHTEN

Studiedag over het misbruik van voorwetenschap inzake effectenhandel

Op donderdag 28 april 1977 organiseert het Departement Rechten van de *Universitaire Instelling Antwerpen*, met de medewerking van *Trends*, een studiedag over het "Misbruik van voorwetenschap inzake effectenhandel" (Insidertrading).

Niet iedereen heeft op hetzelfde ogenblik toegang tot identieke informatie over de vennootschap en haar effecten. "Insiders", zoals beheerders, managers, ingenieurs enz., delen in de geheimen van de vennootschap, en niet zelden beschikken ze aldus over prijsbeïnvloedende informatie. Het benutten van deze informatie om te speculeren in de aandelen van de vennootschap, wordt meer en meer als onrechtmatig aangeduid. Geoordeeld wordt dat deze informatie alleen mag strekken tot het belang van de vennootschap, en niet tot het eigenbelang van de "insider". Tevens zou vanuit beurs-technisch standpunt ongelijkheid qua informatie te verwerpen zijn.

In verscheidene landen, waaronder de V.S.A., Japan, Frankrijk, Groot-Brittannië en Duitsland onderneemt men stappen om dergelijke misbruiken te beteugelen. Ook in België en op Europees vlak komt het debat op gang. Daarom heeft deze studiedag tot doel een eerste publiek forum in te richten waar mensen van verschillende horizons — de beurs, het bedrijfsleven, de banken, de overheid, de universiteiten — elkaar zullen vinden.

Het programma luidt:

- 10.00 Welkomwoord door prof. J. Van Steenberge, voorzitter van het Departement Rechten
- 10.15 Cl. Lempereur, adjunct-adviseur bij de Bankcommissie: "Problèmes généraux et aspects juridiques"
- 11.15 Koffie
- 11.30 Vanthienen, hoogleraar aan de K.U.Leuven: "Efficiëntie van de financiële markten en de economische waarde van voorwetenschap in België"
- 12.15 Rondvragen en discussie
- 12.45 Lunch
- 15.00 Praktische ervaringen:
In Frankrijk: M.C. Robert, chargée de mission, Commission des opérations de bourse, Paris; in Groot-Brittannië: T. Peter Lee, Secretary, Panel on Take-Overs and Mergers, London
- 16.15 Koffie
- 16.30 Paneelgesprek: Cardon de Lichtbuer, attaché bij de Bankcommissie; Demain, hoofdredacteur 'Echo de la Bourse'; Dierickx, voorzitter Beurscommissie Antwerpen; Duplat, eerste substituut procureur des Koning, Brussel; Lee, m.e. Robert, Reyers, voorzitter Beurscommissie Brussel; Vanthienen, Van de Putte, redacteur 'Trends', Wymeersch, docent U.I.A.
- 18.00 Receptie

Voor inschrijving en inlichtingen zich wenden tot het Departement Rechten U.I.A., Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk, tel. 031/28.25.28 (assistent J. Van Dijk).