

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

K. DELESIE, Namaking van Beneluxmerken in cyberspace 865

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Arbeidsovereenkomst** – Burgerlijke aansprakelijkheid werknemer – Vrijstelling van aansprakelijkheid – Niet gewoonlijk voorkomende lichte fout

Arbitragehof 17 februari 1999 (*met noot van A. Van Oevelen*, «Het Arbitragehof en art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet»)

870

Milieu – Milieustrafrecht – Verplichting om voortgebrachte hinder met aangepaste middelen te bestrijden – Voldoen de duidelijke strafrechtelijke incriminatie

Cass. 30 november 1998 (*met noot*)

875

Gehandicapten – Tegemoetkoming – Hulp aan bejaarden – Onderzoek naar inkomen – Alleenstaande gerechtigde – Verkoopwaarde van vroeger afgestaan onroerend goed – Berekening

Cass. 22 februari 1999

875

1. Beslag en executie – Beslag inzake namaak – Buitenlands octrooi – Maatregelen ter bewaring van recht – **2. Europees recht** – E.E.X. – Voorlopige maatregelen gelast door Belgische rechter – Bodemgeschil behorende tot bevoegdheid van buitenlandse rechter

Cass. 3 september 1999

876

Faillissement – Gevolgen – Betalingen door de gefailleerde gedaan sedert het tijdstip van staking van betaling – Niet-terwerpbaarheid aan de failliete boedel – Toepasselijkheid op compensatieovereenkomst en op beding van eenheid van rekening

Hof Brussel 28 mei 1999

877

1. Deskundigenonderzoek – Strafzaken – a) Keuze van de persoon van de deskundige – Persoon die opsporingsbevoegdheid heeft voor een bepaalde materie – b) Deskundigenverslag – Commentaar van de deskundige met betrekking tot de schuldvraag – Rechtsgevolg – **2. Poging** – Ondeugdelijke poging – Begrip – **3. Hormonen** – Misdrijf van toedienen van hormonale stoffen – Begrip

Hof Antwerpen 9 juni 1999 (*met noot van M. Sterkens*, «Het toedienen van in de Hormonenwet bedoelde stoffen») 879

1. Erfrecht – Bloedverwantschap – Begrip – Buitenhuwelijks kind – Louter biologische band – **2. Boedelbeschrijving** – Aanspraak gerechtigden – Personen die beweren een recht te hebben in de nalatenschap – Ernstig belang – Bijzondere legatarissen – Beweerd herroepend testament van latere datum – Irrelevant

Rb. Gent 4 december 1997

883

Kanttekening

R. Timmermans, Weinig spatie, toch enige ruimte voor de advocaat-syndicus

885

Boeken

C. Borman, Het statuut voor het Koninkrijk (*door G. Craenen*)

894

H.-J. De Kluiver en J. Wouters (red.), Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief. Vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht (*door K. Goh*)

894

P.J.J. Van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom (*door K. Wagner*)

895

M. Schellekens, Strafbare feiten op de elektronische snelweg (*door J. Keustermans*)

896

Mededelingen

Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen – Samenstelling Raad van Beheer

896

Tijdschrift Voor Wetgeving – T.V.W.

896

Informatiezitting: Domeinnamen

896

Studienamiddagen: Nuttige tips voor contracten (herhaling)

896

Leerstoel migratie- en migrantenrecht

896

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

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

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

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

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

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

Vaste medewerkers:

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

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

Tiberghien

Advocaten

een jong kantoor met ongeveer 50 medewerkers
zoekt (m/v)

voor zijn afdeling ondernemingsrecht en financieel
recht: **(senior) medewerkers** met minstens
5 jaar ervaring in het vennootschapsrecht en/of het
financieel recht.

contact: Peter Rooryck

voor zijn afdelingen fiscaal recht en B.T.W.:
medewerkers met minstens 2 jaar ervaring in
het fiscaal recht respectievelijk inzake B.T.W.

contact: Koen Steenberghs

Neerveldstraat 101, 1200 Brussel
tel. 02/773.40.00 – fax 02/773.40.55

NAMAKING VAN BENELUXMERKEN IN CYBERSPACE ¹

I. INTERNET, DOMEINNAMEN EN BENELUXMERKEN

1. Een computer die is aangesloten op Internet kan op twee manieren worden geïdentificeerd: (1) door zijn Internet Protocol (IP)-adres, een voor elke computer unieke cijfercode, en (2) door zijn domeinnaam, een met dit IP-adres verbonden gebruiksvriendelijke lettercode. ² Een domeinnaam bestaat uit een aantal *domains* die van elkaar door punten zijn gescheiden. Een domeinnaam omvat minstens twee *domains*: een *top level domain* (hierna: *TLD*) en een *second level domain* (hierna: *SLD*).

2. Een domeinnaam kan onder een *generic top level domain* (hierna: «gTLD», zoals «.com») of onder een *country code top level domain* hierna: «ccTLD», zoals «.be», «.fr», «.de», «.uk», «.us») worden geregistreerd. ³ Afhankelijk van de *TLD* waaronder wordt geregistreerd, wordt de aanvrager geconfronteerd met andere registratievoorwaarden die worden bepaald door de *naming authority* die voor het beheer ervan instaat. ⁴

De *SLD* van de domeinnaam bestaat uit een herkenbaar woord of afkorting, met name bij voorkeur een handelsnaam, een vennootschapsnaam of een merk. In dit artikel wordt enkel ingegaan op *SLD*'s die bestaan uit merken. Omdat er geen mondiale databank van domeinnamen bestaat, is het van groot commercieel belang een *SLD* te kiezen waarnaar Internetbezoekers gemakkelijk kunnen «raden».

3. Sinds kort staat de V.Z.W. DNS België in voor het beheer van de ccTLD «.be», ⁵ Een aanvraag van een *SLD* die

overeenstemt met een merk wordt voor de ccTLD «.be» enkel aanvaard in de persoon van de houder van een geldig Beneluxmerkdepot. ⁶

II. MERKINBREUKEN IN CYBERSPACE

4. Op Internet kan loyaal, maar ook deloyaal gebruik worden gemaakt van merken. Het merk kan door derden als domeinnaam worden geregistreerd met louter speculatieve doeleinden. Dit *cybersquatting* om de domeinnaam met winst te verkopen komt in de Verenigde Staten veel voor, ⁷ en ook Europese merkhouders worden hierdoor geplaagd. ⁸ Domeingebruik om een concurrent zwart te maken, concurrerende of niet-concurrerende ⁹ waren of diensten aan te bieden, ¹⁰ of gewoonweg een concurrent gebruik van deze do-

Siemens en N.V. Bekaert heeft (<http://www.fabrimetal.be>), de Belgian Telecommunications Users Group (BELTUG) die de gebruikers van telecommunicatie vertegenwoordigt (<http://www.beltug.be>), het Ministerie van Economische Zaken, het Belgisch Instituut voor Post en Telecommunicatie (BIPT), dat regelgevend optreedt voor de postsector en de telecommunicatiesector (<http://www.bipt.be>), Prof. Van Binst van de U.L.B., en Prof. Verbaeten van de K.U.L.

⁶ <http://www.dns.be>

⁷ De bekendste cybersquatter is de heer *Toeppen*, die 240 bekende Amerikaanse merken als domeinnamen liet registreren om ze aan de merkhouders te verkopen. *Intermatic v. Toeppen*, 947 F.Supp. 1227 (N.D. III. 1996); *Panavision International L.P. v. Toeppen*, 945 F.Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996); CA 9th Circ., 17 april 1998, (1998) *EIPR*, N-139; 13 Berkeley Tech. L.J. 249.

⁸ Brussel, 1 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1588, met noot WERY, E.; *D.C.C.R.* 1998, 157, met noot JOMOUTON, Y.; *T.B.H.* 1998; *Computerrecht* 1998, 176; *Ing. Cons.* 1998, 270; Vz. Kh. Brussel, 11 juni 1997, *Computerrecht*, 1997/5, p. 230, met noot GOETHALS, P.; *T.B.H.* 1997, 726, met noot DE BAUW, H.; *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1997, 1998, 487; Vz. Kh. Brussel, 27 november 1997, *Computerrecht* 1998/1, 26, met noot GOETHALS, P.; *D.A.O.R.*, nr. 46, p. 51; *A.J.T.*, 1997-98, 338, met noot BALLON, G.; *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1997, 1998, 545, met noot VAN BUNNEN, D.; Vz. Kh. Brussel, 23 oktober 1997, *A.J.T.* 1997-98, 335; *DAOR* 1998, 101, met noot; *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1997, 1998, 541, met noot VAN BUNNEN, D.

⁹ In Nederland werd de domeinnaamhouder en uitbater van een website met seksueel expliciet materiaal van «*meatpoint.com*», het merk van de gelijknamige vleesverwerkende onderneming die de vordering instelde, veroordeeld tot het staken van het gebruik en het verkrijgen bij NSI van de overdracht van de domeinnaam aan eiseres (Pres. Rb. Amsterdam, 4 september 1997, *I.E.R.*, 1997/6, p. 246); in de Verenigde Staten werd de domeinnaam «*candyland.com*», de naam van een kinderspel dat sinds jaar en dag op de markt werd gebracht door Hasbro gebruikt voor de verspreiding van seksueel expliciet materiaal (*Hasbro Inc. v. Internet Entertainment Group Ltd.*, 40 U.S.P.Q. 2d 1479 (W.D. Wash. Feb. 9, 1996)).

¹⁰ In de V.S.: *The Princeton Review Management Corp. v. Stanley H. Kaplan Educational Center, Ltd.*, 94 Civ. 1604 (MGC) (S.D.N.Y. 9 maart 1994); *Cardservices Int'l Inc. v. McGee*, 1997, 950 F.Supp. 737 (E.D. Va. 1997), *Planned Parenthood Federation of America, Inc. v. Bucci, d/b/a Catholic Radio*, No. 97 CIV 0629, 1997 WL 133313

¹ Dit artikel is een bewerking van de scriptie geschreven tot het behalen van het diploma V.A.O. Intellectuele Rechten, sinds 1998-1999 georganiseerd aan de K.U.B. en de K.U.L. E-mails aangaande dit artikel zijn welkom bij de auteur: katrien.delesie@stibbe.be.

² Voor meer uitleg over domeinnamen, zie CRUQUENAIRE, A., «Internet: la problématique des noms de domaine», *Ing. Cons.*, 1997, 222; OVERDIJK, F., «Merken en Internet: nieuws onder de zon?», *BMM Bulletin*, 1997/3, 13; BOGAERT, G. en MAEYAERT, P., «Handelsnaam - Vennootschapsnaam - Merk - Bescherming en onderling conflicten, Rechtspraak (1990-1997)», *T.B.H.* 1999, 94; KELLY, D. en KUMOR, K., «Trade Marks: Intellectual Property Protection on the Information Super Highway», 10 *EIPR* 481 (1995).

³ Hoewel ook domeinen onder ccTLD's wereldwijd bereikbaar zijn, verkiezen ondernemingen domeinnamen onder gTLD's wegens hun «internationale» uitstraling.

⁴ Voor wat onze buurlanden betreft: in Nederland door de *Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN)*, in Frankrijk door *AFNIC*, in het Verenigd Koninkrijk door *Nominet UK*, in Duitsland door *Deutsches Network Information Center (DENIC-eG)*, en in Luxemburg door *RESTENA*. Een overzicht van de beheerders van de bestaande ccTLD's is te vinden op <http://www.uninett.no/navn/domreg.html> (inhoud website op 18.10.1999).

⁵ De Raad van Beheer van de V.Z.W. is evenwichtig samengesteld uit vertegenwoordigers van de Internet Service Providers Association Belgium (ISPA) die o.a. Skynet, UUnet, en Ping als leden heeft (<http://www.ispa.be>), FABRIMETAL die de Belgische industrie vertegenwoordigt en als leden o.a. N.V. Union Minière, N.V.

meinnaam onmogelijk te maken,¹¹ zijn andere vormen van merkgebruik te kwader trouw. Soms worden domeinnamen die erg lijken op bestaande domeinnamen (en merken) geregistreerd door aanvragers die hopen dat Internetbezoekers een populaire naam fout intikken.¹² Al deze vormen van gebruik te kwader trouw moeten worden onderscheiden van loyaal gebruik door merkhouders, titularissen van handelsnamen of vennootschapsnamen. Geschillen betreffende een dergelijk loyaal gebruik vinden meestal hun oorzaak in het feit dat, in tegenstelling tot het merkenrecht, domeinnamen niet voor bepaalde klassen van waren en diensten worden geregistreerd. Ondernemingen met merken voor totaal verschillende klassen van waren of diensten kunnen geen gebruik maken van dezelfde domeinnaam.

5. In dit artikel wordt onderzocht of en wanneer een merkhouder art. 13 A.1. van de Eenvormige Beneluxwet van 19 maart 1962 op de merken (hierna: B.M.W.) kan inroepen naar aanleiding van het gebruik door een derde van een merk (1) als domeinnaam op Internet of (2) naar aanleiding van het gebruik door een derde van merken op een webpagina, zonder toestemming van de rechtmatige merkhouder.

6. Art. 13 A.1. B.M.W. bepaalt: «Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen: (a) elk gebruik, dat in het economisch verkeer wordt gemaakt voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven; (b) elk gebruik dat in het economisch verkeer van het merk of een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, indien daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij het publiek een associatie wordt gewekt tussen het teken en het merk; (c) elk gebruik, dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van een binnen het Beneluxgebied bekend merk of een over-

eenstemmend teken wordt gemaakt voor waren, die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, indien door dat gebruik ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken uit of afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk; (d) elk gebruik, dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van een merk of een overeenstemmend teken wordt gemaakt anders dan ter onderscheiding van waren, indien door dat gebruik ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken uit of afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk».

7. In geval van *cybersquatting*, waarbij de domeinpiraat geen website exploiteert onder een litigieuze domeinnaam, maar deze domeinnaam enkel heeft laten registreren, gaat het in beginsel enkel om deloyaal gebruik. Het publiek komt niet in contact met de domeinnaam, zodat toepassing van art. 13 A.1.a, b en c B.M.W. uitgesloten is. De Benelux-merkhouder kan zich eventueel wel beroepen op 13 A.1.d B.M.W., omdat aan alle toepassingsvoorwaarden van dit artikel is voldaan. Allereerst is registratie van een domeinnaam met het oog op verkoop als een gebruik in het economisch verkeer te beschouwen. Het begrip «gebruik in het economisch verkeer» krijgt van het Benelux-Gerechtshof een ruime betekenis. Het Hof verstaat hieronder met name «een activiteit waarmede economisch voordeel wordt beoogd».¹³ Er moet een relatie bestaan tussen het merk en een zakelijke activiteit, zoals een bedrijf, een beroep of enige andere - niet in de particuliere sfeer verrichte - activiteit waarmee economisch voordeel wordt beoogd. Dit is het geval voor *cybersquatting* dat door bepaalde rechtspraak - in een geval waarin voor de domeinnaam «losgeld» werd gevraagd - zelfs als een *business opportunity* werd bestempeld.¹⁴ De brede betekenis van het begrip maakt het ook mogelijk te verdedigen dat de domeinhouder door de loutere registratie, bijvoorbeeld om gebruik door concurrenten onmogelijk te maken, een - minstens indirect - economisch voordeel beoogt, omdat de domeinhouder anders wellicht de registratiekosten niet had geïnvesteerd.

Het valt ook te verdedigen dat de voorwaarde van merkgebruik «anders dan ter onderscheiding van waren of diensten» vervuld is in geval van loutere registratie, daar de domeinnaam wordt gereserveerd en geblokkeerd tegenover anderen, zonder dat zij voorkomt in de buurt van waren of diensten.

Merkgebruik in het economisch verkeer anders dan ter onderscheiding van waren of diensten volstaat niet: de merkhouder dient ook schade aannemelijk te maken. Deze schade, omschreven als de afbreuk aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk, wordt bij vorderingen onder art. 13 A.1.d B.M.W. meestal aangevoerd, maar overtuigt niet indien enkel registratie van de domeinnaam plaatsvond. De vraag of er «ongerechtvaardigd voordeel» wordt getrokken uit de registratie kan m.i. echter wel positief wor-

(S.D.N.Y. 24 maart 1997); in Nederland: *Labouchère* (Vz. Amsterdam 15 mei 1997, *I.E.R.*, 1997/4, p. 156; *Computerrecht*, 1997/4, p. 171); in Frankrijk: *Atlantel* (Tr. Gr. Inst. Bordeaux, 22 juli 1996, *Droit de l'Informatique*, 1997/2, p. 44) en *Saint Tropez* (Tr. Gr. Instance Draguignan, 29 augustus 1997, http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/tgi_st-tropez.htm (inhoud website op 18 oktober 1999), kort besproken in VAN BUNNEN, D., «Le 'domain grabbing' est-il un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale?», (noot onder Vz. Kh. Brussel, 23 oktober 1997 en 27 november 1997), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1997-98, 541.

¹¹ Toen Interbrew bijvoorbeeld de website «interbrew.com» wou laten registreren, bleek die al sinds 26 juli 1995 ingeschreven op naam van haar Canadese concurrent, Oak Bay Brewing. Deze datum was geen toeval: het was de dag waarop Interbrew Oak Bay's grootste Canadese concurrent, «Labatt Breweries», had overgenomen (STRASSEL, K. en SCHENKER, J., «Trademark Bickering Shows How the Private Sector Is Squandering Initiative Proposal for a Global Panel», 7/22/98 *Wall St.J.Eur.* 1); Pres. Arr.Rb. Amsterdam, 5 februari 1998, *Computerrecht*, 1998/4, p. 184; Vz. Kh. Brussel, 3 januari 1997, *Droit de l'informatique* 1997/4, p. 37, met noot LEFEBVRE, A.; *Computerrecht*, 1997/5, p. 227, met noot GOETHALS, P.

¹² Citibank werd bijvoorbeeld geplaagd door zo een «typo-pirate» die onder een domeinnaam die enkel van die van Citibank verschildte door een punt («.»), een porno site uitbaatte. (<http://www.news.cnet.com/news/0-1005-200-341422.html> (inhoud website op 18 oktober 1999)). Ook PaineWebber overkwam iets gelijkaardigs (<http://www.news.cnet.com/news/0-1005-200-341321.html?tag=st.ne.1005-200-343422?> (inhoud website op 18 oktober 1999)).

¹³ Benelux-Gerechtshof, 9 juli 1984, *Jur.* 1984, 1.

¹⁴ Vz. Kh. Brussel, 11 juni 1997, *Computerrecht*, 1997/5, p. 230, met noot GOETHALS, P.; noot DE BAUW, H. in *T.B.H.*, 1997, 726; gewijzigd in beroep: Brussel 1 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1588, noot WERY, E.; *D.C.C.R.* 1998, 157, met noot JOMOUTON, Y.; *T.B.H.* 1998 (weergave DE BAUW, H.), 475; *Computerrecht* 1998, 176; *Ing. Cons.* 1998, 270.

den beantwoord wanneer de *cybersquatter* de domeinnaam te koop aanbiedt, omdat *cybersquatting* in het algemeen wordt beschouwd als een af te wijzen praktijk. De nagestreefde opbrengsten die daaruit voortvloeien, zullen als een «ongerechtvaardigd voordeel» kunnen worden beschouwd.

Art. 13.A.1.d B.M.W. vereist enkel dat normaal voor schade kan worden gevreesd. Er dient dus nog geen vergoeding betaald te zijn voor de domeinnaam. Voor actuele schade kan bovendien schadevergoeding worden gevorderd, bijvoorbeeld wanneer de onderneming waarvan het merk wordt «gegijzeld», kan bewijzen dat zij reeds concrete plannen had om de domeinnaam te gebruiken voor de commercialisering van haar goederen, zodat tijdens de onderhandelingsperiode en tijdens de gerechtelijke procedure winst werd gederfd. Het Benelux-Gerechtshof interpreteert het begrip «geldige reden» heel beperkend.¹⁵ Bijgevolg zal de *cybersquatter* er een rechter meestal niet van kunnen overtuigen dat de registratie van de domeinnaam een zodanige noodzaak was dat van de domeinhouder in redelijkheid niet kon worden geëist dat hij zich van de domeinregistratie onthield.¹⁶ Enkel een eigen recht op het teken dat niet voor dat van de merkhouders hoeft te wijken, zoals een eigen merkinschrijving, lijkt een geldige reden te kunnen zijn. Het Benelux-Gerechtshof bepaalde in zijn *Klarein*-arrest¹⁷ dat, ofschoon rekening is te houden met de bijzondere omstandigheden van elk geval, een jonger depot slechts uiterst zelden als «geldige reden» kan worden aanvaard, omdat zal moeten worden aangetoond dat ten tijde van het depot de gebruiker niet kon worden voorzien dat «door het gebruik van het later gedeponeerde merk, al betrof dit andere en niet soortgelijke waren dan die waarop het eerder ingeschreven merk betrekking heeft, aan de houder van dat laatste merk schade zou worden toegebracht». Dit betekent dat *cybersquatters* waarschijnlijk niet zouden kunnen ontsnappen aan een veroordeling wegens namaking door het registreren van een (jonger) identiek merk voor andere klassen van waren of diensten.

8. Het gebruik van domeinnamen gaat meestal verder dan de loutere registratie van de domeinnaam. Bovendien zijn naast merkinbreuken door gebruik van domeinnamen, ook merkinbreuken mogelijk door gebruik van merken in een website. Soms vindt de namaking inderdaad enkel op een webpagina plaats, terwijl de domeinnaam zelf waaronder de website zich bevindt, vanuit merkenrechtelijk oogpunt volledig geoorloofd is.

9. Onder talrijke domeinnamen vindt de surfer bijvoorbeeld websites met reclame. De merkhouders die een vordering wil instellen ingevolge het deloyaal gedrag van de domeinhouder die onder zijn litigieuze domeinnaam - met als *SLD* het merk van de merkhouders - reclame voert, of eventueel die onder een (al dan niet legitieme) domeinnaam in

de website een merk vermeldt dat niet het zijne is, kan zich niet op art. 13 A.1.a of b B.M.W. beroepen. Zich baseren op deze bepalingen kan enkel indien de namaking onmiddellijk voorkomt op of bij dezelfde of soortgelijke waren of diensten, of voorkomt op documenten die deze rechtstreeks begeleiden. Dit is bij reclame, met inbegrip van «anti»-reclame tegen de waren of diensten van de merkhouders en vergelijkende reclame,¹⁸ niet het geval. De enige mogelijkheid voor de merkhouders lijkt dan ook hier te liggen in art. 13 A.1.d B.M.W., dat trouwens reeds in het verleden voor merkgebruik in reclame werd ingeroepen.¹⁹ In dit geval is natuurlijk minder discussie mogelijk over het vervullen van de voorwaarde van «gebruik in het economisch verkeer». Een «geldige reden» zal hier echter vaker voorkomen, met name wanneer onder de domeinnaam vergelijkende reclame wordt gevoerd die voldoet aan de vereisten van de Richtlijn 97/55 van 6 oktober 1997.²⁰

10. Via Internet worden ook steeds vaker waren of diensten aangeboden, wat in de praktijk tot merkinbreuken aanleiding kan geven.²¹ Wanneer de uitbater via zijn website onder het merk van een derde niet-authentieke waren aanbiedt, is er natuurlijk namaking. In tegenstelling tot deze vorm van gebruik te kwader trouw, is in geval van loyaal gebruik van een merk als domeinnaam en van merken in een website door een legitieme houder van een overeenstemmend merk, de oplossing echter niet zo vanzelfsprekend.

Hoe dient men bijvoorbeeld het geval te beoordelen van de website van een merkhouders buiten de Benelux, per definitie ook te consulteren in de Benelux, waarin onder een identiek merk authentieke waren of diensten worden aan-

¹⁸ Bijvoorbeeld de Amerikaanse zaak *The Princeton Review Management Corp. v. Stanley H. Kaplan Educational Center, Ltd.*, 94 Civ. 1604 (MGC) (S.D.N.Y. 9 maart 1994).

¹⁹ Benelux-Gerechtshof, 2 februari 1983, *Bull. B.M.M.* 1983, 135; *R.W.* 1982-83, 2059, met conclusie van de advocaat-generaal KRINGS, E.; *Ing. Cons.* 1983, 91; *Jur.* 1983, 1.

²⁰ Richtlijn 97/55 van 6 oktober 1997 van het Europese Parlement en de Raad van de E.G. tot wijziging van de Richtlijn van de Raad van de E.E.G. 84/450 inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *Publ. L.* 290/18 van 23 oktober 1997.

²¹ Enkele voorbeelden van Internet-sites waarop aan *e-commerce*, elektronische handel, wordt gedaan onder de ccTLD «.be»: <http://www.kickers.be> (bestel je zelf-ontworpen schoenen), <http://www.mediadclub.be> (virtuele winkel uit de Roularta Media Group), <http://www.users.skynet.be/rietflowers> (bloemen), <http://www.epo.be> (uitgeverij Epo), <http://www.proxis.be> (boeken, muziek), <http://www.azur.be> (boeken, muziek), <http://www.medio.be> (CD-roms, DVD-roms, DVD-video's), <http://www.computersquare.be> (Computer square), <http://www.cbdirect.be> (verzekeringen), <http://www.caddyhome.be> (voeding), (inhoud websites op 18 oktober 1999). Voor enkele rechtszaken, zie Pres. Rb. Amsterdam, 29 augustus 1996, *I.E.R.* 1997/1, p. 18; Hof Amsterdam, 29 mei 1997, *Computerrecht* 1997, 170; Pres. Rb. Amsterdam, 20 september 1996, *I.E.R.* 1996, 227; *Computerrecht* 1997, 26, met noot MEIJBOOM, A.; Gerechtshof Amsterdam, 24 april 1997, *Computerrecht*, 1997/3, p. 120. Ook korte bespreking in MEIJBOOM, A., «Domeinnamen op Internet, wat, waarom, hoe en waarheen?», *I.E.R.*, 1997/1, p. 5, en in OVERDIJK, F., «Merken en Internet: nieuws onder de zon?», *BMM Bulletin*, 1997, p. 16; *Lozano Enterprises v. La Opinion Publ. Co.*, 44 U.S.P.Q.2d 1764 (C.D. Cal. 1997); LG München I, 18 juli 1997, *CR*, 1997, 450; LG Düsseldorf, 4 april 1997, 34 O 1991/96, p. 15.

¹⁵ Benelux-Gerechtshof, 1 maart 1975, *Jur.* 1975-79, 1, en Benelux-Gerechtshof, 22 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 1921, met noot EECKMAN, P.; *Jur.* 1985, 1, beide nog beslist onder het oude art. 13 A 2, dat ongeveer met het huidige art. 13 A.1.d B.M.W. overeenstemt. Over het begrip «geldige reden», zie GIELEN, C., WICHERS HOETH, L., *Merkenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, nrs. 1181 e.v.

¹⁶ DAUWE, B., «Internet en merkenrechtelijke aspecten», *Bulletin B.M.M.*, 1996/2, 11.

¹⁷ Benelux-Gerechtshof, 1 maart 1975, *Jurispr.*, 1975-76, p. 12.

geboden door deze legitieme buitenlandse merkhouder? Dergelijke authentieke waren, aan te kopen via een website die wereldwijd - dus ook buiten het grondgebied waarin deze merkhouder bescherming geniet - toegankelijk is, komen op het internationale Internet in concurrentie met de merken of diensten van de lokale Beneluxmerkhouder. De Beneluxmerkhouder die met zo een buitenlandse merkhouder wordt geconfronteerd die via Internet identieke of gelijksoortige waren of diensten aanbiedt, zou in beginsel met succes een vordering wegens merknaming kunnen instellen.

11. Men kan echter hopen dat rechters in de Benelux de eigen, internationale aard van Internet voldoende inschatten en met de nodige terughoudendheid oordelen wanneer dergelijke vorderingen bij hen aanhangig worden gemaakt. Om Internet als commercieel medium te vrijwaren, zouden in dergelijke gevallen legitieme buitenlandse merkhouders van dergelijke websites die toevallig ook vanuit België toegankelijk zijn, enkel veroordeeld mogen worden wegens namsaking indien zij met de aangeboden waren of diensten werkelijk (onder andere) de Beneluxmarkt viseren. Dit is *in concreto* te beoordelen, bijvoorbeeld aan de hand van onder andere een vermelding op de website die al dan niet verkoop aan een Beneluxpubliek uitdrukkelijk uitsluit, de munteenheid waarin de waren en diensten worden aangeboden, het taalgebruik, het contactadres dat eventueel wordt vermeld op de website, het percentage bezoekers vanuit de Benelux, het percentage transacties vanuit Benelux enz.²² Eventueel kan zelfs rekening worden gehouden met de aard van de TLD. Indien het gaat om een domeinnaam met een merk en de eigenaar van de domeinnaam/houder is van dit merk binnen of buiten de Benelux en onder de ccTLD's «.be», «.nl» of «.lu» een commerciële website uitbaat, zal de rechter dit m.i. kunnen beschouwen als een viseren van de Beneluxmarkt, of in ieder geval in belangrijke mate in rekening kunnen brengen bij zijn beoordeling. Omgekeerd sluit registratie onder de gTLD «.com» echter niet uit dat toch de Beneluxmarkt wordt geviseerd.

12. Vormt de website zelf de waar, bijvoorbeeld in geval van een elektronische krant, dan kan art. 13 A.1.a en b B.M.W. natuurlijk worden ingeroepen. Maar ook wanneer het merk in de website wordt getoond, onmiddellijk op of bij de afgebeelde aangeboden authentieke identieke of soortgelijke waren of diensten of op «documenten die deze rechtstreeks begeleiden», kan art. 13 A.1.a en b B.M.W. worden toegepast.

Binnen de Europese Unie spelen evenwel de beginselen van de uitputting van het merkrecht, zodat authentieke waren die ergens in de Europese Unie met de toestemming van de merkhouder op de markt zijn gebracht, in beginsel *online* mogen worden verkocht in de rest van de Unie.²³

²² BOGAERT, G. en MAEYAERT, P., «Handelsnaam - Vennootschapsnaam - Merk - Bescherming en onderlinge conflicten, Rechtspraak (1990-1997), T.B.H., 1999, p. 96; VERKADE, D., «Internet-domeinnamen, merkenrecht en handelsnaamrecht, Computerrecht, 1997/1, 3; OVERDIJK, F., «Merken en Internet: nieuws onder de zon?», BMM Bulletin, 1997/3, 19.

²³ Deze verdediging geldt niet voor authentieke goederen afkomstig uit bijvoorbeeld de Verenigde Staten. Ook wanneer de online aangeboden merkwaren zo werd gewijzigd dat ze niet meer kan worden beschouwd als afkomstig van de merkhouder, wat een feitenkwesie is, zal het verweer niet dienend zijn.

13. Wanneer een domeinnaam identiek of overeenstemmend is met het merk en op de website gelijksoortige²⁴ waren of diensten (art. 13 A.1.b B.M.W.) worden aangeboden of wanneer op een webpagina een identiek of overeenstemmend merk wordt getoond bij de aangeboden gelijksoortige waren of diensten, kan dit enkel een inbreuk uitmaken wanneer er gevaar voor verwarring met de merken of diensten van de merkhouder bestaat.²⁵

Neem het voorbeeld van de houder van een bepaald Beneluxmerk die zijn merk niet als domeinnaam registreerde en een vordering wil instellen tegen een *bona fide*-houder van een identiek of overeenstemmend Beneluxmerk, dat werd geregistreerd voor andere klassen van waren en diensten en bovendien door die andere merkhouder als domeinnaam werd geregistreerd. Zo een vordering wegens commercialisering van deze andere waren of diensten op Internet zal in beginsel geen succes hebben. Ook de verweerder die geen merkregistratie heeft, zou trouwens in beginsel vrij gebruik kunnen maken van een identiek of overeenstemmend teken voor het aanbieden van andere klassen van waren of diensten. Dit volgt uit het beginsel van de specialiteit van het merkenrecht, volgens welk merkenrechtelijke bescherming alleen wordt toegekend voor de waren of diensten waarvoor het merk werd gedeponeerd of voor gelijksoortige waren of diensten. Het heeft hier zelfs geen belang of op de website waren of diensten worden aangeboden, enkel reclame wordt gemaakt of zelfs geen webpagina wordt uitgebaat, zolang de website maar niet wordt gebruikt voor de waren of diensten waarvan de eerder genoemde eiser met overeenstemmend of identiek Beneluxmerk titularis is. Enkel in geval van een bekend merk is een meer uitgebreide bescherming mogelijk buiten de klassen van waren of diensten waarvoor werd ingeschreven (art. 13 A.1.c B.M.W.).

14. Een bijzonderheid bij merkgebruik in websites betreft het fenomeen *linking*. De surfer die met immens veel informatie wordt geconfronteerd, heeft behoefte aan een efficiënte methode om zich een weg te banen door de miljoenen webpagina's die via Internet worden aangeboden. Hij kan informatie zoeken met behulp van een zoekmotor,²⁶ maar vroeg of laat maakt hij ook gebruik van *links* die op het

²⁴ Voor het begrip «gelijksoortig», zie VAN INNIS, T., *Les signes distinctifs*, Brussel, Larcier, 1997, p. 427, nr. 546 e.v.

²⁵ Ingevolge het *Sabel*-arrest van het Europese Hof van Justitie (11 november 1997, I.E.R., 1997, 54) wordt het criterium «gevaar voor verwarring inhoudende de mogelijkheid van associatie met het merk» als bedoeld in art. 5, 1, b EG Merkenrichtlijn uitgelegd als gevaar voor directe verwarring (het publiek verwacht het teken met het merk) of indirecte verwarring (het publiek legt een verband tussen de rechthebbenden of het teken en het merk en verwacht ze met elkaar). Ook in de Benelux zal dus niet langer een veroordeling wegens merkinbreuk mogelijk zijn op basis van het enkele gevaar dat het publiek een verband ziet tussen het teken en het merk, omdat door de waarneming van het teken de herinnering aan het merk wordt opgeroepen, maar deze niet met elkaar kunnen worden verward (d.i. eigenlijk associatiegevaar).

²⁶ Een *search engine* of zoekmotor is een computerprogramma dat Internet doorzoekt, informatie verzamelt over websites en die informatie indexeert in reusachtige databanken. Uitleg over hoe zoekmotoren werken op <http://www.cnet.com/Content/Features/Dlife/Search/ss03.html> en voorbeelden van zoekmotoren op Yahoo (<http://www.yahoo.com>) AltaVista (<http://www.altavista.com>), Excite (<http://www.excite.com>), Infoseek (<http://infoseek.go.com>) and Ly-

computerscherm meestal worden weergegeven als onderlijnde, benadrukte of gekleurde tekst of als een grafisch teken of een virtuele knop.²⁷ Voor de beantwoording van de vraag of (merkenrechtelijke) grenzen moeten worden gesteld aan de vrijheid om *links* te creëren, is m.i. een onderscheid te maken tussen *links* waarbij de website wordt «verlaten» en *links* waarbij materiaal in de website «naar binnen wordt getrokken». Criterium hierbij is de gemiddeld geoefende surfer die meent dat de *Uniform Resource Locator*, d.i. de identificatiecode van de webpagina die in de titelbalk verschijnt, de plaats van de webpagina op Internet aanduidt.²⁸ Onder de eerste soort *links* kunnen dan de *ordinary links* en *deep links* worden gebracht, terwijl onder de tweede soort *framing* en *embedding links* worden gerekend. Voor de eerste soort *links* klinkt het overtuigender dat het gaat om referenties naar buiten toe, zonder enige (merkenrechtelijke) betekenis.²⁹ Wanneer de domeinhouder in zijn website echter door middel van een *frame* of een *embedded link* materiaal van iemand anders toont en hierdoor aan de bezoekers een merk toont dat hem niet toebehoort, kan dit in principe als namaking worden gekwalificeerd volgens de hierboven uiteengezette principes.

15. Een andere bijzonderheid bij merkgebruik via Internet betreft het fenomeen van de *meta-tags*. De bezoeker van een website is er zich niet steeds van bewust dat in *HTML*³⁰ *geschreven websites* naast zichtbare elementen ook een aantal voor de bezoeker onzichtbare *meta-tags* omvatten waarmee exploitanten van websites de indexatie van websites door

zoekmotoren³¹ (kunnen) manipuleren. Hier rijst een merkenrechtelijk probleem wanneer een onderneming in haar website de merken van concurrenten inlast als *meta-tags*, zodat de bezoeker van een zoekmotor die een zoekopdracht geeft onder dit merk van de concurrent, automatisch ook de onderneming in kwestie bij zijn zoekresultaat oproept.³²

De vraag of het gebruik van *meta-tags* naar Beneluxrecht eventueel als namaking in de zin van art. 13.A.1.d B.M.W. kan worden beschouwd, kan tot discussie aanleiding geven. Eigenlijk wordt het merk wel «gebruikt»,³³ maar het is voor het publiek niet zichtbaar. In het raam van een zaak over «exportmerken»³⁴ oordeelde het Benelux-Gerechtshof³⁵ dat «merkgebruik» kan plaatsvinden binnen de Benelux, zelfs indien het merk op geen enkel ogenblik voor het Benelux-publiek zichtbaar was.³⁶ De merkhouders zou deze interpretatie naar analogie kunnen toepassen op *meta-tags*, en aanvoeren dat gebruik *in se* niet vereist dat het merk zichtbaar is voor het publiek. Voor wat het vereiste betreft dat gebruik van de *meta-tag* dient plaats te vinden «in het economisch verkeer», kan de merkhouders de hierboven vermelde ruime interpretatie door het Benelux-Gerechtshof aanvoeren.³⁷ *Meta-tags* worden inderdaad ingelast met het oog op economisch voordeel. De derde-gebruiker wil worden vermeld op het zoekresultaat van zoekmotoren met een *link*, zodat het mogelijk aantal *hits*, dit zijn de bezoeken aan zijn website, vergroot. Door het talrijker publiek wordt meer reclame gemaakt voor de eigen waren of diensten, of kunnen meer waren of diensten *on-line* worden verkocht. De merkhouders zal argumenteren dat ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk, omdat de Internetgebruiker zocht naar

cos (<http://www.lycos.com> met automatische link naar <http://www.be.lycos.de>) (inhoud op 18 oktober 1999).

²⁷ Er zijn verschillende soorten links: (1) door het aanklikken van een *hypertext link* waarin het elektronische adres van de geviseerde website is opgeslagen, kan de surfer zich verplaatsen naar een ander deel van hetzelfde document, naar een andere webpagina, maar ook en vooral naar een andere website; (2) bij *deep linking* wordt rechtstreeks een verbinding gelegd naar een andere pagina dan de *home page*, d.i. de ontvangstpagina, van een andere website; (3) de populaire *framing*-technologie maakt het de eigenaar van de website mogelijk om zijn website op te delen in verschillende vensters of kaders, die elk afzonderlijk functioneren, maar op het scherm gelijktijdig zichtbaar zijn. Binnen steeds zichtbare statische vensters, met bijvoorbeeld controlebalken, titels, inhoudstafels of reclame kan materiaal van een derde worden weergegeven, zonder dat de bezoeker de website via een *link* moet verlaten, waardoor de kans verkleint dat de bezoeker naar een andere website «zapt»; (4) bij de *inlined link* of *embedded link* is een grafisch beeld op het scherm zichtbaar als deel van het document, terwijl het komt van een andere bron dan de code van het document.

²⁸ Maar niet de gespecialiseerde surfer die ervan op de hoogte is dat men in geval van *framing* door het bewegen van de muis naar de *frame* in kwestie en het aanklikken ervan met de rechtermuisknop bij «properties» de «ware» URL kan terugvinden.

²⁹ In dezelfde zin, zie BERNERS-LEE, T., «Links and Law», op <http://www.w3.org/DesignIssues/linkLaw.html> (inhoud website op 27 september 1999) Een uitzondering hierop vormen natuurlijk de advertentie banners voor waren of diensten van derden, waarvan het gemiddelde publiek zich wel realiseert dat ze geen deel uitmaken van de website.

³⁰ *HyperText Markup Language*, de basiscoderingstechniek met instructies aan de *web browser* over het uitzicht van het bestand. Door deze codering krijgt de *browser* specifieke uitleg over waar paragrafen, regelonderbrekingen, bepaalde lettertypes, e.d. aan te brengen.

³¹ Wanneer AltaVista bijvoorbeeld geen andere informatie heeft, zal zij bepaalde geselecteerde woorden die in het HTML document voorkomen, selecteren, en de eerste woorden van het document als een teksthoofdje gebruiken.

³² *Playboy Enterprises, Inc. v. Calvin Designer Label*, 985 F. Supp. 1220 (N.D. Cal. 1997). De rechter deed op 8 september 1997 uitspraak in kort geding en beval de verweerders (*injunctive relief*) om gebruik van de merken Playboy en Playmate te staken; zie ook KUESTER, J. en NIEVES, P., «Hyperlinks, Frames and Meta-Tags: An Intellectual Property Analysis», 38 *IDEA* 243, 274 (1998). In *Playboy Enterprises Inc. v. Welles*, 7 F. Supp. 2d 1098 (S.D. Cal. 1998) werd het gebruik door een ex-Playmate van «Playboy» and «Playmate» als metatags als «fair use» beschouwd omdat de merken niet werden gebruikt om concurrentie te voeren of ter promotie van de site. *Oppendahl & Larson v. Advanced Concepts*, No C-97-Z-1592 (D. Colo. juli 1997). Het Amerikaanse advocatenkantoor *Oppendahl & Larson* stelde vorderingen in tegen verschillende Internet-ondernemingen, onder andere wegens merkinbreuk door het gebruik van de naam van het kantoor als *meta-tag*.

³³ Het merk is inderdaad wel aanwezig in de HTML-code die de maker van de website heeft gebruikt en die hij kan raadplegen en dus zien.

³⁴ In dit geval wordt het merk aangebracht op waren die alleen buiten de Benelux op de markt zullen worden gebracht.

³⁵ Benelux-Gerechtshof, 13 juni 1994, *Ing. Cons.* 1994, 154; *Jur.* 1994, 16; *BIE* 1995, 266, met conclusie van advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN, B.; *R.W.* 1994-95, 389.

³⁶ Het merk was nooit zichtbaar omdat, eenmaal dat het buiten de onderneming was, de waren in blinde containers buiten de Benelux werden gebracht.

³⁷ Benelux-Gerechtshof, 9 juli 1984, *Jur.* 1984, 1.

een bepaald merk, maar door de *meta-tag* wordt weggeleid naar de concurrentie. Schade wordt mogelijkwerijze ook veroorzaakt door afbreuk aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk, omdat het zoekresultaat ook de websites en waarschijnlijk ook merken van de concurrentie oproept, waardoor sowieso de exclusiviteit wordt aangetast. Sommige merkhouders zullen wellicht zelfs argumenteren dat, indien de vermelding plaatsvindt tussen merken gebruikt voor waren of diensten van minder allooi, de reputatie van hun merk kan worden aangetast.

III. BESLUIT

16. De explosieve ontwikkeling van Internet van een ongereguleerd communicatiemedium tot een veelbelovend handelsmedium heeft de behoefte aan een zekere rechtsorde versterkt. In de praktijk wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de bestaande rechtsstelsels. Zo lijken rechtbanken in België en Nederland zichzelf zonder veel moeite bevoegd te verklaren over rechtsvorderingen van namaking en oneerlijke

handelspraktijken op Internet.³⁸ In België wordt op dergelijke geschillen de Eenvormige Beneluxmerkenwet op de Merken respectievelijk de Wet op de Handelspraktijken³⁹ toegepast.

17. Art. 13.A.1 B.M.W. blijkt de merkhouders de nodige houvast te bieden om namaking, met een redelijke kans op slagen, juridisch aan te pakken. Dit geldt zowel voor het gebruik van merken als domeinnaam als voor het gebruik van merken in websites. De toepassing van de regel *first come first served* wanneer verschillende merkhouders, bijvoorbeeld uit verschillende landen of binnen hetzelfde land voor verschillende klassen van waren of diensten, evenwaardige legitieme aanspraken kunnen maken op dezelfde domeinnaam verdient de voorkeur. Zo ook zou de rechter op soortgelijke wijze terughoudend moeten oordelen wanneer wegens het inherent internationale karakter van Internet, websites waarin authentieke waren of diensten door een buitenlandse merkhouders worden aangeboden, ook via de Benelux kunnen worden bezocht.

Katrien DELESIE

Advocaat aan de balie te Brussel

³⁸ Bijvoorbeeld Brussel 1 april 1998, *Ing. Cons.* 1998, 270; Vz. Kh. Brussel, 3 januari 1997 (*Computerrecht*, 1997/5, p. 227; Vz. Kh. Brussel, 11 juni 1997, *Computerrecht*, 1997/5, p. 230; Vz. Kh. Gent, 22 december 1997, *T.G.R.*, 1999, 26; Gerechtshof Amsterdam, 24 april 1997, *Computerrecht*, 1997/3, p. 120; Pres. Rb. Amsterdam, 15 mei 1997; *EIR*, 1997/4, 156; Pres. Rb. Amsterdam, 4 september 1997, *EIR*, 1997/6, 246; e.a.

³⁹ DE BAUW, H., «Het reserveren van domeinnamen als oneerlijk handelsgedrag», *Computerrecht*, 1998/4, 172.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

17 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Bossuyt en Henneuse

Advocaten: mrs. Stevens loco Verstraete, Deprez en Lindemans

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Arbeidsovereenkomst – Burgerlijke aansprakelijkheid werknemer – Vrijstelling van aansprakelijkheid – Niet gewoonlijk voorkomende lichte fout

Art. 18 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet, doordat het tot gevolg heeft dat een derde die het slachtoffer is van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 en 1383 B.W., die als niet gewoonlijk voorkomende lichte schuld wordt gekwalificeerd, verschillend wordt behandeld naargelang de onrechtmatige daad werd begaan door een werknemer die op basis van dat art. 18 een volledige immuniteit geniet, dan

wel door een overheidsorgaan dat niet door een arbeidsovereenkomst is verbonden.

Arrest nr. 20/99

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 22 januari 1998 heeft de Politierechtbank te Antwerpen de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 18 van de wet op de arbeidsovereenkomsten (wet van 3 juli 1978) de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, nu het tot gevolg heeft dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 en 1383 B.W., die als niet gewoonlijk voorkomende lichte schuld moet worden gekwalificeerd, anders wordt behandeld naargelang de onrechtmatige daad werd begaan door een werknemer, die op basis van dit art. 18 van de wet op de arbeidsovereenkomsten in dat geval een volledige immuniteit van aansprakelijkheid geniet, dan wel door een overheidsorgaan, dat persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld?».

...

In rechte

B.1. De verwijzende rechter vraagt het Hof of art. 18 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, doordat het tot gevolg heeft dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 en 1383 B.W., wanneer de fout licht is en niet gewoonlijk voorkomt, verschillend wordt behandeld naargelang de onrechtmatige daad werd begaan door een werknemer die op basis van dat art. 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet in dat geval een volledige immuniteit van aansprakelijkheid geniet, dan wel door een overheidsorgaan dat persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld.

Art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt in zijn eerste en tweede lid:

«Ingeval de werknemer bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever of derden schade berokkent, is hij enkel aansprakelijk voor zijn bedrog en zijn zware schuld.

Voor lichte schuld is hij enkel aansprakelijk als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt.»

Hoewel niet uitdrukkelijk vermeld in de prejudiciële vraag, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de politierechtbank de hypothese beoogt waarin het slachtoffer van de onrechtmatige daad niet de werkgever is, maar een derde. Het Hof beperkt zijn onderzoek tot dat geval.

B.2.1. De beperking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer was een van de belangrijkste innovaties van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 en had tot doel de werknemer te beschermen tegen bijzondere risico's van aansprakelijkheid waaraan hij bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst blootstaat en die voor hem een zware financiële last kunnen betekenen.

De beperking van aansprakelijkheid ingevoerd door art. 18 van voormelde wet geldt, behoudens uitzonderingen voor enkele bepaalde categorieën, niet voor organen van de overheid die niet door een arbeidsovereenkomst zijn gebonden. Die organen kunnen op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. aansprakelijk worden gesteld voor de schade die zij in de uitoefening van hun functie aan derden hebben toegebracht, zelfs door een toevallige lichte fout. Wanneer een openbare overheid de door haar orgaan benadeelde persoon schadeloos heeft gesteld, kan zij de betaalde schadevergoeding van hem terugvorderen.

B.2.2. In zijn arrest nr. 77/96 van 18 december 1996 heeft het Hof gesteld dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden doordat inzake burgerlijke aansprakelijkheid in het raam van de arbeidsverhoudingen, enerzijds, de artikelen 1382, 1383 en 1251, 3°, B.W. het voor de Belgische Staat mogelijk maken verhaal uit te oefenen tegen zijn orgaan wanneer, naar aanleiding van een door dat orgaan in het raam van zijn ambt louter toevallig begane lichte fout, de Belgische Staat het slachtoffer heeft vergoed voor de schade waarvoor zijn orgaan aansprakelijk werd verklaard en, anderzijds, art. 18 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten de burgerlijke aansprakelijkheid van de door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemer, in geval hij bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever of derden schade heeft berokkend, tot de gevallen van bedrog, zware schuld en gewoonlijk voorkomende lichte schuld beperkt.

Dat arrest in acht nemend vraagt de verwijzende rechter het Hof thans of de vrijstelling van aansprakelijkheid vervat in voormeld art. 18 een discriminatie veroorzaakt ten aanzien van het slachtoffer.

B.3.3. De vrijstelling van aansprakelijkheid, die door voormeld art. 18 aan de werknemer ten aanzien van derden wordt verleend, doet, zoals algemeen wordt aangenomen door de rechtspraak en de rechtsleer, geen afbreuk aan de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 1384, derde lid, B.W., voor zover aan de toepassingsvereisten van die bepaling is voldaan. Het door art. 1384, derde lid, B.W. gevestigde aansprakelijkheidsvermoeden is onweerlegbaar, zodat de werkgever objectief aansprakelijk is. De vrijstelling van aansprakelijkheid ten voordele van de werknemer ten gevolge van een toevallige lichte fout verhindert dus in principe niet dat het slachtoffer schadeloos wordt gesteld.

In de praktijk zal het slachtoffer van een onrechtmatige daad overigens meestal in eerste instantie een vordering instellen tegen de overheid of tegen de werkgever, naargelang de fout werd begaan door een orgaan dan wel door een werknemer. Zowel in het ene als in het andere geval kan het slachtoffer in principe schadeloos worden gesteld en is er geen onderscheid in behandeling. In de regel heeft de aansprakelijkheidsbeperking vervat in voormeld art. 18 dan ook geen nadelige gevolgen ten aanzien van het slachtoffer.

B.3.4. Het is echter mogelijk dat de vordering van het slachtoffer tegen de werkgever geen schadevergoeding kan opleveren doordat de werkgever insolvent is en de schade ook niet door een verzekering wordt gedekt. Omdat de werknemer op grond van voormeld art. 18 voor een toevallige lichte fout niet kan worden aangesproken, zal het slachtoffer, in dat geval, niet worden vergoed voor de schade veroorzaakt door een dergelijke fout van de werknemer.

B.4. Het komt de wetgever toe te oordelen of, in de logica van de beperking van de aansprakelijkheid die hij bij voormeld art. 18 heeft ingesteld, in een waarborg van schadevergoeding van de slachtoffers in geval van insolventie van de werkgever dient te worden voorzien.

De afweging van de belangen van de slachtoffers in dat bijzondere geval, enerzijds, en de belangen van de werknemers, anderzijds, leidt evenwel niet tot de vaststelling dat voormelde beperking van aansprakelijkheid, vanwege haar gevolg ten aanzien van bepaalde slachtoffers, onevenredig is met de bij voormeld art. 18 nagestreefde doelstelling, namelijk rekening houden met het verhoogde risico dat elke beroepsactiviteit impliceert en met het feit dat de werknemers hun activiteit gedeeltelijk ten voordele van hun werkgever uitoefenen. Bovendien bevinden de voormelde slachtoffers zich niet in een situatie die verschilt van diegene waarin zich de meeste schuldeisers van een schadevergoeding bevinden die worden geconfronteerd met het faillissement van hun schuldenaar.

NOOT – *Het Arbitragehof en art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet*

1. Zoals bekend, wordt door art. 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer, zowel tegenover zijn werkgever als tegenover derden, voor de schade veroorzaakt in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, beperkt tot zijn opzettelijke fout, zijn zware fout of de bij hem gewoonlijk voorkomende lichte fout.

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Arbitragehof van 18 december 1996 (*R.W.*, 1996-97, 1552, met de daaraan voorafgaande commentaar van P. Popelier; *J.L.M.B.*, 1997, 265, met noot P. Henry; *J.T.*, 1997, 197; *A.J.T.*, 1996-97, 551, met noot B. Elias; *R.C.J.B.*, 1998, 222, met noot P. Coenraets) ging het om een politieagent die strafrechtelijk en burgerrechtelijk was veroordeeld omdat hij iemand had verwond bij een politieoptreden. Hij had de Belgische Staat gedagvaard om de Interessen terug te vorderen op het deel van zijn loon waarop door de benadeelde beslag was gelegd. Daarop werd door de Belgische Staat tegen deze politieagent een tegenvordering ingesteld, die ertoe strekte van hem terugbetaling te verkrijgen van de geldsommen die de Staat aan de benadeelde en aan diens ziekenfonds had uitgekeerd. In het raam van dit laatste aansprakelijkheids-geschil stelde het Hof van Beroep te Luik de prejudiciële vraag of de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, neergelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, worden geschonden doordat inzake de burgerlijke aansprakelijkheid in het raam van de arbeidsverhoudingen enerzijds de art. 1382, 1383 en 1251, 3°, B.W. het de Belgische Staat mogelijk maken regres uit te oefenen tegen zijn orgaan wanneer, naar aanleiding van een door dat orgaan in het raam van zijn functie louter toevallig begane lichte fout, de Belgische Staat de benadeelde heeft vergoed voor de schade waarvoor dat orgaan aansprakelijk werd gesteld, en anderzijds art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet de burgerlijke aansprakelijkheid van de door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemer, in het geval hij bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever of derden schade heeft berokkend, beperkt tot de gevallen van opzettelijke fout, zware fout en gewoonlijk voorkomende lichte fout (Luik, 20 december 1995, *Journal des Procès*, 1996, nr. 304, p. 28, met noot J.-P. Lacomble).

In zijn reeds voormeld arrest nr. 77/96 van 18 december 1996 heeft het Arbitragehof deze vraag bevestigend beantwoord. Het Hof is van oordeel dat het aansprakelijkheidsstelsel van art. 1382, 1383 en 1251, 3°, B.W., dat de burgerlijke aansprakelijkheid van de ambtenaar-orgaan tegenover de Belgische Staat beheerst, wanneer men het beschouwt in samenhang met de in art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet neergelegde aansprakelijkheidsregeling voor werknemers, de toets van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel niet kan doorstaan. Het verschil in behandeling tussen beide categorieën, hierin bestaande dat in de praktijk alleen de statutair benoemde overheidsfunctionarissen en niet de door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemers, blootgesteld zijn aan het risico dat hun werkgever een regresvordering instelt tot terugbetaling van de aan derden uitgekeerde schadevergoeding, is naar het oordeel van het Arbitragehof niet verantwoord, «in acht nemend de gelijkenis van de vergeleken arbeidsverhoudingen, met name vanuit het oogpunt van de juridische ondergeschiktheid» (overweging B.3.).

2. In de zaak die aanleiding gaf tot het hierboven afgedrukte arrest van het Arbitragehof had een werknemer in de uitoefening van zijn arbeidsovereenkomst een verkeersongeval veroorzaakt waardoor schade was berokkend aan een voertuig van de eisende partij. Deze laatste stelde voor de politierechtbank te Antwerpen een vordering tot schadevergoeding in tegen zowel deze werknemer als diens werkgever, die evenwel in de loop van het geding failliet werd verklaard.

De Politierechtbank was van oordeel dat, hoewel de wijze van deze werknemer als onvoorzichtig diende te worden beschouwd, hij toch geen zware fout in de zin van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet had begaan, zodat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld. Alvorens evenwel ten gronde uitspraak te doen, stelde de rechtbank, op verzoek van de eisende partij, aan het Arbitragehof de prejudiciële vraag of art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet art. 10 en 11 Grondwet schendt, omdat het tot gevolg heeft dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382-1383 B.W., die als een niet gewoonlijk voorkomende lichte fout moet worden gekwalificeerd, anders wordt behandeld naargelang zo'n onrechtmatige daad werd begaan door een werknemer, die in dat geval op grond van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet een volledige immuniteit van aansprakelijkheid geniet, dan wel door een orgaan van de Belgische Staat of van andere publiekrechtelijke rechtspersonen, dat dan wel persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld.

In het geannoteerde arrest heeft het Arbitragehof deze prejudiciële vraag ontkennend beantwoord. In zijn motivering vertrekt het Arbitragehof, zoals vaak in zijn arresten, van de *ratio legis* van de aangevochten wetsbepaling, zijnde art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet, dat tot doel heeft «de werknemer te beschermen tegen bijzondere risico's van aansprakelijkheid waaraan hij bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst blootstaat en die voor hem een zware financiële last kunnen betekenen» (overweging B.2.1, eerste alinea) (zie over de ontstaansgeschiedenis van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet: Van Oevelen, A., «De contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst», in *Actuele problemen van het Arbeidsrecht*, Rigaux, M. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1984 (111), p. 137-138, nr. 221; Bocken, H., «Gelijkheid in aansprakelijkheid – De rechtspraak van het Arbitragehof en de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht», in *De herziening van de bevrjndende verjaring door de wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (1), p. 4, voetnoot 2). De door art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet aan de werknemer verleende vrijstelling van aansprakelijkheid voor de schade die hij door zijn toevallige lichte fout in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst aan een derde veroorzaakt, verhindert evenwel niet dat de benadeelde op grond van art. 1384, derde lid, B.W. diens werkgever tot betaling van schadeloosstelling aanspreekt (Cass., 18 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 859; zie voorts de verwijzingen naar een nagenoeg unanieme doctrine bij Van Oevelen, A., «De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst», *R.W.*, 1987-88, (1168), p. 1200, voetnoot 234). Hieruit leidt het Arbitragehof af dat de in art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet neergelegde aansprakelijkheidsbeperking in de regel geen nadelige gevolgen heeft voor de benadeelde (overweging B.3.3). Dit is echter wel het geval wanneer de werkgever insolvent is en de schade ook niet door een verzekering wordt gedekt, maar dan komt het volgens het Arbitragehof aan de wetgever toe om te oordelen of, in de logica van de bij art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet ingestelde aansprakelijkheidsbeperking, dient te worden voorzien in een waarborg voor de vergoeding van de benadeelden. De afweging van de belangen van de benadeelden in dat bijzondere geval en die van de

werknemers leidt naar het oordeel van het Arbitragehof echter niet tot de conclusie dat de in art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet vervatte aansprakelijkheidsbeperking, wegens haar gevolg ten aanzien van bepaalde slachtoffers, onevenredig is met de door die wetsbepaling nagestreefde doelstelling, «namelijk rekening houden met het verhoogde risico dat elke beroepsactiviteit impliceert en met het feit dat de werknemers hun activiteit gedeeltelijk ten voordele van hun werkgever uitoefenen» (overweging B.4).

3. Uit het bovenstaande volgt dat, wanneer de aansprakelijkheidsregeling van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet, die van toepassing is op door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemers, wordt vergeleken met de gemeenschappelijke aansprakelijkheidsregeling van art. 1382-1383 B.W., die van toepassing is op statutair benoemde overheidspersoneelsleden, de toets aan het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel niet wordt doorstaan als het gaat om de aansprakelijkheid van de werknemer respectievelijk de ambtenaar-orgaan tegenover zijn werkgever respectievelijk het hem tewerkstellende overheidsbestuur (Arbitragehof, 18 december 1996), maar wel voor hun aansprakelijkheid tegenover derden (Arbitragehof, 17 februari 1999). Hoe kunnen deze twee, op het eerste gezicht met elkaar tegenstrijdige arresten, met elkaar in overeenstemming worden gebracht? Om op deze vraag een antwoord te kunnen geven, dient te worden gelet op zowel de door de art. 142 Grondwet aan het Arbitragehof toevertrouwde opdracht als de redeneerwijze die dit rechtscollege volgt wanneer het een wetskrachtige norm toetst aan het in art. 10 en 11 Grondwet neergelegde gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.

4. In de eerste plaats dient men er rekening mee te houden dat de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof aan het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel wordt bepaald en begrensd door de gestelde prejudiciële vraag. Het is de verwijzende rechter die, ambtshalve of op verzoek van een van de procespartijen, de vraag stelt welke wetskrachtige norm discriminerend is voor een bepaalde categorie van personen in vergelijking met andere categorieën van personen, en in hoeverre die norm discriminerend werkt (Bocken, H., *o.c.*, *De herziening van de bevrijdende verjaring door de wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?*, p. 33, nr. 33). In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 18 december 1996 wordt de vraag gesteld of art. 10 en 11 Grondwet worden geschonden door art. 1382, 1383 en 1251, 3°, B.W. in zoverre deze bepalingen, in raam van de aansprakelijkheid inzake arbeidsverhoudingen, het de Belgische Staat mogelijk maken de schadevergoeding die hij aan een derde heeft moeten betalen wegens een toevallige lichte fout door een van zijn ambtenaren-orgaan begaan in de uitoefening van de bediening, van die ambtenaar-orgaan terug te vorderen, terwijl art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet die terugvorderingsmogelijkheid uitsluit als het gaat om een toevallige lichte fout begaan door een werknemer. Hier werd niet art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet aangevochten, dat een uitzondering vormt op de gemeenschappelijke aansprakelijkheidsregeling; de politieagent tegen wie de regresvordering werd ingesteld, bekritiseerde integendeel het ontbreken van zo'n uitzonderingsregeling voor statutair benoemd overheidspersoneel (Popelier, P., «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *R.W.*, 1996-97, (1249), 1251, nr. 7; L. De Ridder, noot onder Arbitragehof, 18 december 1996, *T. Gem.*, 1997, (302), p. 304, nr. 8). In de zaak

die aanleiding gaf tot het geannoteerde arrest werd juist wel de vraag gesteld of art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet niet wordt geschonden omdat het tot gevolg heeft dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad die als een toevallige lichte fout moet worden gekwalificeerd, anders wordt behandeld naargelang die onrechtmatige daad werd begaan door een werknemer, die in dat geval op grond van die bepaling een volledige immuniteit van aansprakelijkheid geniet, dan wel door een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon, dat voor zo'n fout persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld.

5. In de tweede plaats dient er rekening mee te worden gehouden dat de toetsing door het Arbitragehof aan het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel een onderzoek vereist dat, in principe althans, over vijf fasen verloopt, al worden, afhankelijk van de aangevoerde ongelijke behandeling, al deze fasen niet altijd op een even rigoureuze wijze doorlopen (zie o.m. Meerschaut, F., «Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak (1992-1997)», *T.P.R.*, 1998, (889), p. 916 e.v., nrs. 44 e.v.; vgl. Scholsem, J.-C., «Jurisprudence récente en matière d'égalité», in *Formation Permanente CUP. Droit administratif et constitutionnel*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 1996, (115), p. 118-119, nr. 3).

6. Nadat is uitgemaakt dat er een verschil in behandeling is tussen verschillende categorieën van personen en dat dit verschil is toe te schrijven aan de aangevochten wetskrachtige norm, onderzoekt het Arbitragehof eerst of die verschillende categorieën van personen, van wie de ongelijke behandeling wordt aangevoerd, voldoende vergelijkbaar zijn. In zijn arrest van 18 december 1998 onderzoekt het Hof expliciet die vergelijkbaarheid. De statutair benoemde overheidspersoneelsleden enerzijds en de door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemers anderzijds worden ten aanzien van het aangevochten verschil in behandeling, namelijk het al of niet blootgesteld zijn aan het risico dat de werkgever de ten gevolge van hun fout aan derden uitgekeerde schadevergoeding van hen terugvordert, als voldoende vergelijkbare categorieën van personen beschouwd, «in acht nemend de gelijkenis van de vergeleken arbeidsverhoudingen, met name vanuit het oogpunt van de juridische ondergeschiktheid» (overweging B.3). Het onderzoek van die vergelijkbaarheid gebeurt in relatie tot de ter discussie staande wetskrachtige norm(en) en de daardoor gecreëerde verschillende behandeling (Meerschaut, F., *o.c.*, *T.P.R.*, 1998, p. 918-919, nrs. 51-53). In het geannoteerde arrest voert het Hof niet met zoveel woorden dit vergelijkbaarheidsonderzoek uit, maar neemt het impliciet die vergelijkbaarheid wel aan door in overwegingen B.2.1 en B.3.3 telkens, zonder enig voorbehoud terzake, de vergelijking te maken tussen werknemers en organen van publiekrechtelijke rechtspersonen.

7. In een tweede fase gaat het Arbitragehof na of het met de verschillende behandeling nagestreefde doel wel wettig is, m.a.w. of die doelstelling het algemeen of openbaar belang beoogt en niet in strijd is met grondwettelijk of internationaalrechtelijk gewaarborgde grondrechten (Meerschaut, F., *o.c.*, *T.P.R.*, 1998, p. 925, nr. 64). In het geannoteerde arrest wordt in overweging B.2.1 het door de wetgever beoogde doel onderzocht door te verwijzen naar de totstandkoming van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 (zie *supra*, nr. 2). Door in overweging B.4 na te gaan of er een redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de

aangevende middelen die de ongelijke behandeling tot uiting doen komen en de met art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet nagestreefde doelstelling, erkent het Arbitragehof impliciet de legitimiteit van die doelstelling. In het arrest van 18 december 1996 verwijst het Hof nergens naar die doelstelling.

8. De derde fase in het onderzoek door het Arbitragehof bij de toetsing aan het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, namelijk of het door de aangevochten wetskrachtige norm gemaakte onderscheid, waardoor verschillende categorieën van personen aan een verschillende behandeling in rechte worden onderworpen, een objectief karakter heeft, vindt men in de twee besproken arresten van het Arbitragehof als zodanig niet terug. In geen van die twee arresten kan dit onderzoek echter een probleem opleveren, omdat niet is vastgesteld dat het door de aangevochten wetsbepalingen gemaakte onderscheid willekeurig is of van enige persoonlijke appreciatie afhangt (zie Van Heuven, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, (585), 588).

9. In de vierde fase van het onderzoek gaat het Arbitragehof na of het door de aangevochten wetsbepaling(en) gemaakte onderscheid pertinent is, m.a.w. of het onderscheidingscriterium op basis waarvan men tot een verschillende behandeling komt, adequaat is om het door de wetgever nagestreefde doel te bereiken. In zijn arrest van 18 december 1996 komt het Arbitragehof tot de conclusie dat het aangevochten verschil in behandeling tussen statutair benoemde overheidspersoneelsleden en werknemers, namelijk het al of niet blootgesteld zijn aan het risico dat de werkgever de ten gevolge van hun fout aan derden uitgekeerde schadevergoeding van hen terugvordert, niet verantwoord is, «in acht nemend de gelijkenis van de vergeleken arbeidsverhoudingen, met name vanuit het oogpunt van de juridische ondergeschiktheid» (overweging B.3) en derhalve niet pertinent is. In dit arrest komt het Arbitragehof dus niet toe aan de vijfde fase van het onderzoek, namelijk de evenredigheidstoets. In het geannoteerde arrest daarentegen onderzoekt het Hof niet expliciet de pertinentie van het aangevochten verschil in behandeling, maar neemt het die wel impliciet aan door in overweging B.4 die ongelijke behandeling aan de evenredigheidstoets te onderwerpen.

10. Bij die evenredigheidstoets, die de vijfde en laatste fase van het onderzoek is, gaat het Arbitragehof na of er een redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen, die de ongelijke behandeling tot uiting doen komen, en de door de wetgever nagestreefde doelstelling. Het Arbitragehof doet dit vooral door de gevolgen van de aangevochten maatregel op hun evenredigheid te beoordelen (Meerschaut, F., *o.c.*, *T.P.R.*, 1998, p. 949, nr. 119).

Behoudens wanneer de ongelijke behandeling een grondrecht aantast, oefent het Arbitragehof slechts een marginale controle uit bij de beoordeling van dit evenredigheidscriterium, omdat het zijn eigen opvatting niet in de plaats mag stellen van die van de democratisch verkozen wetgevende vergadering (zie o.m. Suetens, L.P., «De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht», *R.W.*, 1993-94, (1313), 1314-1315; Scholsem, J.-C., *o.c.*, *Formation Permanente CUP. Droit administratif et constitutionnel*, p. 125-126, nr. 10; Theunis, J., «Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende' ongelijkheden en doorwerking in private rechtsverhoudingen», in

De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, Gent, Mys & Breesch, 1997, (129), 140-142 en 150; Meerschaut, F., *o.c.*, *T.P.R.*, 1998, p. 950-951, nrs. 124-125). Dit houdt in dat het Arbitragehof zich niet bevoegd acht om de opportuniteit of de wenselijkheid van de door de wetgever ingevoerde maatregelen na te gaan, voor zover dat oordeel van de wetgever niet berust op een kennelijk verkeerde of onredelijke beoordeling (Meerschaut, F., *o.c.*, *T.P.R.*, 1998, p. 953, nr. 128).

In het geannoteerde arrest heeft het Arbitragehof zich in overweging B.4 kennelijk beperkt tot een marginale toetsing van de aangevochten verschillende behandeling aan het evenredigheidscriterium. Het Hof gaat er immers vanuit dat, wanneer het slachtoffer van een door een werknemer in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst begane toevallige lichte fout geen schadevergoeding kan vorderen van diens insolvable werkgever, het aan de wetgever toekomt om te oordelen of, in de logica van de bij art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet ingestelde aansprakelijkheidsbeperking, moet worden voorzien in een waarborg voor de vergoeding van de slachtoffers. Wellicht alludeerde het Hof daarbij op het tijdens de parlementaire voorbereiding van de Arbeidsovereenkomstenwet van 1969 gedane voorstel om aan de werkgevers-aanstellers de verplichting op te leggen hun aansprakelijkheid voor de onrechtmatige daden van hun werknemers-aangestelden door een verzekering te laten dekken (amendement van F. Périn, *Parl. St., Kamer*, 1968-69, nr. 270/8). De beleidsvrijheid van de wetgever terzake respecterende, concludeert het Hof dan dat de afweging van de belangen van de slachtoffers in het bijzondere geval van de insolabiliteit van de werkgever tegenover die van de werknemers niet meebrengt dat de in art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet vervatte aansprakelijkheidsbeperking, wegens de gevolgen die ze heeft voor bepaalde slachtoffers, onevenredig is met die door die wetsbepaling nagestreefde doelstelling.

11. Uit het voorgaande kan worden besloten dat het uiteenlopende resultaat waartoe de twee besproken arresten van het Arbitragehof leiden door de twee volgende factoren kan worden verklaard: 1) de onderscheiden wetskrachtige normen waaraan de ongelijke behandeling wordt toegeschreven, namelijk art. 1382, 1383 en 1251, 3°, B.W. (arrest van 18 december 1996) en art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet (geannoteerde arrest); 2) de in het geannoteerde arrest doorgevoerde toetsing van de aangevochten ongelijke behandeling aan het evenredigheidscriterium, terwijl het Arbitragehof in zijn arrest van 18 december 1996 niet tot deze evenredigheidstoets is gekomen, nadat het al had geoordeeld dat aan het pertinentiecriterium niet was voldaan. Het is duidelijk dat het Hof in het geannoteerde arrest een grotere terughoudendheid aan de dag heeft gelegd dan in zijn arrest van 18 december 1996. Dit is wellicht hierdoor te verklaren dat in de zaak die aanleiding gaf tot het geannoteerde arrest ook de belangen van het onschuldige slachtoffer in ogenschouw dienden te worden genomen, wat het Arbitragehof ertoe bracht de beleidsvrijheid van de wetgever terzake te respecteren, terwijl in het arrest van 18 december 1996 alleen de belangen van de werknemer en de werkgever moesten worden afgewogen tegen die van het statutair benoemde overheidspersoneelslid en het hem tewerkstellen-de bestuur.

Ofschoon vanuit rechtstechnisch oogpunt een verantwoording kan worden gegeven voor het uiteenlopende resultaat

waartoe de twee besproken arresten leiden, toch wordt hierdoor vanuit rechtspolitieke hoek opnieuw de vraag actueel of de wetgever niet dringend de werknemers en de statutair benoemde overheidspersoneelsleden op gelijke voet moet behandelen op het stuk van hun aansprakelijkheid in de beroepsuitoefening. Tot op heden heeft de wetgever de in het arrest van 18 december 1996 ongrondwettig bevonden discriminatie nog niet weggewerkt, hoewel er al geruime tijd een voorontwerp van wet bestaat waarin alle statutair benoemde overheidspersoneelsleden aan dezelfde aansprakelijkheidsbeperkende regeling worden onderworpen als die welke krachtens art. 18 Arbeidsovereenkomst van toepassing is op de door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemers, en dit zowel in de verhouding tot het hun tewerkstellende bestuur als tegenover derden. Ter wille van de rechtszekerheid is het wenselijk dat dit voorontwerp van wet snel bij het Parlement wordt ingediend en er wordt goedgekeurd (Henry, P., «La responsabilité des organes: le début de la fin?», noot onder Arbitragehof, 18 december 1996, *J.L.M.B.*, 1997, (268), 273-274).

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

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 30 NOVEMBER 1998

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Frère

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Neels

Milieu – Milieustrafrecht – Verplichting om voortgebrachte hinder met aangepaste middelen te bestrijden – Voldoen de duidelijke strafrechtelijke incriminatie

De verplichting voor een bedrijf om voortgebrachte stof, gas, rook en hinderlijke geur te bestrijden met aangepaste middelen eigen aan een verantwoorde uitbating, is geen vage en onduidelijke libellering die het de vergunninghouder niet mogelijk maakt op voorhand te weten welk onzorgvuldig handelen strafbaar is gesteld.

De W., N. en N.V. Van G. M. t/ O.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 juni 1996 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Overwegende dat de eisers aanvoeren dat art. 10 van de verleende milieuvergunning luidens welk «stof, gas, rook en hinderlijke geuren moeten worden bestreden met aangepaste middelen eigen aan een verantwoorde uitbating» het hun in geen enkel opzicht mogelijk maakt te weten welke preciese gedragingen strafbaar worden gesteld;

Overwegende dat de verplichting om door een bedrijf voortgebracht stof, gas, rook en hinderlijke geur te bestrijden «met aangepaste middelen eigen aan een verantwoorde uitbating», een algemene zorgvuldigheidsplicht bij de uitba-

ting oplegt met het oog op het vermijden van een voor de omwonenden abnormale hinder; dat dit geen vage en onduidelijke libellering is die het de vergunninghouder niet mogelijk maakt op voorhand te weten welke preciese gedragingen in de vergunning worden bedoeld of welk onzorgvuldig handelen strafbaar is gesteld;

...

Overwegende voorts dat de appelrechters op grond van de op de vijfde bladzijde van het bestreden arrest vermelde consideransen en met verwijzing naar de door de eerste rechter vermelde feitelijke gegevens waarover de partijen tegenpraak hebben kunnen voeren, wettig «het bestaan van geuren en stofhinder in de periode vermeld in de telastelegging» vermogen vast te stellen en op grond hiervan te oordelen dat «het duidelijk (ging) om hinder die niet valt binnen de grenzen van wat een redelijk mens in dezelfde omstandigheden dient te aanvaarden als normale burenhinder», zodoende de beslissing naar recht verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen.

...

NOOT – Zie met betrekking tot art. 22, tweede lid, Milieuvergunningsdecreet, dat een vergelijkbare zorgvuldigheidsplicht oplegt en strafrechtelijk beteugelt: Gent, 7 januari 1997, *T.M.R.*, 1998, 126 en Gent 20 november 1998, *T.M.R.*, 1999, 215.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 22 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. van Hecke en Bützler

Gehandicapten – Tegemoetkoming – Hulp aan bejaarden – Onderzoek naar inkomen – Alleenstaande gerechtigde – Verkoopwaarde van vroeger afgestaan onroerend goed – Berekening

Ten aanzien van de alleenstaande gerechtigde, wiens inkomen alleen moet worden onderzocht voor de toekenning van de tegemoetkoming voor hulp aan bejaarden, wordt de verkoopwaarde van de eerder afgestane onroerende goederen vermenigvuldigd met een breuk die alleen de belangrijkheid van de gerechtigde in de afgestane goederen uitdrukt (art. 6, 17 en 18 K.B. 15 maart 1990).

Belgische Staat, minister van Sociale Zaken t/ J.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 januari 1998 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen;

...

Overwegende dat krachtens art. 6, § 1, van het K.B. van 5 maart 1990 betreffende de tegemoetkoming voor hulp aan bejaarden, deze tegemoetkoming wordt toegekend in functie van het resultaat van een onderzoek naar het inkomen; dat, onverminderd de toepassing van § 2, alle inkomsten, ongeacht hun aard of oorsprong, waarover de gehandicapte, en

eventueel zijn niet feitelijk noch van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de persoon met wie de gehandicapte een huishouden vormt, beschikken, in aanmerking worden genomen;

Overwegende dat, krachtens art. 17 van hetzelfde K.B. wanneer de gehandicapte, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, roerende of onroerende goederen om niet of onder bezwarende titel hadden afgestaan in de loop van de tien jaren vóór de datum waarop de aanvraag om tegemoetkomingen uitwerking heeft, een inkomen in rekening wordt gebracht dat forfaitair wordt vastgesteld door op de verkoopwaarde van de goederen op het tijdstip van de afstand de bij art. 16 beoogde berekeningsmodaliteiten toe te passen;

Dat, krachtens art. 18 van hetzelfde K.B., voor de toepassing van art. 17 de verkoopwaarde van de afgestane roerende of onroerende goederen, waarvan de aanvrager, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, eigenaar of vruchtgebruiker in onverdeeldheid waren, vermenigvuldigd wordt met de breuk die de belangrijkheid van de rechten van de aanvrager, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, uitdrukt;

Overwegende dat uit het verband tussen deze artikelen volgt dat met de verkoopwaarde van de afgestane goederen op het tijdstip van de afstand rekening wordt gehouden, maar dat alleen wanneer de gehandicapte op het ogenblik van de toekenning van de tegemoetkoming nog met zijn echtgenoot samenwoont of met een ander persoon een huishouden vormt, de verkoopwaarde van de afgestane goederen wordt vermenigvuldigd met de breuk die de belangrijkheid uitdrukt van de gezamenlijke rechten van de gehandicapte, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, wanneer ten tijde van de afstand diezelfde persoon eigenaar of vruchtgebruiker in onverdeeldheid waren;

Dat hieruit volgt dat ten aanzien van de alleenstaande gerechtigde, wiens inkomen alleen krachtens art. 6 van het K.B. van 5 maart 1990 moet worden onderzocht voor de toekenning van de tegemoetkoming, de verkoopwaarde van de afgestane goederen uitdrukt;

Overwegende dat het eerste arrest oordeelt dat 1) na de afstand om niet op 22 juni 1985 van een onroerend goed ter waarde van 800.000 frank, dat in mede-eigendom aan verweester en haar op 5 oktober 1988, dit is vóór de toekenning van de tegemoetkoming, overleden echtgenoot behoorde, slechts de helft van de waarde van dit goed in haar patrimonium is gevallen; 2) de waarde van dit onverdeeld onroerend goed wordt vermenigvuldigd met een breuk die het zakelijk recht zelf uitdrukt, te dezen 400.000 frank;

Overwegende dat het arrest, op grond van die vaststellingen zijn beslissing naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 3 SEPTEMBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. De Riemaecker

Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen Grade

1. Beslag en executie – Beslag inzake namaak – Buitenlands octrooi – Maatregelen ter bewaring van recht – 2. Europees recht – E.E.X. – Voorlopige maatregelen gelast door Belgische rechter – Bodemgeschil behorende tot bevoegdheid van buitenlandse rechter

1. Art. 1481 Ger.W. sluit niet uit dat het octrooi waarvan in dit artikel sprake is, een buitenlands octrooi zou zijn. Terwijl octrooirechten slechts gelden binnen de Staat die de octrooirechten verleent, zijn maatregelen ter bewaring van recht die inzonderheid ertoe strekken de bewijsmogelijkheden te vrijwaren van de octrooihouder, niet onderworpen aan dezelfde begrenzing.

Een maatregel van beslag inzake namaak kan worden bevoelen, ook als het bestaan of de geldigheid van het octrooi dat de verzoeker inroept worden bestwist. De beslagrechter beschikt over een ruime beoordelingsmacht om het gevraagde beslag al dan niet toe te staan.

2. Art. 24 E.E.X.-Verdrag biedt aan de Belgische rechter de mogelijkheid voorlopige maatregelen te gelasten, ook wanneer het bodemgeschil door een buitenlandse rechter wordt behandeld. Dit artikel verwijst naar de nationale bepalingen terzake en vereist dat er een band is tussen het voorwerp van de gevorderde maatregel en de op de territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de Verdragsluitende Staat van de aangezochte rechter.

N.V. S.B. en N.V. S.F. t/ Vennootschap naar Deens recht V.

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 149 van de Grondwet, 1481 tot en met 1488 Ger.W. 2, 27, 28, 30 en 52 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooiën, van het algemeen rechtsbeginsel, genoemd het territorialiteitsbeginsel inzake intellectuele rechten, meer bepaald inzake het octrooirecht, en van art. 24 van het Verdrag van 27 september 1968 tussen de Staten-Leden van de Europese Economische Gemeenschap betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke- en handelszaken (E.E.X.-Verdrag), ondertekend te Brussel en goedgekeurd bij wet van 13 januari 1971,

doordat het bestreden arrest het derdenverzet van eisers ongegrond acht en de beslissing die het voorwerp van het derdenverzet uitmaakte, bevestigt op grond van de overwegingen dat (...).

terwijl, tweede onderdeel, de «houders van octrooiën» in de zin van art. 1481 Ger.W., die een maatregel van (beschrijvend) beslag inzake namaak kunnen verkrijgen, uitsluitend houders zijn van Belgische octrooiën; deze regel zich opdringt wegens het territoriaal karakter van het octrooirecht; krachtens het algemeen rechtsbeginsel, genoemd het territorialiteitsbeginsel inzake intellectuele eigendomsrechten, meer bepaald met betrekking tot het octrooirecht en overeenkomstig de artikelen 2, 27, 28, 30 en 52 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooiën die dit beginsel bekrachtigen, octrooirechten slechts gelden binnen de grenzen van de Staat die deze exclusieve rechten verleent en deze rechten zowel wat betreft de voorwaarden van hun totstandkomen als hun beschermingsomvang en de mogelijkheden tot optreden tegen de aantasting ervan door derden, d.i. tegen daden van inbreuk of namaak, in beginsel nog steeds bepaald en begrensd zijn door de nationale, Belgische wet en

alleen gelden binnen het nationale, Belgische territorium; de procedure van beslag inzake namaak, geregeld in de artikelen 1481 tot en met 1488 Ger.W., in de mate zij strekt tot beveiliging of «bewaring» van dergelijke territoriale begrensde octrooirechten o.a. door het via een «beschrijving» vaststellen van de beweerde «namaking», uiteraard gebonden is aan dezelfde territoriale grenzen van de betreffende octrooirechten waarvan de geldigheid en waarop de inbreuk «prima facie» door de beslagrechter naar Belgisch recht, kan en moet worden beoordeeld en de procedure van beslag inzake namaak derhalve niet kan worden aangewend voor buitenlandse octrooien, zodat het bestreden arrest, in de mate het de procedure van «beslag inzake namaak» ook mogelijk acht in afwezigheid van een Belgisch octrooi, ter beveiliging en bewaring van beweerde buitenlandse octrooirechten, schending inhoudt van het territorialiteitsbeginsel inzake intellectuele eigendomsrechten en van de artikelen 2, 27, 28, 30 en 52 van de wet van 28 maart 1984 die dit beginsel inhouden en bekrachtigen alsook van de artikelen 1481 tot en met 1488 Ger.W.; (...)

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 1481 Ger.W. de houders van octrooien, met toelating van de rechter, kunnen doen overgaan tot de beschrijving van de toestellen, machines en alle voorwerpen en werkwijzen waarvan wordt beweerd dat zij zijn nagemaakt, alsmede van de plans, documenten, berekeningen, geschriften waaruit de beweerde namaak kan blijken en van de gereedschappen die rechtstreeks hebben gediend om de aangeklaagde vervaardiging te plegen;

Dat die procedure is geregeld in het Gerechtelijk Wetboek en niet in de octrooiwet;

Dat de tekst van het vermelde artikel niet uitsluit dat het octrooi waarvan sprake in dit artikel een buitenlandse octrooi zou zijn;

Dat terwijl octrooirechten slechts gelden binnen de Staat die de octrooirechten verleent, maatregelen ter bewaring van recht die inzonderheid ertoe strekken de bewijsmogelijkheden te vrijwaren van de octrooihouder, niet onderworpen zijn aan dezelfde begrenzing;

Dat die begrenzing niet blijkt uit de omstandigheid dat krachtens art. 1488 Ger.W. de dagvaarding betreffende de zaak zelf wordt gedaan voor de rechtbank die zitting houdt ter zetel van het hof van beroep in wiens rechtsgebied de inbreuk of de exploitatie is geschied; dat art. 24 van het EEX-verdrag immers op evidente wijze de mogelijkheid biedt dat vorderingen tot het nemen van bewarende maatregelen en vorderingen over de zaak zelve voor rechters van twee of meer lidstaten worden gebracht;

Dat het middel faalt naar recht;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 24 van het EEX-verdrag de in de wetgeving van een Verdragsluitende Staat bepaalde voorlopige of bewarende maatregelen bij de rechterlijke overheden van die Staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere Verdragsluitende Staat krachtens dit verdrag bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen;

Dat dit artikel verwijst naar de nationale bepalingen terzake en, zoals reeds beslist door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij arrest van 17 november 1998, vereist dat er een band is tussen het voorwerp van de gevor-

derde maatregel en de op de territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de Verdragsluitende Staat van de aangezochte rechter;

Dat de appèlrechter die onderzoekt of naar het nationale recht een beslag in zake namaak kon worden toegestaan op in België gelegen goederen en documenten, art. 24 van het EEX-Verdrag niet schendt;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

...

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 149 van de Grondwet, 1481 tot en met 1488 Ger.W., 2, 27, 28, 30 en 52 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, van het algemeen rechtsbeginsel, genoemd het territorialiteitsbeginsel inzake intellectuele rechten, meer bepaald inzake het octrooirecht, en van art. 24 van het Verdrag van 27 september 1968 tussen de Staten-Leden van de Europese Economische Gemeenschap betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke- en handelszaken (E.E.X.-Verdrag), ondertekend te Brussel en goedgekeurd bij wet van 13 januari 1971,

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat een maatregel van beslag inzake namaak kan worden bevolen, ook als het bestaan of de geldigheid van het octrooi dat de verzoeker inroept, worden betwist; dat de beslagrechter over een ruime beoordelingsmacht beschikt om het gevraagde beslag al dan niet toe te staan;

Overwegende dat de appèlrechter niet beslist dat de vraag van de geldigheid van de buitenlandse octrooien niet relevant is voor de beslagrechter, maar oordeelt dat in de stand van het geding, ook al wordt de geldigheid van bepaalde octrooien betwist, een maatregel tot bewaring van recht kan worden genomen;

Dat het arrest aldus de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER – 28 MEI 1999

Voorzitter: mevr. Pauwels

Advocaten: mrs. Nysten en Lauwers loco Stijns

Faillissement – Gevolgen – Betalingen door de gefailleerde gedaan sedert het tijdstip van staking van betaling – Niet-tegenwerpbaarheid aan de failliete boedel – Toepasselijkheid op compensatieovereenkomst en op beding van eenheid van rekening

Art. 445 en 446 (oude) Faillissementswet, die bepalen welke door de gefailleerde gedane betalingen sedert het tijdstip van staking van betaling niet tegenwerpbaar zijn aan de failliete massa, zijn niet van toepassing indien de compensatieovereenkomst

en het beding van eenheid van rekening een tussen partijen in tempore non suspecto gesloten overeenkomst betreffen.

Faillissement A. t/ N.V. B.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van appellant *q.q.* strekt tot de terugbetaling ten gunste van de boedel van het faillissement van de N.V. A. van een bedrag van 2.186.669 frank, te vermeerderen met verwijlinteressen sedert (de gemiddelde datum van) 15 april 1977; dat dit bedrag betrekking heeft op het totaal van de bedragen die tussen 30 januari 1997 en 2 juli 1997, d.i. in de verdachte periode van zes maanden voorafgaand aan het faillissement, door geïntimeerde werden overgeheveld van de rekening van de N.V. A. met nr. ... bij de Bank B. naar de Belgische rekening van de genoemde firma bij dezelfde Bank met nr. ..., naar aanleiding van de opzegging door geïntimeerde bij aangetekende brief van 24 januari 1997 van een sedert 18 maart 1994 aan de N.V. A. toegestaan krediet van 30.000.000 frank; dat appellant *q.q.* stelt dat deze transacties een vorm van onrechtmatige compensatie zijn, die vallen onder de toepassing van art. 445 van de (oude) Faillissementswet en die derhalve nietig en niet-tegenwerpbaar zijn aan de massa; dat hij stelt dat deze overhevelingen minstens te beschouwen zijn als een betaling van een vervallen schuld die onder de verbodsbepaling valt van art. 446 (oude) Faillissementswet, omdat steeds volgens appellant *q.q.*, geïntimeerde op de hoogte was van de staking van betaling van de N.V. A.

Overwegende dat de eerste rechter deze vordering ongegrond verklaart, oordelend dat de toepassing van art. 445, derde lid, (oude) Faillissementswet niet van toepassing is, om reden dat de compensatieovereenkomst en het beding van eenheid van rekening, vervat in het Algemeen Reglement der Verrichtingen van geïntimeerde een tussen partijen *in tempore non suspecto* gesloten overeenkomst betreft, die daarom tegenwerpbaar is aan de massa; dat hij bovendien de toepassing van art. 446 (oude) Faillissementswet afwijst bij gebrek aan bewijs door de curator dat geïntimeerde daadwerkelijk kennis had van de staking van betaling van de N.V. A.

...

Overwegende dat appellant *q.q.* in de eerste plaats aanvoert dat de litigieuze overheveling gebeurde zonder recht nog titel, en dus onrechtmatig is;

Overwegende evenwel dat tussen partijen contractueel was overeengekomen dat de saldi van de ene rekening naar de andere konden worden overgeschreven en gecompenseerd, nl. in art. 77, tweede lid en vooral in art. 78 van het Algemeen Reglement der Verrichtingen van geïntimeerde; dat appellant *q.q.* tevergeefs tracht te ontsnappen aan de toepassing van genoemd art. 77, dat bepaalt dat slechts overheveling kan geschieden van de ene naar de andere rekening na kennisgeving, wat *in casu* niet zou zijn gebeurd; dat immers de inhoud van de aangetekende brief van 24 januari 1997, waarbij de kredietopening werd opgezegd, als een dergelijke kennisgeving kan worden beschouwd; dat bovendien elk rekeninguittreksel waaruit de overheveling bleek, noodzakelijkerwijze een kennisgeving van de beslissing om te verrekenen inhoudt; dat trouwens N.V. A. deze verrichtingen op geen enkel ogenblik heeft geprotesteerd en deze dus aanvaard heeft; dat bovendien in genoemd art. 78 geen voorafgaande kennisgeving aan de schuldenaar van de door te voeren overheveling vereist wordt;

Overwegende dat appellant *q.q.* ook ten onrechte de toepassing van genoemd art. 78 uitsluit, zich baserende op een verkeerde interpretatie van de bewoordingen ervan; dat overeenkomstig dit art. 78 de bank het contractuele recht heeft om te allen tijde alle schuldvorderingen, al dan niet opeisbaar, in Belgische of vreemde munten, die zij bezit ten laste van de cliënt, te verrekenen met alle schuldvorderingen, al dan niet opeisbaar, in Belgische of in vreemde munten, van deze cliënt jegens haar; dat appellant *q.q.* tevergeefs stelt dat gelden van de N.V. A. op de zichtrekening bij geïntimeerde, tot haar eigen patrimonium blijven behoren en geen schuldvordering vormen van de N.V. A. op de bank; dat hij ten onrechte stelt dat de bank enkel een restitutieverplichting heeft jegens haar cliënt, zodat de vordering een loutere vordering tot teruggave is en geen schuldvordering van de cliënt; dat deze stelling immers indruist tegen de Belgische rechtsleer en rechtspraak, overeenkomstig welke debet en credit op een bankrekening respectievelijk een schuldvordering van de bank op de rekeninghouder en een schuldvordering van de rekeninghouder op de bank vormen; dat een creditsaldo van een bankrekening aanleiding geeft tot een schuldvordering van de cliënt op de bank en dat de bank als eigenaar van de bedragen geldt, en niet de cliënt; dat derhalve art. 78 van het Algemeen Reglement der Verrichtingen van geïntimeerde een ruime en duidelijke compensatieovereenkomst bevat, die van toepassing is op de overheveling van gelden van de Engelse rekening van de N.V. A. naar de Belgische rekening van deze vennootschap;

Overwegende dat de tussen partijen vóór de verdachte periode gesloten compensatieovereenkomst tegenwerpbaar is aan derden en dus ook aan de boedel; dat art. 445 (oud) Faillissementswet niet van toepassing is; dat appellant *q.q.* ten onrechte aanvoert dat een compensatiebeding niet tegenwerpelijk is indien dit beding een artificieel karakter heeft; dat hij nl. stelt dat de voorwaarden die gelden voor de tegenwerpbaarheid van een beding van enkelvoudigheid van rekening aan de curator, tevens en zonder meer gelden voor de tegenwerpbaarheid van het compensatiebeding; dat immers beide soorten bedingen aan eigen voorwaarden onderworpen zijn en afzonderlijk moeten worden beoordeeld; dat de voorwaarde van samenhang een overbodige voorwaarde is, omdat deze samenhang noodzakelijk voorhanden is in een relatie tussen kredietverlener en kredietnemer; dat immers de onderlinge samenhang tussen de rekeningen van een cliënt bij een kredietverlener *ipso facto* beantwoordt aan de economische realiteit van het zaken doen tussen partijen, zodat men aan de vraag betreffende de samenhang niet komt; dat appellant *q.q.* ten onrechte stelt dat de Belgische rechtspraak unaniem de stelling zou bevestigen dat een compensatiebeding slechts tegenwerpbaar is in het geval de vorderingen daadwerkelijk nauw met elkaar verbonden zijn; dat hij evenwel over het hoofd ziet dat heel wat gezaghebbende auteurs, ook M. Grégoire, de commentator van het door hem aangehaalde arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 3 februari 1986 (*T.B.H.*, 1988, 702), beklemtonen dat de bedingen van «enkelvoudigheid van rekening» en van «compensatie» op een onderscheiden manier worden behandeld en dat deze pleiten voor de tegenwerpbaarheid van het compensatiebeding aan derden, ook in geval van faillissement; dat deze stelling ook terug te vinden is in recente rechtspraak, nl. Hof Bergen, 23 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1285;

Hof Brussel, 16 maart 1989, *J.T.*, 1990, 288, met noot van Buyle en Poelmans;

Overwegende dat appellant *q.q.* ten slotte ter staving van zijn stelling dat de tegenwerpbaarheid van het compensatiebeding onderworpen zou zijn aan de voorwaarde van nauwe samenhang tussen de vorderingen, verwijst naar de cassatiearresten van 7 oktober 1976 (*R.W.*, 1976-77, 1832) en van 28 februari 1985 (*R.W.*, 1985-86, 997 met noot van E. Dirix); dat deze twee arresten evenwel aanleiding hebben gegeven tot commentaren, waarin deze stelling uitermate wordt betwist, derwijze dat moet worden besloten dat appellant *q.q.* de minderheidsopvatting verwoordt en dat in de huidige stand van zaken de rechtspraak van het Hof van Cassatie niet vaststaat;

Overwegende dat het argument van de curatoren dat het adagium «geen voorrecht zonder wettekst» zich zou verzetten tegen de genoemde tegenwerpbaarheid van compensatiebedingen, door het Hof van Cassatie in het arrest van 28 februari 1985 wordt tegengesproken; dat het vestigen van een compensatiebeding tussen partijen immers geen voorrecht op een wel bepaald actief creëert en derhalve de gelijkheid tussen de schuldeisers van het faillissement niet verbreekt;

Overwegende dat de compensatieovereenkomst op een geldige wijze *in tempore non suspecto* werd aangegaan vóór het faillissement en de verdachte periode; dat *in casu* het recht van geïntimeerde conform art. 78 van het Algemeen Reglement der Verrichtingen werd uitgevoerd naar aanleiding van de opzegging door geïntimeerde van het krediet en dat de compensatie gebeurde zonder protest van de kredietnemer;

Overwegende ten slotte dat art. 446 (oude) Faillissementswet *in casu* niet van toepassing is; dat immers appellant *q.q.* niet het zekere en afdoende bewijs levert dat geïntimeerde op het ogenblik van de verrekeningen, op de hoogte was van de staking van betaling van de N.V. A.; dat immers niet wordt aangetoond dat geïntimeerde de enige bankier van de N.V. A. was, zodat zij ook niet de volledige financiële situatie van deze firma kon overzien of een staking van betaling kon vermoeden; dat de opzegging van een krediet geenszins de kennis van de staking van betaling van hem die opzegt bewijst; dat trouwens slechts na de opzegging en met medeweten van de N.V. A. tot overheveling van geldsommen werd overgegaan; dat integendeel op het ogenblik van de opzegging van het krediet en van de uitvoering van de verrekeningen, ten laste van de N.V. A. geen protesten stonden genoteerd en dat er geen beslagen waren en er ook geen noemenswaardige achterstand bij de R.S.Z. bestond.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

9e KAMER – 9 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Van Craen

Raadsheren: de hh. Van Hoogenbemt (rapporteur) en De Moor

Openbaar ministerie: de h. Salden

Advocaten: mrs. Debonnaire en Schuermans

1. Deskundigenonderzoek – Strafzaken – a) Keuze van de persoon van de deskundige – Persoon die opsporingsbevoegdheid heeft voor een bepaalde materie – b) Deskundigenverslag – Commentaar van de deskundige met betrekking tot de schuldvraag – Rechtsgevolg – 2. Poging – Ondeugdelijke poging – Begrip – 3. Hormonen – Misdrijf van toedienen van hormonale stoffen – Begrip

1. a) *De onderzoeksrechter heeft de vrije keuze met betrekking tot de persoon van de deskundige, behoudens het feit dat deze personen krachtens art. 31, 4°, Sw., niet mogen ontzet zijn van het recht om deskundige te zijn en bekwaam moeten zijn om de eed af te leggen.*

Er bestaat geen wettelijk beletsel dat een persoon, die in principe opsporingsbevoegdheid heeft voor een bepaalde materie, aangesteld zou worden als gerechtsdeskundige om in het raam van een dossier dat betrekking heeft op die materie technische en feitelijke elementen te onderzoeken en bespreken.

b) *Het loutere feit dat de gerechtsdeskundigen in hun verslag vermelden welke wetgeving, waarmee volgens hen de beklaagden in overtreding waren, op de aangetroffen producten van toepassing is, maakt heel hun verslag nog niet nietig. Hun commentaar met betrekking tot de schuldvraag geldt enkel als inlichting.*

2. *Er kan slechts sprake zijn van een ondeugdelijke poging wanneer het feit nooit tot de voltooiing van het misdrijf kan leiden, omdat de uitvoering ervan onmogelijk is.*

3. *Voor het bewijs van het misdrijf van het toedienen van hormonale stoffen is het niet vereist dat de toegediende stof ook daadwerkelijk reeds werd opgenomen in het organisme van het dier of ingevolge analyse na monsternamen detecteerbaar was.*

O.M. t/ V. en P.

Overwegende dat eerste beklaagde J. V. zich als zelfstandige bezighoudt met in- en verkoop van nuchtere kalveren; dat tweede beklaagde F. V. bestuurder is van de N.V. J., die met het oog op de vetmesting kalveren koopt bij V., waarvan hij eveneens zaakvoerder is; dat derde beklaagde M. P. eveneens bestuurder is van de N.V. J., medebeheerder van V. en zaakvoerder van H.

Overwegende dat de verbalisanten op 8 juli 1993 via een anonieme tip vernamen dat de genaamde D. V. een 200-tal kalveren heeft staan die hij dient af te mesten in opdracht van het bedrijf V.;

Dat J. V., die een Mercedes 300 bestuurt, waarin op een verborgen plaats de hormonen verstopt zitten, de runderen in opdracht van M. P., medebeheerder van de firma V., met hormonale producten zou gaan bewerken; dat V. in het bezit zou zijn van een attest van een dierenarts, waarin ten onrechte sprake zou zijn van een bepaalde ziekte en waarbij hij zelf de dieren zou mogen behandelen met clenbuterol;

Overwegende dat ingevolge deze informatie J. V. op 26 juli 1993 werd betrapt in de stallen van V., terwijl hij kalveren in de (afgeschoren) nekstreek aan het spuiten was; dat bij die gelegenheid het spuitpistool, alsook flacons die V. op zich droeg en documenten en voorwerpen die in de Mercedes en/of stallingen werden aangetroffen, in beslag werden genomen; dat er ook urinestalen van een aantal dieren werden genomen, die na analyse evenwel *negatief* bleken te zijn;

Overwegende dat J. V. toegaf dat hij de dieren aan het bespuiten was op verzoek van V., met een vloeistof, waarvan

hij zich kan indenken dat het om groeistimulerende middelen gaat; dat de producten en de toestellen om ze toe te dienen, reeds ter plaatse lagen; dat hij reeds hetzelfde deed op 12 juli 1993; dat volgens hem V., die zich vooral met het vermesten bezighield, en P., die zich vooral bekommerde om de aankoop, zaakvoerders zijn van V. en J.; dat hij wel verklaarde dat hij nooit een opdracht kreeg van P.;

Overwegende dat V. aanvankelijk elke betrokkenheid terzake ontkende;

Overwegende dat C. P., de bijzit van V., verklaarde dat V. er al meer dan tweemaal de runderen komen behandelen was;

Dat vervolgens bleek dat de aangetroffen en «toegedien-de» (*zie infra*) producten hormonale werking hadden;

Overwegende dat F. V. vervolgens tot bekentenissen overging, maar verklaarde dat hij op eigen houtje zou hebben gewerkt, zonder medeweten van zijn medevennoten;

dat hij weigerde iets te zeggen met betrekking tot de bewuste producten;

Overwegende dat ter gelegenheid van een huiszoeking, uitgevoerd op 27 juli 1993, in het tuinhuisje van M. P. flessen Taurus B12 Homeo Farm (positief voor corticosteroïde) en Herba Mix (positief voor clenbuterol, corticosteroïde en andere stoffen met hormonale werking) werden aangetroffen; dat P. hierover verklaarde dat hij die producten, waarvan hij meende dat het toegelaten kruiden waren, nooit gebruikte;

Wat de ontvankelijkheid en de toelaatbaarheid van de strafvordering betreft

Overwegende dat beklaagden opwerpen dat de strafvordering onontvankelijk of ontoelaatbaar zou zijn, omdat de rechten van verdediging zouden zijn geschonden, daar het recht op een eerlijk proces van de beklaagden aangetast zou zijn, alsook hun vermoeden van onschuld, daar de strafvordering gebaseerd is op:

- de deskundigenverslagen van A. V. en R. D., die nietig zouden zijn gelet op:

- hun hoedanigheid en bevoegdheid, die een beletsel zouden zijn om als gerechtsdeskundige te fungeren;
- de precieze inhoud van hun opdracht, die betrekking zou hebben op de juridische constitutieve elementen van het misdrijf en het opsporen van de waarheid;

- het deskundigenverslag van F. P. dat nietig zou zijn, daar het uitgevoerd zou zijn in een niet-erkend laboratorium;

Overwegende dat *in concreto* aan de hand van de eigen omstandigheden en de aard van huidige zaak moet worden nagegaan of het recht op een eerlijk proces werd geëerbiedigd, rekening houdende met het hele verloop van de procedure;

Overwegende dat beklaagden allereerst stellen dat A. V., die zichzelf «ingenieur» noemt, waarnemend eerst aangewezen ingenieur, hoofd van dienst, is bij het ministerie van Landbouw, dienst Inspectie van de grondstoffen; R. D., die zichzelf «apotheker» noemt, farmaceutisch inspecteur is bij het ministerie van Volksgezondheid en Leefmilieu;

Dat zij in het raam van hun respectieve functie een bij de wet bepaalde opsporingsbevoegdheid hebben, die betrekking heeft op feiten en materies waarvoor de huidige beklaagden thans terechtstaan; dat zij aan de basis zouden liggen van vervolgingen, die door de procureur des Konings te

Dendermonde ten laste van beklaagden werden ingesteld; dat zij, volgens beklaagden, derhalve niet kunnen worden beschouwd als onafhankelijke en onpartijdige deskundigen;

Overwegende dat de aansteller van een gerechtsdeskundige de vrije keuze heeft met betrekking tot de persoon van die deskundige, behoudens het feit dat deze personen niet van het recht om deskundige te zijn overeenkomstig art. 31, 4°, Sw. mogen ontzet zijn en bekwaam moeten zijn om de eed af te leggen;

Overwegende dat er geen enkel wettelijk beletsel bestaat dat een persoon, die in een dergelijke materie in principe opsporingsbevoegdheid zou hebben, aangesteld zou worden als gerechtsdeskundige om terzake technische en feitelijke elementen te onderzoeken en te bespreken;

Dat uit geen enkel element blijkt dat A. V. en R. D. in huidige zaak aan de opsporingen zouden hebben deelgenomen of aan de basis van de opsporingen ten laste van beklaagden zouden hebben gelegen;

Dat het feit dat zij eventueel, zoals beklaagden beweren, betrokken zouden geweest zijn bij een vroeger onderzoek ten laste van beklaagden uit hoofde van andere feiten, geen afbreuk doet aan hun onpartijdigheid, onafhankelijkheid en niet-vooringenomenheid met betrekking tot huidige zaak;

Overwegende dat beklaagden geen elementen aanvoeren waaruit kan worden afgeleid dat door de gerechtsdeskundigen A. V. en/of R. D. uitwendige gedragingen zouden zijn gesteld die hun beweerde partijdigheid zouden aantonen; dat nergens geloofwaardig wordt gemaakt dat de technische bespreking, die door deze gerechtsdeskundigen werd gegeven, partijdig of niet correct zou zijn;

Overwegende dat het enkele feit, dat zij lid zouden zijn van een ministerie dat bevoegdheid heeft met betrekking tot materies, waarvoor thans vervolgingen worden ingesteld, maar dat geen partij is in het huidige geding, evenmin afbreuk doet aan hun onpartijdigheid, onafhankelijkheid en niet-vooringenomenheid met betrekking tot huidige zaak;

Overwegende dat beklaagden stellen dat A. V. en R. D. werden belast met een opdracht die tot doel had de aangestelde deskundigen te laten oordelen over de juridische constitutieve elementen van de thans aan beklaagden ten laste gelegde feiten; dat zulks in strijd zou zijn met het principe van de techniciteit en de specialiteit van het deskundigenonderzoek en met het principe dat de (onderzoeks)rechter geen opdracht aan een deskundige mag toevertrouwen, die aan hemzelf als (onderzoeks)rechter is toevertrouwd;

Overwegende dat de onderzoeksrechter aan A. V. en R. D. de opdracht gaf: «De strafbundel te lezen en de vaststellingen te toetsen aan de vigerende wetgeving; al de nuttige inlichtingen in te winnen in verband met de gebruikte producten, de bestanddelen ervan en de uitwerking ervan na te gaan op landbouwkundig gebied; voorts alle inlichtingen te verstrekken die kunnen leiden tot het openbaren der waarheid».

Overwegende dat beide gerechtsdeskundigen in hun deskundigenverslag allereerst een samenvatting geven van het strafdossier; dat zij vervolgens een technische bespreking wijden aan de aangetroffen producten, waarvan zij een catalogering geven en ook de mogelijke toedieningswijzen en de reden van het gebruik ervan bespreken; dat zij ten slotte vermelden welke de toepasselijke wetgeving voor dergelijke producten is;

Overwegende dat beklaagden stellen dat deze verslagen nietig zouden zijn, daar de gerechtsdeskundigen aanstippen welke wetgeving op de onderzochte feiten van toepassing zou zijn, terwijl het hen niet toekwam de juridische implicaties van hun feitelijke bevindingen aan te geven, en dat zij bovendien ten onrechte belast zouden zijn met het openbaren van de waarheid;

Overwegende dat wat dit laatste punt betreft, beklaagden ten onrechte het «openbaren van de waarheid» gelijkstellen met een niet-toegelaten delegatie van de opsporingsbevoegdheid door de onderzoeksrechter; dat uit niets blijkt dat door de gerechtsdeskundigen V. en D. daden van onderzoek in verband met huidige zaak werden gesteld, die eigenlijk tot de bevoegdheid van de onderzoeksrechter behoorden;

Overwegende dat het inderdaad weliswaar niet aan een gerechtsdeskundige toekomt om de juridische implicaties van zijn feitelijke bevindingen aan te geven, maar dat in een technische materie, zoals *in casu*, de grens tussen de feiten en de juridische gevolgtrekkingen, die eruit voortvloeien, moeilijk te trekken is;

Overwegende dat er geen kritiek wordt geuit door beklaagden op de door de gerechtsdeskundigen gegeven technische bespreking van de aangetroffen producten en hun toedieningswijze; dat het loutere feit dat de gerechtsdeskundigen stellen welke wetgeving, waarmee volgens hen de beklaagden in overtreding waren, op de aangetroffen producten van toepassing is, hun heel verslag nog nietig maakt; dat dit loutere feit immers niet van aard is om te besluiten dat deze deskundigen niet meer de nodige waarborgen van objectiviteit bieden;

Overwegende dat uit de gegevens die ter beoordeling van het hof liggen, geen vooringenomenheid of geen gebrek aan objectieve benadering kan worden afgeleid; dat het toevoegen van beschouwingen aan een deskundigenverslag, zelfs als deze commentaar de schuldvraag zou betreffen, de nietigheid van het processtuk niet meebrengt of de regelmatigheid van het gevoerde strafonderzoek niet aantast; dat de strafrechter over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om zich een eigen oordeel over de schuld of over de bezwaren te vormen; dat de commentaar van de gerechtsdeskundigen met betrekking tot schuldvraag enkel als inlichting geldt; dat de onterechte vermelding van commentaar met betrekking tot de schuldvraag geen afbreuk doet aan de overige bestanddelen van hun verslag, die wetenschappelijk onderbouwd en technisch verantwoord voorkomen;

Overwegende dat bovendien deze deskundigenverslagen aan de tegenspraak van partijen, werden onderworpen; dat geen schending van art. 6 E.V.R.M., noch miskenning van het recht van verdediging valt af te leiden uit de omstandigheid dat de gerechtsdeskundigen, zij het ten onrechte, beschouwingen met betrekking tot de schuldvraag aan hun verslag toevoegen;

Overwegende dat beklaagden voorts stellen dat de deskundigenverslagen van F. P. nietig zouden zijn, daar de analyses zouden uitgevoerd zijn door het Instituut voor Hygiëne en Epidemiologie, dat evenwel niet voorkomt in de lijst van art. 1 van het M.B. van 1 augustus 1990, waarbij de laboratoria werden erkend die geldig analyses in het raam van de wet van 15 juli 1985 kunnen uitvoeren;

Overwegende dat art. 7, § 1, van de wet van 15 juli 1985 bepaalt dat de Koning de voorwaarden inzake erkenning en werking van de analyselaboratoria kan vaststellen; dat in art. 1 van het K.B. van 19 januari 1990 tot vaststelling van de voorwaarden inzake de erkenning van laboratoria voor de ontleding van monsters wordt bepaalt dat de monsters, genomen met toepassing van de wet van 15 juli 1985 ter ontleding worden toevertrouwd aan: 1° de laboratoria van het Instituut voor Hygiëne en Epidemiologie; 2° de Rijksontledingslaboratoria van de dienst Inspectie van de Grondstoffen van het Ministerie van Landbouw; 3° de laboratoria die daartoe overeenkomstig de bepalingen van dit besluit erkend zijn; dat deze laatste categorie verder uitgewerkt werd in het door beklaagden geciteerde M.B. van 1 augustus 1990; dat evenwel krachtens art. 1, 1°, van het K.B. van 19 januari 1990 de laboratoria van het Instituut voor Hygiëne en Epidemiologie eveneens gemachtigd waren de bewuste analyses uit te voeren, zodat de verslagen P. geenszins nietig zijn;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de rechten van verdediging van beklaagden door voornoemde deskundigenverslagen V. en D. niet dermate en onherstelbaar werden geschonden, dat zij daardoor geen eerlijk proces meer zouden krijgen, en door de deskundigenverslagen P. niet werden geschonden; dat noch hun vermoeden van onschuld hierdoor werd aangetast, noch sprake is van partijdigheid of een schijn ertoe bij de aangestelde gerechtsdeskundigen;

Overwegende dat er geen andere redenen worden aange troffen om te besluiten tot de ontvankelijkheid of ontoelaatbaarheid van de strafvordering;

Ten gronde

...

Wat betreft de tenlastelegging A ten laste van beklaagde J. V. en F. V.

Overwegende dat werd vastgesteld dat J. V. op 26 juli 1993 in de stallen van V. kalveren aan het «inspuiten» was in de afgeschoren nekstreek; dat bij die gelegenheid werd vastgesteld dat J. V. een spuitpistool vasthad en twee flacons op zak had, waarvan de inhoud later werd geanalyseerd; dat beklaagde J. V. verklaarde dat hij op verzoek van F. V. de dieren aan het bespuiten was met een vloeistof, waarvan hij zich kon indenken dat het om groeistimulerende middelen ging; dat hij eraan toevoegde dezelfde handeling reeds te hebben gesteld op 12 juli 1993; dat wat dit laatste punt betreft, C. P. verklaarde dat zij J. V. «zeker driemaal, vermoedelijk zelfs meer» op het erf had gezien;

Overwegende dat de urinestalen, die op 26 juli 1993 werden afgenomen, na analyse negatief waren met betrekking tot stoffen met hormonale werking;

Overwegende dat beklaagden stellen dat het derhalve *in casu* om een – op dat ogenblik niet-strafbare (eerst bij wet van 17 maart 1997 ingevoerd) – poging ging, die zelfs op zich ondeugdelijk was, gelet op het negatieve resultaat van de analyse;

Overwegende dat er slechts sprake zou kunnen zijn van een «ondeugdelijke poging» wanneer het feit nooit tot de voltooiing van het misdrijf kan leiden, omdat de uitvoering ervan onmogelijk is;

Overwegende dat gerechtsdeskundige R. D. terzake stelde dat opname (van de in de flacons aangetroffen stoffen met hormonale werking) via de huid (transdermaal) wel degelijk mogelijk is; dat hierbij de hormonen via de onderhuidse bloedvaten in het bloed worden opgenomen; dat deze opname wordt beïnvloed door de keuze van het oplosmiddel (b.v. N-methylpyrrolidon; zie hetzelfde verslag P.); dat volgens gerechtsdeskundige D. derhalve een toediening met resultaat kan worden bereikt via uitwendige beneveling, handeling die door J. niet wordt betwist;

Overwegende dat «toedienen» volgens Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse Taal betekent: «1) aanbieden, voortzetten, schenken (met betrekking tot voedsel en drank); 2) maken dat iemand of iets ze in zich opneemt (met betrekking tot straffen);

3. voorzien van (met betrekking tot sacrale handelingen); 4) geven (met betrekking tot een straf, een berisping)»; dat om te gewagen van «toediening» niet vereist wordt dat de toegediende stof ook daadwerkelijk reeds werd opgenomen of detecteerbaar was; dat er *in casu* derhalve geen sprake is van een poging, maar wel degelijk van een voltrokken feit van «toediening van stoffen, bedoeld in de wet van 15 juli 1985»;

Overwegende dat gerechtsdeskundige Frans P. in zijn verslag van 31 augustus 1993 stelde dat de flacons en de revolverspuit, die op beklaagde J. V. werden aangetroffen, N-methylpyrrolidon bevatten, waarin opgelost waren estradiolbenzoaat, testosteron decanoaat, testosteron cypionaat, naast sporen van estradiol en testosteron; dat deze stoffen hormonale werking hebben, zodat het in het belang van de volksgezondheid is dat dergelijke stoffen niet worden toegediend aan de in de wet van 15 juli 1985 opgesomde dieren;

Overwegende dat uit de onderlinge samenhang van de verklaring van de anonieme tipgever en de overeenstemmende, hierboven geciteerde bekentenis van J. V. («beneveling met stoffen, waarvan hij zich kon indenken dat het om groeistimulerende middelen ging»), de verklaring van C. P., de op V. aangetroffen revolverspuit en flacons en de desbetreffende analyseresultaten blijkt dat J. V. wel degelijk de bewuste stoffen aan een aantal kalveren toediende (volgens de verbalisanten «ingespoten», volgens beklaagde V. via «beneveling»), zodat zijn schuld aan het hem tenlastegelegde feit sub A bewezen is geworden;

Overwegende dat J. V. verklaarde dit te hebben uitgevoerd op verzoek van beklaagde F. V., die hem vertelde «dat alles er lag, en dan weet ik ook dat het hem gaat om een spuit en de flessen»; dat ook C. P. verklaarde dat F. V. de opdrachtgever was; dat tweede beklaagde F. V. uiteindelijk de verklaring van J. V. bevestigde; dat deze laatste derhalve eveneens schuldig is als mededader aan het feit van de tenlastelegging A;

Wat betreft de tenlastelegging B

...

Dat er geen redenen bestaan om de strafvordering ten laste beklaagden niet ontvankelijk te verklaren wegens beweerde onduidelijkheid van de tenlastelegging;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat:

– met betrekking tot de tenlastelegging B.1. ten laste van eerste beklaagde J. V. en tweede beklaagde F. V.: het ten laste gelegde feit betrekking heeft op het bezit van de hormo-

nale stoffen, vermeld onder de tenlastelegging A; uit de hierboven vermelde precisering van de tenlastelegging B blijkt dat de strafrechtsgrond van deze tenlastelegging vroeger art. 2 van de wet van 24 februari 1921 was en thans art. 2, 2°, van dezelfde wet geworden is ingevolge art. 3 van de wet van 14 juli 1994;

– met betrekking tot de tenlastelegging B.2. ten laste van derde beklaagde M. P.: het ten laste gelegde feit betrekking heeft op het bezit van de producten Taurus B12 en Herba Mix, inzoverre deze hormonale producten bevatten; uit hierboven vermelde precisering van de tenlastelegging B blijkt dat de strafrechtsgrond van deze tenlastelegging vroeger art. 2 van de wet van 24 februari 1921 was, dat thans art. 2, 2°, van dezelfde wet is geworden ingevolge art. 3 van de wet van 14 juli 1994;

Overwegende dat het K.B. van 12 april 1974, de sancties betreft, verwijst naar de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen, verdovende middelen, ontsmettingsmiddelen en antiseptica;

Overwegende dat gifstoffen niet omschreven wordt in de wet van 24 februari 1921 of in Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse Taal; dat het woord gif volgens deze laatste betekent: «stof met een schadelijke, vaak dodelijke werking»; dat toxiciteit kan worden omschreven als een relatieve eigenschap van een substantie om een nadelig effect uit te oefenen op de structuur of op de functie van het levende organisme;

Overwegende dat beklaagden ten onrechte stellen dat gifstoffen «nooit en onder geen enkele voorwaarde aan de mens (rechtstreeks of onrechtstreeks via voeding) of dier mogen worden toegediend»; dat sommige gifstoffen immers onder bepaalde voorwaarden door een arts of veearts mogen worden toegediend aan mens en dier (zie ook b.v. lijsten II en III bij het Regentsbesluit van 6 februari 1946 houdende reglement op het bewaren en verkopen van gifstoffen en art. 6, § 1, van de Geneesmiddelenwet van 25 maart 1964);

Overwegende dat de wet van 15 juli 1985 een regeling bevat met betrekking tot de aldaar opgesomde stoffen met hormonale of antihormonale werking in het belang van de volksgezondheid, daar het gebruik ervan ofwel nooit, ofwel slechts onder bepaalde omstandigheden – bij een therapeutische of zoötechnische behandeling en via tussenkomst van een dierenarts of onder diens rechtstreekse verantwoordelijkheid – slechts kan worden toegestaan; dat zulke stoffen, die niet onder de slaapmiddelen, verdovende middelen, ontsmettingsmiddelen en antiseptica ressorteren, vallen onder het begrip «gifstoffen», bedoeld in de wet van 24 februari 1921 en art. 1 van het K.B. van 12 april 1974; dat het K.B. van 12 april 1974 derhalve wel degelijk (straf)rechtsgronds vindt in de wet van 24 februari 1921;

Overwegende dat de schuld van eerste beklaagde J. V. en tweede beklaagde F. V. aan het feit van de tenlastelegging B.1. bewezen is gebleven door de stukken van het strafdossier en het onderzoek ter terechtzitting van het hof uitgevoerd;

Overwegende dat uit het ontledingsbulletin nr. 9.111 van 29 september 1993 van het Rijksontledingslaboratorium van het ministerie van Landbouw is gebleken dat het product Taurus B12, dat werd aangetroffen bij derde beklaagde M. P. negatief was voor beta-agonisten en hormonale stoffen en positief voor de corticosteroïde dexamethasone-isonicotinaat; dat uit het deskundigenverslag blijkt dat dexamethasone

thason, waarvan dexamethasone-isonicotinoaat een derivaat is, een corticosteroid hormoon is; dat corticosteroiden hormonen zijn die in de bijnierschors worden geproduceerd; dat wanneer de consument aan abnormaal hoge concentraties ervan wordt blootgesteld, zoals bij het verbruik van de injectieplaats, in de vorm van b.v. gehakt of vermalen vlees, dit eventueel tot toxiciteit kan leiden;

Overwegende dat uit het ontledingsbulletin nr. 9.112 van 29 september 1993 van het Rijksontledingslaboratorium van het ministerie van Landbouw is gebleken dat het product Herba Mix, dat werd aangetroffen bij derde beklaagde M. P., de beta-agonist clenbuterol, wat op het ogenblik van de ten laste gelegde feiten niet strafbaar was, de corticosteroid dexamethasone en de hormonale stoffen methyltestosteron en delmadenonacetaat bevatte;

Overwegende dat derhalve beide producten stoffen bevatten die worden bedoeld in de wet van 15 juli 1985 en als gifstoffen te beschouwen zijn in de zin van het K.B. van 12 april 1974;

Overwegende dat geen bijzonder opzet is vereist voor een dergelijk misdrijf; dat onachtzaamheid terzake voldoende is; dat het niet geloofwaardig voorkomt dat derde beklaagde M. P., bij wie de bewuste producten werden aangetroffen en die beroepsmatig betrokken is bij vetmesting van kalveren, niet op de hoogte zou zijn van de aard van deze producten; dat elk redelijk persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zich terzake vragen zou stellen; dat het moreel opzet in zijn persoon dan ook aanwezig is; dat de beweerde legale wijze van aankoop van deze producten hierna geen afbreuk doet;

...

NOOT – *Het toedienen van in de Hormonenwet bedoelde stoffen*

1. *De feiten.* Op 26 juli 1993 kon een persoon actief in de kalverenhouderij worden betrapt bij het uitvoeren van een behandeling met hormonale stoffen op kalveren. Een op dezelfde dag uitgevoerde monsternamen van urine op enkele dieren leverde evenwel een negatief analyseresultaat op voor de aanwezigheid van hormonale stoffen. Wel konden diverse andere overtuigingsstukken in beslag worden genomen (flacon, spuit, e.d.m.) die bij analyse positief reageerden.

Vervolgelingen werden ingesteld op basis van o.m. de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking (*B.S.*, 4 september 1985, *err. B.S.*, 16 januari 1986 en 13 maart 1986).

2. *Evolutie van de wetgeving.* Aan de wet van 15 juli 1985 werd de afgelopen zeven jaar duchtig gesleuteld. Niet minder dan vier wetwijzigingen passeerden de revue door de publicatie van het K.B. van 17 februari 1992 tot wijziging van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking (*B.S.*, 11 april 1992), de wet van 6 augustus 1993 tot wijziging van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking (*B.S.*, 28 september 1993), de wet van 11 juli 1994 tot wijziging van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking (*B.S.*, 4 oktober 1994, *err. B.S.*, 13 oktober 1995) en de wet van 17 maart 1997 tot wijziging van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische of

productiestimulerende werking (*B.S.*, 15 augustus 1997).

Het wederrechtelijk toedienen van in de Hormonenwet bedoelde stoffen was van bij de aanvang strafbaar (art. 10, § 2, a, wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking; gevangenisstraf van één maand tot vijf jaar en/of een geldboete van 3.000 tot 100.000 fr.). Een inhoudelijke omschrijving van het begrip toedienen biedt de Hormonenwet evenwel niet. De poging tot het (wederrechtelijk) toedienen van hormonale stoffen was echter niet strafbaar gesteld. De Hormonenwet bevatte immers niet de minste bepaling die de poging tot het begaan van een wanbedrijf strafbaar stelde. Weliswaar biedt het K.B. van 12 april 1974 betreffende sommige verrichtingen i.v.m. stoffen met hormonale, anti-hormonale, anabole, anti-infectieuze, anti-parasitaire en anti-inflammatoire werking de mogelijkheid om het wederrechtelijk bezit van hormonale stoffen aan te pakken, maar bezitten is vanzelfsprekend niet hetzelfde als toedienen.

3. De Correctionele Rechtbank te Turnhout oordeelde in het beroepen vonnis van 8 mei 1995 dat de begane feiten dienden te worden gekwalificeerd als een poging tot het toedienen van hormonale stoffen, en sprak vrij. Dit vonnis leidde tot het wetsvoorstel tot invoering van de strafbare poging en de ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten in de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische of productiestimulerende werking (*Parl. St., Kamer*, 1995-96, nr. 448/1), waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar de Turnhoutse vrijspraak (*Ibidem*, p. 2). De strafbare poging werd ook opgenomen in art. 12 van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische en groeibevorderende werking (*Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 779/1). Uiteindelijk is de poging strafbaar gesteld door art. 12, 2°, van de wet van 17 maart 1997 tot wijziging van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische of productiestimulerende werking (*B.S.*, augustus 1997). Vanaf 15 augustus 1997 is (o.m.) de poging tot het toedienen van in de Hormonenwet bedoelde stoffen daadwerkelijk strafbaar.

Marc Sterkens

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

4e KAMER – 4 DECEMBER 1997

Voorzitter: mevr. De Bauw

Rechters: de hh. Tack en Claeys

Advocaat: mr. Van Aerde

1. Erfrecht – Bloedverwantschap – Begrip – Buitenhuwelijks kind – Louter biologische band – 2. Boedelbeschrijving – Aanspraakgerechtigden – Personen die beweren een recht te hebben in de nalatenschap – Ernstig belang – Bijzondere legatarissen – Beweerd herroepend testament van latere datum – Irrelevant

1. Alleen bloedverwantschap, totstandgekomen via vaststelling van de afstamming overeenkomstig de wettelijke regeling in de art. 312 e.v. B.W., doet erfaanspraken ontstaan. Het feit dat een persoon biologisch afstamt van een andere persoon, heeft niet noodzakelijk tot gevolg tot deze personen bloedverwanten zijn in de technisch-juridische betekenis van het woord.

Een buitenhuwelijks kind, wiens juridische afstamming nog niet definitief is vastgesteld, kan niet worden beschouwd als een wettige erfgenaam.

2. De personen die aanspraak maken op een recht in de nalatenschap en daarenboven doen blijken van een ernstig belang in de bewaring, kunnen krachtens art. 1177, eerste lid, Ger.W., aan de boedelrechter de machtiging vragen om een boedelbeschrijving te laten opmaken.

Bijzondere legatarissen kunnen worden beschouwd als personen die beweren een recht te hebben in de nalatenschap; het feit dat de wettige erfgenamen zich beroepen op een beweerd herroepend testament van latere datum, is hierbij irrelevant. Bovendien hebben dergelijke legatarissen een ernstig belang in de bewaring van de bij boedelbeschrijving te beschrijven goederen.

W.

De stukken van de rechtspleging werden ingezien, inzonderheid het eensluidend verklaard afschrift van de op 17 juni 1997 door de Vrederechter van het kanton Zomergem gewezen beschikking, waartegen tijdig en op geldige wijze hoger beroep werd aangetekend bij appèlakte, neergelegd ter griffie op 14 juli 1997.

...

1. De retroacten en de grieven

1.1. Op 9 juni 1997 werd door de appellanten, ter griffie van het Vredegerecht van het kanton Zomergem, een verzoekschrift neergelegd ertoe strekkende hen machtiging te verlenen om te doen overgaan tot het opmaken van een boedelbeschrijving van de nalatenschap van wijlen de heer M. M., laatst wonende te Zomergem, en overleden te Damme op 29 september 1982.

Zij verzochten notaris C. G., met standplaats te Drongen, aan te stellen om over te gaan tot de boedelbeschrijving en tot de schatting van alle goederen behorend tot de voormelde nalatenschap en dit minstens na behoorlijke oproeping van alle belanghebbenden, namelijk de appellanten, de dames H. M., A. M. en M. M., alsook de heren J. M. en L. M.

Zij vroegen eveneens notaris B. Van R. met standplaats te Merelbeke, te benoemen met opdracht de niet-tegenwoordige personen, alsook die welke in het buitenland of meer dan honderd kilometer van de plaats wonen, te vertegenwoordigen.

Met betrekking tot de kosten vroegen zij deze ten laste van de nalatenschap te leggen.

1.2. In de bestreden beschikking werd de vordering van de appellanten afgewezen, daar zij niet aantoonde dat zij voldeden aan de voorwaarden van art. 1167 Ger.W., en werden de kosten ten laste van de appellanten gelaten.

In de beschikking *a quo* werd, inzonderheid, overwogen dat:

- art. 1177, eerste lid, Ger.W. verwijst naar art. 1167 Ger.W., in die zin dat dezelfde personen die een ontzegging kunnen aanvragen ook machtiging kunnen vragen om een boedelbeschrijving te laten opmaken;
- hoewel de appellanten menen gerechtigd te zijn in de nalatenschap van wijlen de heer M. M., dit op heden niet vaststaat;
- er immers een geding hangende is voor de tweede kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge om, onder meer, uit te maken of, enerzijds, de eerste appellant de zoon is van wijlen de heer M. M. en of, anderzijds, beide appellanten zich kunnen beroepen op het testament van wijlen de heer M. M. van 20 november 1975, herroepen bij testament van 16 februari 1977;
- de vrederechter niet bevoegd is om vooruit te lopen op de uitspraak van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge – pleitdatum 24 oktober 1997 – en dat, zolang niet is uitgemaakt of de eerste appellant de zoon is van wijlen de heer M. M., de vrederechter geen rechtmatige aanspraak van de eerste appellant op zijn nalatenschap kan aanvaarden;
- de vrederechter evenmin bevoegd is met betrekking tot de kwestie of de appellanten zich kunnen beroepen op het testament van 20 november 1975, in strijd met de algemene bepalingen van art. 1035 e.v. B.W.

1.3. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 14 juli 1997, tekenden de appellanten hoger beroep aan teneinde:

- het hoger beroep toelaatbaar, ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- de beschikking op 17 juni 1997 gewezen door de Vrederechter van het kanton Zomergem te vernietigen en, op nieuw rechtdoende, aan beide appellanten de vordering toe te wijzen die zij voor de eerste rechter hadden ingesteld, en subsidiair in elk geval aan de eerste appellant de vordering toe te wijzen die hij voor de eerste rechter had gesteld;
- de kosten ten laste van de nalatenschap te leggen.

1.4. De grieven kunnen als volgt worden samengevat:

- de appellanten hebben een ernstig belang in de bewaring, beschrijving en schatting van alle roerende goederen afhangende van de nalatenschap van wijlen de heer M. M.: de eerste appellant als buitenhuwelijks kind van de *de cuius* en als diens legataris ingevolge het testament van 20 november 1975, de tweede appellant (halfbroer van de eerste appellant als geboren uit dezelfde moeder), eveneens als legataris ingevolge het voormelde testament;
- de feitelijke afstammingsband van de eerste appellant ten opzichte van wijlen de heer M. M. is bewezen op grond van het deskundigenverslag van prof. dr. M. P. van 4 maart 1997 en op grond van de brief van de raadsman van de dames M., A. en H. M. en de heren L. en J. M. van 3 december 1996, waarin wordt gesteld dat zij definitief aanvaarden dat wijlen de heer M. M. de vader is van de eerste appellant;
- de eerste appellant heeft als bewezen afstammeling van wijlen de heer M. M. volwaardig erfrecht in de nalatenschap van diens vader, opengevallen na 13 juni 1979;
- de boedelbeschrijving is een louter bewarende maatregel en laat de rechten ten gronde onverlet;
- het gevaar bestaat dat, nu de feitelijke afstammingsband van de eerste appellant vaststaat, goederen uit de nalatenschap verdwijnen of sporen worden uitgewist, zodat dringend een boedelbeschrijving dient te worden opgemaakt.

2. Beoordeling

2.1. Teneinde, krachtens art. 1177, eerste lid, Ger.W., aan de vrederechter machtiging te kunnen vragen om over te gaan tot boedelbeschrijving, dient men een van de personen te zijn opgesomd in art. 1167 Ger.W. en daarenboven doen blijken van een ernstig belang in de bewaring.

2.2. De rechtbank moet allereerst onderzoeken of de (beide) appellanten kunnen worden gekwalificeerd als personen die aanspraak maken op een recht in de nalatenschap van wijlen de heer M. M.

2.2.1. Met betrekking tot de eerste appellant vermag de rechtbank, op grond van de haar ter beschikking gestelde gegevens, slechts vast te stellen dat, tot dusver, alleen de biologische vaderlijke afstammingsband ten opzichte van wijlen de heer M. M. vaststaat. Dit besluit volgt uit de lezing van de overgelegde stavingsstukken.

Alleen bloedverwanten zijn erfgerechtigd in een erfopvolging bij versterf. Bloedverwantschap komt alleen tot stand via vaststelling van de afstamming overeenkomstig de wettelijke regeling opgenomen in art. 312 e.v. B.W. Alleen een dergelijke bloedverwantschap doet erfaansprakelijkheid ontstaan.

Het feit dat een persoon biologisch afstamt van een ander persoon, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat deze personen bloedverwanten zijn van elkaar in de technisch-juridische betekenis van het woord en dus behoren tot dezelfde familie (Puelinckx-Coene, M., *Erfrecht*, Antwerpen, 1996, p. 178-180 nr. 123). Als buitenhuwelijks kind van wijlen de heer M. M., wiens juridische afstamming weliswaar nog niet definitief werd vastgesteld – de procedure daartoe is nog steeds hangende – kan de eerste appellant derhalve niet worden beschouwd als een wettige erfgenaam, gerechtigd tot het vorderen van een boedelbeschrijving.

2.2.2. De beide appellanten stellen dat wijlen de heer M. M. op 20 november 1975 een testament opmaakte waarbij hij hen ieder 1.750.000 frank legateerde, meer een interest van 12% per jaar vanaf zijn overlijden.

De huwelijkse kinderen van wijlen de heer M. M. zouden zich beroepen op een beweerd herroepend testament van 16 februari 1977, in verband waarmee de appellanten klacht met burgerlijke partijstelling neerlegden, resulterend in een definitieve buitenvervolgstelling.

Ingevolge dagvaarding van 7 februari 1992 vorderen de appellanten in een voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge aanhangig geschil – in welke procedure de eerste appellant tevens de vaststelling van de vaderlijke afstamming en van zijn erfrechten ten opzichte van wijlen de heer M.M. vordert – onder meer:

- het testament van 16 februari 1977 nietig te verklaren en voor recht te zeggen dat het testament van 20 november 1975 moet worden uitgevoerd;
- diensgevolge de huwelijkse kinderen van wijlen M. M. hoofdelijk, minstens *in solidum*, te veroordelen tot de betaling aan ieder van de appellanten van het bijzonder legaat van 1.750.000 frank, vermeerderd met de interest aan 12% per jaar sedert 1982.

De appellanten, klaarblijkelijk bijzondere legatarissen ingevolge het testament van 20 november 1975, kunnen terzake worden beschouwd als personen die beweren een recht te hebben in de nalatenschap van wijlen de heer M. M. (*Rép. Not., Scellés*, XIII, boek I, titel I, nr. 16).

Daarbij is de vaststelling dat de wettige erfgenamen zich zouden beroepen op een beweerd herroepend testament van latere datum irrelevant. Een schijnbare titel volstaat immers om de inventarisatie te kunnen verkrijgen, de vrederechter niet gehouden zijnde tot een onderzoek ten gronde (Van Sinay, T. en Verstappen, J., *Boedelbeschrijvingen inzake familiaal vermogensrecht en faillissementen*, Gent, 1993, p. 71, nr. 146).

2.3. Ongetwijfeld hebben de appellanten als potentiële bijzondere legatarissen een ernstig belang in de bewaring van de bij boedelbeschrijving te beschrijven goederen. Dit belang wordt nog onderstreept door de voor de Rechtbank van Brugge hangende vorderingen ten gronde.

KANTTEKENING

WEINIG SPATIE, TOCH ENIGE RUIMTE VOOR DE ADVOCaat-SYNDICUS

I. Inleiding

1. Op de vergadering van de Raad van Afgevaardigden van de Vereniging van Vlaamse Balies van 2 juni 1999 werd het reglement (d.i. richtlijn) op de «advocaat-syndicus» goedgekeurd, inhoudende dat het de «Vlaamse» advocaat voortaan toegestaan is bedrijfsmatig de vereniging van mede-eigenaars van een flatgebouw te besturen. De tekst van dit reglement is opgenomen als bijlage bij dit artikel.

2. In deze materie werd een voortrekkersrol gespeeld door de Raad van de Orde van Advocaten van de Balie van Brugge, die op 13 juni 1995 een bijzonder reglement op het «beheer van mede-eigendom» had aangenomen, waarbij het de advocaten van het arrondissement toegestaan werd «het mandaat van syndicus uit te oefenen» (Art. 11, vierde lid). Het pad tot deze beslissing was geëffend door stafhouder Moeykens, die in de «Advocatenkrant» van 1994 (nummer 4) onder de titel «Een moderne advocatuur» had betoogd dat nu het beheer van een mede-eigendom niet alleen boekhoudkundige problemen stelt, maar ook juridische, en dat de advocaat voor de uitoefening van het beroep van syndicus «veel beter is geplaatst» dan de vastgoedmakelaar.

3. Een factor, die onweerlegbaar heeft bijgedragen tot de versnelde uitvaardiging van een reglement, is de door art. 577-8, § 7, B.W. aan de vrederechter toegekende bevoegdheid om op verzoek van iedere mede-eigenaar voor de vereniging van mede-eigenaars een «voorlopig syndicus» aan te stellen alsmede, de met toepassing van art. 584, derde lid, 1°, Ger.W. aan de voorzitter verleende bevoegdheid een «voorlopig bewindvoeder» aan te duiden. Uit de parlementaire voorbereidingsstukken van de nieuwe appartementswet blijkt niet welke vereisten aan deze gerechtelijke mandaten worden gesteld (Timmermans, R., «De geschillenregeling in de appartementsmede-eigendom», in *Onroerend goed in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 220; Verryck, E., «Het statuut van de voorlopige syndicus», *T. Vred.*, 1998, 260).

Het staat alleszins vast dat de rechtbanken, op basis van de hun toegekende discretionaire bevoegdheid, regelmatig advocaten met die opdracht belasten, hetzij als voorlopig

syndicus (Vred. Brugge, 26 oktober 1995, *T.App.*, 1997, nr. 32; Vred. Charleroi, 28 december 1995, *T.App.*, 1998, nr. 82; Vred. Aalst, 25 februari 1997, *T.App.*, 1999, nr. 114; Rb. Brugge, 18 april 1997, *T.App.*, 1997, nr. 38; Vred. Charleroi, 29 mei 1997, *T.App.*, 1998, nr. 83), hetzij als voorlopig bewindvoerder (Vred. Gent, 29 april 1996, *T.App.*, 1996, nr. 8).

Het maakte voordien overigens geen discussiestof meer uit dat advocaten *gerechtelijke mandaten* mogen aanvaarden, zoals dat van curator in een faillissement, vereffenaar, sekwester, voogd van een onbekwaamverklaarde, voorlopig bewindvoerder, gerechtelijk raadsman, curator van een onbeheerde nalatenschap, pandverzilveraar, voogd *ad hoc* van een minderjarige in een procedure van bewisting van vaderschap (Stevens, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 228, nr. 273)... en derhalve ook dat van (gerechtelijk) syndicus of voorlopig bewindvoerder van een vereniging van mede-eigenaars van een flatgebouw.

4. De hamvraag is of eenzelfde redenering gevolgd kan worden in het geval dat de vereniging van mede-eigenaars vrijwillig een advocaat als syndicus aanstelt en hem een *conventioneel mandaat* toevertrouwt.

II. Juridische hinderpalen

5. Aan advocaten toestaan beroepsmatig de functie van syndicus van een appartementsgebouw uitoefenen, stuit op twee bezwaren.

Het eerste bezwaar volgt uit het *K.B. van 6 september 1993* tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar. In art. 3, 2°, b van dit K.B. is de uitoefening van de functie van syndicus «van onroerende goederen in mede-eigendom» als *beschermde activiteit* aan de erkende vastgoedmakelaar gereserveerd (Timmermans, R., «Het juridisch statuut van de vastgoedmakelaar», in *Onroerend goed in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 111; De Decker, H., «Vastgoedbemiddeling: een stand van zaken», *R.W.*, 1997-98, 1129, littera C).

Daaruit leiden sommigen het *hele monopolie* van de vastgoedmakelaars in dit vak af (Van Coillie, W., «Zijn ook advocaten en boekhouders erkende syndici?», *Vastgoedflitsen*, 23 februari 1999, p. 1).

Anderen verwijzen naar de bepaling van art. 4, 1° van hetzelfde besluit, luidens welk niet onder de toepassing van dit besluit vallen, «de persoon die één van de in artikel 3 bedoelde activiteiten uitoefent op grond van wettelijke of reglementaire bepalingen of van beroepsgebruiken voor zover hij onderworpen is aan de tucht van een erkende beroepsinstantie». Deze uitzonderingen zijn precies bepaald, omdat de reeds gereguleerde beroepen vallen onder de controle en de deontologie van hun beroepsinstantie, en bijgevolg de nodige waarborgen bieden in verband met de ernst en de bekwaamheid, die nodig zijn voor het beheer van een mede-eigendom (De Loose, H. en Moeykens, F., «Enkele beschouwingen bij het vonnis van de burgerlijke rechtbank te Mechelen van 10 juli 1997 betreffende de syndicus van de mede-eigendom», *R.W.*, 1998-99, 862). Derhalve geldt het K.B. van 3 september 1993 niet voor syndici die een dienstverlenend beroep uitoefenen dat reeds door een bijzondere wet wordt gereguleerd, zoals accountant, advocaat, architect, bedrijfsrevisor, beursvennootschap, gerechtsdeurwaarder en notaris (Meulemans, D., «De rechtspersoon: de

algemene vergadering en de syndicus», in *De gedwongen mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 109, nr. 124, a; Wynant, L., «De syndicus en het beheer van het appartementsgebouw. Opdracht en aansprakelijkheid», in *De nieuwe wet op de appartementsmede-eigendom*, Jura Falconis Libri, 1995, p. 100, D; Vits, P., «De syndicus en het beheer van het appartementsgebouw», in *Appartementsmede-eigendom*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 163; Meulemans, D. en Vits, P., «De professionele syndicus is onderworpen aan de reglementering van het beroep van vastgoedmakelaars», in *Appartementsmede-eigendom*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 203, nr. 31). Het aan de vastgoedmakelaars toegekende monopolie is bijgevolg een «*quasi-monopolie*» (Stevens, J., Advies advocaat-syndicus mede-eigendommen, 1999, p. 5-7, nr. IV).

6. Deze laatste overweging geldt overigens *vice versa* voor de hele dienstverlenende sector, waarin de zogenaamde «domeinmonopolies» in beweging zijn en geherdefinieerd worden (Vgl. Cohen, M.J., «Het domein geherdefinieerd», *Advocatenblad*, 1996, 233 e.v.). Het gaat niet alleen om de onderlinge verhouding tussen de drie klassieke juridische beroepen, advocaat, notaris en deurwaarder (Bruinsma, F., «Domeinmonopolies in het recht: over advocaten, notarissen en deurwaarders», *Advocatenblad*, 1997, 64), maar ook aanverwante dienstverleners, die concurreren met het juridische domein zelf; te denken valt aan «les experts comptables, les agents immobiliers, les administrateurs de biens, les syndics de copropriété, les agents d'assurances, les banques, l'ingénierie, les architectes, les conseils de brevets» (Martin, R., «Avocat», in *Jurip-Classeur, Procédure civile*, Fasc. 83-1, p. 10-11, nr. 51; vgl. ook Bos, A., «De bedrijfsjurist klopt aan de Ordepoort», *Advocatenblad*, 1996, 72), alsmede incassobureaus, rechtsbijstandsverzekeraar, rechtswinkels en rechtskundige adviseurs allerhande van consumentenorganisaties, vakbonden en ziekenfondsen. De wederzijdse zoektocht naar externe groei in het ene dienstverlenend beroep geeft bijna vanzelf een knip in de positie van het concurrerende beroep.

7. Een tweede obstakel voor advocaten vloeit voort uit art. 437, 3°, Ger.W., dat als onverenigbaar met het beroep van advocaat beschouwt, «het drijven van handel». Van oudsher heeft de wetgever, ter bescherming van het algemeen belang, de hoedanigheid van koopman onverenigbaar geacht met de uitoefening van allerlei ambten en beroepen (Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J., *Handels- en economisch recht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, Vol. A, Brussel, Story Scientia, 1989, p. 132, nr. 103), waaronder het beroep van advocaat. Voor advocaten komt de onverenigbaarheidsregeling neer op een bijna sacrale regel (Lambert, P., *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1994, p. 57, C. 1; Leclercq, Cl., *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Brussel, Bruylant, 1999, p. 31, nr. 19).

8. Art. 2 W.Kh. merkt aan als objectieve daad van koophandel «elke onderneming van leveringen, van agentschappen, zakenkantoren...». Hij die publiek syndicusdiensten aanbiedt zou, objectief gezien, een zakenkantoor drijven (Aeby, F., *La propriété des appartements*, Brussel, Bruylant, 1983, p. 429, nr. 437) en derhalve handelsdaden stellen, impediment voor elke advocaat.

In de Franse doctrine is echter geponeerd dat, *aangezien de vereniging van mede-eigenaars zelf geen handelsonderne-*

ming is, de daden die de syndicus voor haar rekening stelt, in se evenmin handelsdaden zijn (Zurfluh, A. en Traizet Frot, Th., *La statut de la copropriété*, Parijs, Sirey, 1968, nr. 255; Cabanac, J., *Traité de la copropriété et du nouveau régime de la copropriété*, II, E.A.J., 1970 p. 320-321, nr. 422; Peiffer, G., «Essai sur la portée en matière de gestion immobilière de l'art. 95 du décret 72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi 70-9 du 2 janvier 1970 réglant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce», *Gaz. Pal.*, 1986, *Doctrine*, p. 186; zie ook Kadaner, M., «L'administration de l'immeuble divisé», in *La Copropriété*, Brussel, Bruylant, 1985, p. 209, voetnoot 209).

Deze stelling werd naderhand gevolgd door de Franse rechtspraak. Meer in het bijzonder diende het Hof van Beroep van Riom te onderzoeken of aan een advocaat, die om weglating van het tableau had gevraagd om het beroep van beheerder van onroerende goederen voltijs uit te oefenen, de herinschrijving bij de balie geweigerd kon worden wanneer bij de behandeling van de aanvraag aan het licht was gekomen dat hij als syndicus nog twee flatgebouwen beheerde. Knelpunt bij het geschil was de bewering van de stafhouder dat de door de advocaat beoefende syndicusactiviteiten handelsactiviteiten waren die onverenigbaar zijn met de regelen van het beroep van advocaat. In zijn arrest stelde het hof (8 september 1986, *Gaz. Pal.*, 4-6 oktober 1987, p. 4) dat de uitoefening van de functie van syndicus van een flatgebouw een van nature burgerlijke activiteit is die pas commercieel wordt van zodra ze door een handelaar wordt beoefend; door attractie van de accessoire syndicusactiviteit aan de bedrijvigheid van advocaat ontbreekt de commercialiteit, zodat niets de uitoefening van het syndicusschap door een advocaat in de weg staat (Peiffer, G., «Syndic de copropriété: la nature juridique de l'activité ou un essai transformé», *Gaz. Pal.*, 1987, *Doctrine*, p. 637; de voorziening tot cassatie tegen dit arrest werd verworpen door het Franse Hof van Cassatie bij arrest van 11 juli 1988, *J.C.P.*, 1989, II, p. 138).

9. De redenering van Franse hoven steunt op het rechtsbeginsel «*accessorium sequitur principale*» of de toekomstige syndicusactiviteiten volgen het burgerlijke karakter van de hoofdactiviteit, de advocatuur. Dit principe blijft, volgens sommigen, onverkort gelden wanneer de advocaat van de functie van syndicus een gewoon beroep maakt (Cadiet, L., noot onder voornoemd cassatiearrest, kol. 2).

Niettemin strijden deze premissen, naar Belgisch recht, met het vermoeden, neergelegd in de Handelsregisterwet, volgens welk het «beheer van onroerende goederen die aan anderen toebehoren» een bedrijvigheid is waarvoor inschrijving in het handelsregister dient te worden genomen (zie de bijlage bij het K.B. van 20 augustus 1981 tot wijziging van de Handelsregisterwet van 31 augustus 1964, *B.S.*, 2 oktober 1981, p. 11265, & 8).

Daarenboven rijst de vraag welke opvatting dient te worden gevolgd wanneer de advocaat zich derwijze toelgt op de uitoefening van de functie van syndicus dat deze activiteit evenwaardig is met, zoniet belangrijker dan, de resterende kantoorbedrijvheden, en een *hoofdberoep* gaat vormen. Bij gebreke aan een vaste waardemeter zullen in dezen uiteenlopende maatstaven ter beoordeling aangewend worden. Zo aanvaardde de Kamer van Beroep van het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars bij beslissing van 4 juni 1999 (Rolnr. K.v.B. 136) de inschrijving van een «Vlaams»

praktiserend advocaat op het tableau van vastgoedmakelaars, *onverlet* zijn inschrijving op het tableau van advocaten!

III. Vrije vestigingsrecht Europese Unie

10. Een belangrijke drijfveer om de professionele activiteit van de uitoefening van de functie van syndicus open te stellen voor de advocatuur, is de toenemende internationalisatie van de beroepsuitoefening. Advocaten kunnen niet alleen *grensoverschrijdende* dienstverlening aanbieden, maar zich ook permanent vestigen in een andere lidstaat van de Europese Unie, al dan niet gepaard gaande met het behoud van de dienstverlening in de lidstaat van oorsprong (Vgl. Adamson, H., *Free Movement of Lawyers*, Butterworths, 1992, p. 25, nr. 3; zie ook Van Camp, S., *Het statuut van de advocaat in het Europese gemeenschapsrecht*, Reeks *Ius*, Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 3). Dit beginsel is neergelegd in de Vestigingsrichtlijn van het Europese Parlement en de Raad, meer in het bijzonder de richtlijn van 16 februari 1998 «ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepsactiviteit verworven is» (Pb. EG 1998, L 77/36).

11. Ingevolge deze richtlijn heeft een advocaat van de ene lidstaat recht op beroepsuitoefening in de ontvangende staat, onder de beroepstitel van zijn oorspronkelijke staat, mits hij zich inschrijft bij de bevoegde overheid van de lidstaat van ontvangst, wat in de meeste lidstaten de desbetreffende orde van advocaten zal zijn (Wackie Eysten, P.A., «De Richtlijn Vestigingsrecht Advocaten», *S.E.W.*, 1998, p. 323, kol. 1).

De onder «home title» gevestigde advocaat wordt echter, *onverlet* de beroeps- en gedragsregels waaraan hij in de lidstaat van oorsprong is onderworpen, *eveneens* onderworpen aan de beroeps- en gedragsregels van de ontvangende lidstaat. Dit betekent enerzijds dat de Belgische of Nederlandse advocaat in Athene, de Engelse solicitor in Stockholm, de Duitse Rechtsanwalt in Rome aldaar de praktijk kunnen uitoefenen (Wackie Eysten, P.A., *o.c.*, *ibidem*). Anderzijds ontstaat een situatie waarbij een onder zijn «home title» elders gevestigde advocaat aan *méer dan één stelsel van gedrags- en tuchtregels* is onderworpen (Wackie Eysten, P.A., «Het Ontwerp voor een Richtlijn Vestigingsrecht Advocaten», *S.E.W.*, 1995, p. 755, alinea 3).

12. Deontologiën met de meest liberale strekking kunnen op die wijze de werkzaamheden van advocaten, die in hun land van oorsprong aan bijzondere beperkingen onderworpen zijn, «overrulen». Het is daarom van belang na te gaan of in de andere lidstaten van de Europese Unie het de advocaat is toegestaan beroepsmatig de activiteit van syndicus van een flatgebouw te ontwikkelen; in bevestigend geval heeft, in de Europese context, het ontzeggen van gelijke rechten aan Belgische advocaten weinig zin.

IV. De advocaat-syndicus in de Europese Unie

13. In de andere lidstaten van de Europese Unie gelden voor advocaten volgende regelen (Bron: gedeeltelijk Euro Info Centre Brussels):

– *Denemarken:*

De mogelijkheid voor advocaten om beroepsmatig als syndicus van een flatgebouw op te treden, wordt nergens wetmatig geregeld. In de praktijk wordt deze activiteit niettemin regelmatig door een advocaat uitgeoefend.

– *Duitsland:*

Overeenkomstig § 26 van het *Wohnungseigentumsgesetz* kan de functie van syndicus of *Verwalter* worden uitgeoefend door een advocaat (zie ook Quack, F., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, *Sachenrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 511, nr. II).

– *Finland:*

In Finland bestaat er geen formeel beletsel om syndicus van een flatgebouw te zijn. Doordat de «*Code of Conduct*» van de orde van advocaten bepaalt dat een advocaat niet mag optreden bij tegenstrijdigheid van belangen, zal elk voorliggend geval afzonderlijk worden beoordeeld.

– *Frankrijk:*

Luidens art. 7 van de oude advocatenwet n° 71-1130 van 31 december 1971 was de uitoefening van het beroep van advocaat *niet onverenigbaar* met dit van syndicus van een flatgebouw. Met ingang van 1 januari 1986 werd deze bepaling afgeschaft door de wet 85-099 van 25 januari 1985 (Hamelin, J. en Damien, A., *Les règles de la profession d'avocat*, Parijs, Dalloz, achtste editie, p. 30, nr. 2). Niettemin kan een Frans advocaat als syndicus van een flatgebouw actief zijn, mits deze bedrijvigheid accessoir is (Atias, Ch., «*Copropriété des immeubles bâtis*», in *Répertoire Civil*, Dalloz, p. 38, nr. 419).

– *Griekenland:*

Deze materie wordt nergens door een bijzondere bepaling geregeld.

– *Ierland:*

Volgens de *Code of Conduct* van de Ierse Bar mag een barrister niet optreden als beheerder van onroerend goed. Solicitors daarentegen hebben wel deze competentie, hoewel, naar verklaring van de Law Society of Ireland, zulks nergens expliciet in een tekst is geregeld.

– *Italië:*

Er bestaat geen wettelijke bepaling die deze materie regelt. Niettemin kan een Italiaans advocaat de functie van syndicus opnemen.

– *Luxemburg:*

Voor de orde van advocaten kan een Luxemburgs advocaat niet beroepsmatig als syndicus optreden; het reglement van de orde verbiedt de advocaat immers, naast het beroep, commerciële activiteiten uit te oefenen. Een advocaat kan daarentegen wel optreden als «*syndic provisoire*» op basis van een «*mandat judiciaire*». Wanneer de advocaat mede-eigenaar in een flatgebouw is, kan hij zonder problemen de functie van syndicus opnemen, omdat deze activiteit niet als commercieel wordt beschouwd.

– *Nederland:*

De Advocatenwet verbiedt niet dat een Nederlands advocaat beroepshalve optreedt als bestuurder van de vereniging van eigenaars, als bepaald in art. 5: 131 B.W. Niettemin kan de orde van advocaten de terugtreding eisen in geval van belangenvermenging.

– *Oostenrijk:*

Er bestaat, naar verklaring van de «*Österreichische Rechtsanwaltskammer*» geen bezwaar voor een advocaat om syndicus (*Verwalter*) te zijn, zolang er geen belangenvermenging is.

– *Portugal:*

In Portugal kan een advocaat optreden als «*Administrador do Condomínio*», zoals geregeld door de artikelen 1435-1438 van de *Código Civil*.

– *Spanje:*

Een advocaat kan er zonder problemen optreden als «*Administrador de Fincas*». De professionele activiteit van syndicus wordt er verenigbaar geacht met het beroep van advocaat.

– *Verenigd Koninkrijk:*

In Engeland kan een barrister niet optreden als beheerder van onroerende goederen; zulks wordt strijdig geacht met de *Code of Conduct* van de Bar. De *Professional Standards and Legal Services* van de *General Council of the Bar* verbiedt meer bepaald «management administration of general conduct of a lay client's affairs». Naar verklaring van de *Law Society of England* kunnen solicitors deze activiteiten wel uitoefenen.

V. Van beroep naar bedrijf

14. Het vrijgeven van de activiteit van syndicus van een flatgebouw aan de advocaat heeft ten slotte veel te maken met de toevloed van beroepsbeoefenaren en de erosie die de advocatuur dientengevolge ondergaat. Dit leidt tot bevraging niet alleen bij de nationale ordes, maar ook bij de UIA (Union Internationale des Avocats), de AIJA (Association Internationale des Jeunes Avocats) en de CCBE (Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne); alleszins wordt een groeiende tweedeling geconstateerd tussen de zogenaamde «*pleitadvocaat*» en de «*zakenvoeradvocaat*», welke laatste aan belang wint. Daardoor evolueert de advocatuur deels van «beroep» naar «bedrijf», of van een professionele organisatie (collegiaal, non-hiërarchisch, weinig bureaucratisch) naar een moderne bedrijfsorganisatie.

15. De transformatie van de advocatuur is niet alleen veroorzaakt door de internationalisering van het bedrijfsleven en de hogere concurrentie binnen het bedrijfsleven, maar zeker ook door de veranderde eisen van cliënten aan advocaten, waarbij ook niet direct juridische aangelegenheden aan de orde kunnen komen. Een gevolg van deze verandering in bedrijfsvoering is dat een advocaat zich ook *meer ondernemer* gaat voelen (De Groot-Van Leeuwen, L.E. en Schuyt, C.J.M., *Ethische dilemma's. Wat een advocaat betaamt*, Uitgave van de Nederlandse Orde van Advocaten, p. 77). Precies binnen deze trend krijgt de «advocaat-syndicus» zijn plaats.

VI. Strikte regulering

16. De door de Vereniging van Vlaamse Balies uitgevaardigde regeling, waarbij het aan de advocaat wordt toegestaan professionele syndicusactiviteiten te ontwikkelen, geeft, in het licht van de veranderende en veranderde beroeps-ethiek, blijk van modernisme.

Wil men echter het wezen van de advocatuur vrijwaren, dan is de beoefening van de activiteit van syndicus door een advocaat slechts aanvaardbaar in de mate waarin deze activiteit volledig *accessoir* blijft aan de kernbedrijvigheid én niet het karakter van een handelsonderneming krijgt (Lafond, J. en Stemmer, B., *Code de la Copropriété*, Litec, 1998, p. 441, nr. 9). Dit is een feitenkwestie, die kan worden beoordeeld op grond van de inrichting van het kantoor, de ingezette middelen en personeel.

Met het verloop van de tijd zal een billijk oordeel hoe langer hoe moeilijker te vellen zijn, omdat de verzakelijking van de dienstverlening in de advocatuur onomkeerbaar haar intrede heeft gedaan (een advocaat in Parijs b.v. breidde, zonder bezwaar, zijn kantoor uit met een departement «corporate», waarvoor een jurist, gespecialiseerd in vastgoedrecht, werd aangeworven: Le Mazou, J.Y., «Des cultures différentes pour un enrichissement réciproque. Les avocats et juristes d'entreprise», *La Passerelle*, oktober 1998).

VII. Gebrekkige controle

17. Art. 2 van het reglement bepaalt dat «de advocaat, die als syndicus wil optreden, dit meldt aan zijn stafhouder». De Vlaamse Vereniging van Balies is ervan uitgegaan dat de advocaat «geen toelating» behoeft van de stafhouder of de orde om de uitoefening van de activiteit van syndicus te aanvaarden, maar slechts een *beperkte meldingsplicht* heeft (Stevens, J., Advies, o.c., p. 7, nr. 17).

In deze regeling schuilt het gevaar dat een advocaat in alle stilte een portefeuille van activiteiten van syndicus opbouwt, waarmee hij een voltijdse bezigheid verwerft. In wezen verschilt de aldus beoefende bedrijvigheid in geen enkel opzicht van een jurist die zich bij het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (hierna: B.T.V.) laat inschrijven om de vastgoedmakelaardij uit te oefenen. Zulks roept een dubbelzinnig situatie in het leven doordat, naargelang de gekozen beroepstitel, de ene onder het prudentieel toezicht komt van de orde van advocaten, de andere onder het B.I.V. wat een beroepsbeoefening met twee snelheden mogelijk maakt.

Ter illustratie: vanaf maart 1995, tijdstip van oprichting van het B.I.V., tot juni 1999 schreven zich bij het Instituut in:

- Nederlandstalige kamer:
 - op de lijst van de stagiairs: twee licentiaten in het notariaat, 64 licentiaten in de rechten en vier doctors in de rechten
 - op het tableau: twee licentiaten in het notariaat en veertien licentiaten in de rechten
- Franstalige kamer:
 - op de lijst van stagiairs: zes licentiaten in het notariaat, tweeëntwintig licentiaten in de rechten en elf doctors in de rechten
 - op het tableau: zeven licentiaten in de rechten en één doctor in de rechten.

VIII. Geen basisopleiding

18. Een tweede lacune in het reglement ligt hierin dat het toestaan van de activiteit van syndicus aan advocaten tot een *blote formaliteit* wordt herleid.

Zulks contrasteert met de regel dat nieuwe competenties gepaard moeten gaan met aangepaste opleiding: «à nouvelle profession, nouvelle formation» (Barthelemy, J.-L., «L'avocat nouveau n'est pas arrivé!», *J.C.P.*, 1996, *Doctrine*, nr. 3931, nr. 5). Dergelijke toegangsvoorwaarden werden wel gesteld aan de advocaat-scheidingsbemiddelaar. Het op 26 juni 1997 door de Belgische nationale orde van advocaten goedgekeurde reglement inzake de bemiddeling in familiézaken bepaalt inderdaad de condities waaronder een advocaat een accreditatie om te bemiddelen kan verkrijgen. Meer in het bijzonder dient hij niet alleen een professionele ervaring inzake familierecht aan te tonen, maar bovendien moet

hij met succes een *basisopleiding* hebben gevolgd (Brouwers, S., «Het juridisch statuut van de advocaat-scheidingsbemiddelaar», *R.W.*, 1998-99, 625).

Dit vereiste van prealabele vakbekwaamheid wordt niet aan de advocaat-syndicus gesteld. Het is blijkbaar voldoende dat hij de echtscheiding van een mede-eigenaar met succes heeft behartigd, om de nominatie van syndicus in de wacht te slepen. Daarin schuilt het latente gevaar voor onkunde en ondeskundigheid, voornamelijk omdat *de activiteit van syndicus van een flatgebouw* niet gelijkstaat met exclusief juridisch advies, maar *hoofdzakelijk betrekking heeft op administratief, boekhoudkundig en technisch beheer*.

19. De activiteit van syndicus van een flatgebouw vergt in realiteit een belangrijke *allesomvattende vooropleiding*. Daarbij kan men denken aan kwaliteiten die in ieder geval op het gebied van management liggen, aan commercieel inzicht, materiaalkennis benevens kennis van juridische regels aangaande het appartementsrecht en het splitsingsreglement (Verdoes Kleijn, G., «Benoeming van het eerste bestuur, professionalisering van het bestuur en publiekrechtelijk toezicht op het bestuur», in *Naar een vernieuwd appartementsrecht*, K.N.B., 1997, p. 118-119, nr. 7.61).

Een gemiddeld advocaat heeft tijdens zijn studie een beperkte economische en geen technische opleiding genoten, zodat hij in de voornaamste onderdelen van het appartementsbeheer niet geschoold is. Daardoor zal hij moeten rekenen op de competentie van anderen. Op die wijze verzeilt hij echter in *een van derden afhankelijke positie, wat zijn onafhankelijkheid* – één van de peilers van de deontologie – *in het gedrang brengt*.

IX. Het «tweehandtekeningvereiste»

20. Een bijkomende hindernis wordt opgeworpen door het zogenaamde «tweehandtekeningvereiste».

Hoewel de syndicus als enige aansprakelijk is voor zijn beheer (art. 577-8, 5, B.W.), is het bekend dat vele verenigingen van mede-eigenaars de syndicus met achterdocht benaderen, voornamelijk wat het beheer van de kasmiddelen van de vereniging betreft. Om die reden wordt vaak door de algemene vergadering het vereiste van de «dubbele handtekening» gesteld, inhoudende dat de syndicus verplicht wordt elk betalingsorder bijkomend door een van de mede-eigenaars te laten ondertekenen.

Het gebruik van de dubbele handtekening is niet verboden (Verslag Vandenbergh, *Parl.St.*, *Senaat*, 1993-94, nr. 712-2, p. 128-129; zie ook Vred. Aalst, 8 december 1998, *T.App.*, 1999, nr. 118). Het impliceert niettemin dat een advocaat-syndicus niet geheel zelfstandig kan handelen en als het ware onder de voogdij van de mede-eigenaars komt; zulks brengt een lelijke knauw in de onafhankelijkheid die bij de uitoefening van het beroep noodzakelijk is.

X. De kiesheid van het beroep, de complexiteit van de algemene vergadering

21. Art. 1 van het reglement bepaalt dat de advocaat-syndicus zich houdt aan de regels van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan het beroep ten grondslag liggen. Wie vertrouwd is met het appartementsbeheer, weet dat het toepassen van deze «golden rule» moeilijkheden oplevert in de praktijk. In het algemeen wordt aan de advocaat

partijdigheid toegedicht, in deze zin dat hij, beroepsmatig, één cliënt verdedigt en deze door de vuurlinie sleept. Om die reden wordt, blijkens een onderzoek van de Nederlandse Notariële Broederschap, de (doorsnee) advocaat geschetst als «drammerig en partijdig. Hij heeft een grote mond, is arrogant, blufferig, werkt met zijn ellebogen en heeft een enorm ego» (Gerver, P.H.M., «Notaris en advocaat», *N.J.B.*, 1995, p. 740, kol. 2).

Dit profiel staat haaks op de pathologie van de vereniging van mede-eigenaars en haar verhouding met de syndicus. De syndicus van een vereniging is het weliswaar toegestaan als executive «dringende en voorlopige maatregelen te nemen» (art. 577-8, § 4, 4°, B.W.); voor het grootste deel is de syndicus niettemin onderworpen aan de *beslissingen*, alsmede vaak de *dictaten* van de *algemene vergadering*.

In zijn mandaat schuilt, als noodzakelijke consequentie van de *macht* van de algemene vergadering, een «dociel» aspect (Vgl. Calfan, H., «Les fonctions du syndic de copropriété en rapport avec leur nature juridique», *J.C.P.*, 1979, *D.*, 2948, nr. 18, welke auteur spreekt van «un aspect 'servile', consistant à exécuter les instructions du propriétaire mandant»). Daarbij komt, in voorkomend geval, de bijzondere *controlebevoegdheid van de raad van beheer*. Het objectieve gelijk van de advocaat-syndicus zal in realiteit ondergeschikt worden aan de subjectieve beweegredenen van de organen van de vereniging.

Verschillen in draagkracht, belangentegenstellingen en versnipperde eigendomsstructuren kunnen er bijvoorbeeld toe leiden dat beslissingen over het onderhoud en het beheer niet of slechts zeer moeizaam totstandkomen (De Goe-de, G.R., «Notitie van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten», in *Naar een vernieuwd appartementsrecht*, K.N.B., 1997, p. 223, alin. 2). Een flink aantal verenigingen van mede-eigenaars voldoet op die wijze helemaal niet aan haar normale verplichtingen. De advocaat-syndicus belandt zodoende in een compromitterende situatie, omdat zijn *beleidsvrijheid teloor gaat*. Precies deze beleidsvrijheid is een essentiële voorwaarde voor het functioneren van de advocaat (Schepel, J., «Beleidsvrijheid en belangenvermenging», *Advocaatblad*, 1996, p. 84, sub conclusie).

22. De enige *correcte attitude* van de advocaat-syndicus is zich op «zakelijke wijze» te *verhouden tot de organen van de vereniging van mede-eigenaars*. Mochten bepaalde bedilzuchtige beslissingen tot gevolg hebben dat hij in zijn onafhankelijkheid wordt bedreigt, dan zal hij daaruit de consequenties moeten trekken en eventueel zijn ontslag indienen, wat overigens steeds mogelijk is, zoals hij ook *ad nutum* door de algemene vergadering ontslagen kan worden.

De advocaat zal er zich steeds bewust van moeten zijn dat, hoewel hij de functie van syndicus van een gebouw heeft aanvaard, hij in werkelijkheid advocaat is en blijft, zodat men van hem een *minimumstandaard van onafhankelijkheid en waardigheid* kan verwachten, onder controle van zijn stafhouder en raad van de orde (Stevens, J., *Advies*, o.c., p. 2, nr. 4). Wanneer men rekening houdt met de economische baten die een advocaat-syndicus bij zijn mandaat heeft, zal die beoordeling *in concreto* niettemin moeilijk zijn of zelfs helemaal niet worden gemaakt.

XI. Tarifiering

23. Een materie die in het reglement van de advocaat-syndicus helemaal niet is geregeld, betreft de tarifiering van de door de advocaat aangeboden diensten.

Men weet dat advocaten, bij wijze van partijbeslissing, de plichten van de andere partij, waaronder het honorarium, bepalen (Ronse, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 212-214; Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmerman, B., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, 365-366; Wéry, P., «Partijbeslissing» et règlement d'un concours, *J.L.M.B.*, 1997, 1525, nr. 3).

Het vaststellen van een honorarium wordt kwestieus wanneer de advocaat zijn staat niet kan baseren op een advies of een vordering, noch op het verkregen resultaat of de waarde van een geschil, maar op een door hem uitgeoefende *functie*. Het ligt voor de hand dat het aanrekenen van een uurtarief – en de elasticiteit die daaraan vaak te pas komt – op bezwaren bij de mede-eigenaars zal stuiten.

24. Met dit vraagstuk werd de werkgroep, die de studiedag over mede-eigendom, georganiseerd op 12 december 1997 door het Koninklijk Verbond van Vrede- en Politie-rechters, voorbereidde, geconfronteerd bij de behandeling van het statuut van de voorlopige syndicus. Meer in het bijzonder was de vraag aan de orde of een advocaat, architect, beëdigd landmeter-expert, e.d., aangesteld door de vrederechter als voorlopig syndicus, als een «gerechtsdeskundige» was te beschouwen. Het voordeel van die kwalificatie had tot gevolg dat de bij rechtsmacht aangestelde voorlopig syndicus het aantrekkelijke uurtarief van zijn eigen beroepsorde kon aanrekenen. Geconcludeerd werd dat de voorlopig syndicus «in se enkel en alleen het statuut van een syndicus heeft en aan al diens verplichtingen is gebonden. Hij is geen gerechtsdeskundige, al werd hij door de vrederechter aangesteld» (Verryck, E., o.c., 261).

25. Op welke vergoeding heeft een advocaat-syndicus dan recht? Onmiskenbaar op de in het vak «gebruikelijke tarieven» (Verryck, E., o.c., 264), d.w.z. op die van syndicus, niet op die van advocaat.

Het «gebruikelijke tarief» in de activiteit van een syndicus stemt overeen met een *forfaitaire basisvergoeding per «prive-gedeelte»* (Pollin, B., «Les aspects juridiques et financiers du contrat de syndicus», *Administrer*, juli 1998, p. 15, nr. 2.3.1.1). De aanrekening van dit basistarief volgt uit het feit dat de syndicus diensten verleent die hoofdzakelijk recurrent zijn: «La mission du syndic, comme toute prestation de service, consiste en du temps passé à exercer une activité immatérielle, plutôt de nature intellectuelle. Ceci étant, comme la gestion courante comprend un nombre très important d'activités récurrentes, il est impossible de proposer, pour sa rémunération, un prix au temps passé. Le critère traditionnellement admis en la matière est un prix forfaitaire annuel fondé sur le nombre de lots de copropriété. Cette méthodologie se défend tout à fait dans la mesure où le temps nécessaire pour gérer un immeuble est fonction de son importance et de celle de ses éléments d'équipement» (Pollin, B., o.c., *ibid.* 26). Bij gebreke aan een door de Vereniging van Vlaamse Balies voorgesteld referentietarief zal de advocaat-syndicus noodzakelijkerwijze moeten grasduinen in de professionele vastgoedmakelaarstarieven en deze toepassen, wat markant is (zie concreet: Timmermans, R., «Vastgoed-

makelaarstarieven», *T.App.*, 1996/4, p. 1 e.v.). Dit denkspoor wordt alleszins door een deel van de rechtspraak gevolgd. Zo bepaalde de Vrederechter van het tweede kanton Brugge, in overeenstemming met de gebruikelijke vastgoedmakelaarstarieven, het ereloon van een advocaat-syndicus op «300 fr., boven zijn materiële kosten, per appartement en per begonnen maand» (Vred. 2° Kanton Brugge, 26 oktober 1995, *T.App.*, 1997, nr. 32).

27. Het gecompliceerde van de tarifiering is bovendien dat voor elke vacature van syndicus zich verscheidene kandidaten aanbieden en verenigingen van mede-eigenaars offertes uitschrijven, ertoe strekkende door *selectie*, de beste kandidaat aan te nemen. Kandidaat-syndici worden om die reden zowel door *prijsopgave vooraf* als tot bikkelharte *prijsconcurrentie* en marketing gedwongen. Zonder schoffelen slaat een kandidaat-syndicus zelden een vis aan de haak. Het argument dat een advocaat het juridisch beter doet, verzeilt helemaal naar de achtergrond. Advocaat-syndici worden zodoende gedwongen zich aan economische wetten aan te passen. Het spreekt voor zichzelf dat de wervende methodes die in het vak van syndicus van flatgebouwen legio zijn, haaks staan op de dogma's die het advocatencorps doorgaans verdedigt.

XII. Briefwisseling

28. Het reglement bevat geen bepaling inzake briefwisseling tussen de «gewone» advocaat en de «advocaat-syndicus». Als principe geldt de deontologische norm dat de briefwisseling tussen advocaten *vertrouwelijk* is. In de praktijk zullen zich omstandigheden voordoen waarbij, in de preprocesuele fase, advocaten met mekaar in communicatie treden, de eerste om namens een cliënt de vereniging van mede-eigenaars naar aanleiding van een bepaald feit of een geschil aan te schrijven of in gebreke te stellen, de tweede om als orgaan van de vereniging hierop passend te repliceren.

De brief van de «advocaat-syndicus» kan gegevens bevatten die bedoeld zijn om op minnelijke wijze tot een oplossing bij te dragen; mag de «gewone» advocaat deze briefwisseling naderhand gebruiken voor de rechtbank en de aangeboden partiële schikking als verworven minimum declareren wanneer partijen niet tot een schikking zijn gekomen? Of is die correspondentie «*semi-vertrouwelijk*»? De kans is alleszins reëel dat de vereniging achteraf haar «advocaat-syndicus» zal verwijten de vertegenwoordigingsmacht te hebben overschreden wanneer de inhoud van een brief in haar nadeel werd geëxpliciteerd.

De discussie over wat wel en wat niet vertrouwelijk is, zou, specifiek voor deze aangelegenheid, opnieuw moeten worden gevoerd.

XIII. Briefhoofding

29. Niet geregeld is de kwestie of de advocaat-syndicus zijn *professioneel briefpapier* met dito hoofding kan blijven aanwenden in de uitoefening van zijn syndicusmandaat. Ten opzichte van de mede-eigenaars kan het gebruik van het advocaten-logo in briefwisseling bedreigend werken. Onder collega's kan onduidelijkheid ontstaan nopens de hoedanigheid waarin de advocaatsyndicus aanschrijft. De advocaat, die zich op de *hoedanigheid van syndicus* beroept, zal in ieder geval die kwaliteit *duidelijk* moeten laten *blijken*.

XIV. Procesvertegenwoordiging

30. Men weet dat voor advocaten de procespraktijk van groot belang is, omdat het proces functioneert als toetssteen voor hun adviezen (Quant, L.H.A.J.M., «Alles heeft zijn prijs», *N.J.B.*, 1994, 1379, kol. 1).

De procesgang van de advocaat-syndicus wordt echter enigszins gefnuikt, omdat hij voor de procespartij, de vereniging van mede-eigenaars, vooraf een actieve, zoniet doorslaggevende rol heeft gespeeld. In art. 4 van het reglement wordt een soort *zelfregulerende status* voor de advocaat-syndicus in het leven geroepen, waarbij hem de keuze wordt gelaten, naar omstandigheden, zelf voor de rechtbank te verschijnen, dan wel toch enige afstandelijkheid te bewaren en zich door een daartoe aangezochte confrater te laten vertegenwoordigen.

31. In de eerste hypothese treedt de advocaat op in zijn hoedanigheid van syndicus van de vereniging, niet als raadsman van de rechtspersoon. De advocaat-syndicus kan zich in dit geval niet op de prerogatieven van advocaat beroepen; hij is *eenvoudig een partij*, zij het een partij die een andere partij krachtens de Appartementswet vertegenwoordigt (Stevens, J., Advies, o.c., p. 4, nr. 10). Dit heeft tot gevolg dat de advocaat-syndicus *niet in toga* voor de rechtbank zal verschijnen; biedt de advocaat-syndicus zich op de rechtbank aan voor behandeling van diverse dossiers, waaronder een mede-eigendomsgeschil, dan zal hij de hermelijnen mantel in het laatstgenoemde geschil moeten afleggen.

32. De persoonlijke procesvertegenwoordiging door de advocaatsyndicus is nochtans geen evidente zaak. Het is immers in het appartementsrecht een universeel gegeven dat de syndicus optreedt als «*vertegenwoordigend orgaan*» van de *vereniging van mede-eigenaars*, niet als «*vertegenwoordiger*» van de *individuele mede-eigenaars* (Van Der Merwe, C.G., «Apartment Ownership», in *International encyclopedia of comparative law*, VI, Ch. 5, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, p. 150, nr. 358, alin. 3).

De beslissingen die in de notulen werden neergelegd, zijn bovendien vaak *meerderheidsbeslissingen*; de aanvechting in rechte is derhalve het werk van zogenaamde «*minderheids-eigenaars*». Wil de advocaat-syndicus zijn mandaat handhaven, dan zal hij voor de rechtbank de spreekbuis zijn van de meerderheid, nooit van de oppositionele mede-eigenaars. Er zal derhalve bijna steeds eigenbelang om de hoek komen kijken, niet het verenigingsbelang, zodat rechtstreekse tussenkomst voor de rechtbank niet gepast is, incassozaken uitgezonderd.

33. Art. 4 van het reglement bevat daarom een tweede hypothese, nl. de plicht van de advocaat-syndicus terug te treden wanneer hij persoonlijk in de zaak betrokken is of betrokken kan zijn. Met deze bepaling is bedoeld dat de advocaat moet vermijden dat hij ten processe niet enkel gemandateerde zou zijn, maar ook getuige, partij of beschuldigde (Stevens, J., Advies, o.c., p. 5, nr. 12).

Als syndicus is de advocaat bijna vanzelf getuige of partij, enerzijds door de perceptie van al datgene wat hij in het gebouw of op een algemene vergadering constateert of verneemt, anderzijds wegens zijn functie die meebrengt dat hij hoofdzakelijk nakoming moet eisen van de statuten en van het reglement van orde alsmede betalingen van mede-eigenaarsbijdragen, van aannemers, leveranciers, enz. Het past niet dat deze coërcitieve rol tot in de zittingszaak wordt ver-

lengd en dat standpunten naar voren worden gebracht die reeds in de algemene vergadering werden verdedigd.

Om enige afstandelijkheid te bewaren, is het daarom gepast dat de advocaat-syndicus zich door een daartoe aangezochte onafhankelijke confrater laat vertegenwoordigen (Stevens, J., *o.c.*, p. 5, nr. 12, *in fine*).

XV. Vermeende cliëntenrelatie

34. Art. 5 van het reglement bevat de bepaling dat de advocaat-syndicus, die de belangen van de vereniging behartigt, niet kan optreden voor een «partij die tegenpartij is of wordt van de gemeenschap van eigenaars waarvan hij syndicus is». Deze norm is conform de plicht tot terugtreding bij tegenstrijdigheid van belangen.

De tweede alinea van art. 5 van het reglement lijkt daarentegen te categorisch geformuleerd. Bepaald is dat de advocaat-syndicus, eenmaal dat zijn mandaat is beëindigd, evenmin kan «optreden voor of tegen de gemeenschap of een of meer van haar leden, wanneer hij in het kader van de uitoefening van zijn taak zou kunnen worden geconfronteerd met strijdige belangen i.v.m. zijn vroeger mandaat of met een mogelijke verdenking van inbreuk op het beroepsgeheim».

35. Men weet dat de vereniging van mede-eigenaars het rechtsverband is dat de wetgever van rechtswege over de gezamenlijke eigenaars van een flatgebouw gelegd heeft. Deze organisatievorm wordt daarom aangemerkt als een wettelijke vorm van dwangvertegenwoordiging (Storme, M.E., «Hoever reikt de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang, in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk?», *T.Not.*, 1996, 17).

Aan het eigendomsrecht zelf heeft de wetgever evenwel niet geraakt: noch de privé- noch de gemeenschappelijke gedeelten komen op naam van de vereniging van mede-eigenaars. De onroerende goederen blijven integendeel de volle eigendom van de mede-eigenaars.

Deze schizofrene toestand houdt in dat de raadsman van de vereniging niet *ipso iure* de raadsman van de individuele mede-eigenaars is; integendeel, de mede-eigenaars behouden zich het recht voor naar de algemene vergadering te komen met bijstand van een persoonlijke raadsman, inzonderheid een advocaat. Het verbod voor een uittredend advocaat-syndicus nog op te treden voor of tegen «één of meer leden» van de vereniging, bij tegenstrijdige belangen i.v.m. zijn vroeger mandaat of eventuele overtreding van zijn beroepsgeheim, lijkt om die reden te drastisch.

Niettemin zijn allerlei leuke denkoefeningen mogelijk, b.v.: mag een advocaat, gewezen syndicus van een flatgebouw, vaststellingen van overspel vorderen tegen een van de mede-eigenaars, daarenboven gebruik makend van de eigenaarsadministratie in zijn bezit, waaruit blijkt dat die mede-eigenaar zijn flat met een vriendin betreft?

XVI. Speciale derdenrekeningen

36. Art. 6 van het reglement stipuleert dat de advocaat-syndicus de gelden van de verenigingen van mede-eigenaars verhandelt via speciaal daarvoor geopende rekeningen, die afgescheiden zijn, zowel van zijn persoonlijke rekening als van de rekeningen van zijn kantoor, inbegrepen de derdenrekeningen. Deze regeling stemt overeen met art. 37 van de plichtenleer van vastgoedmakelaars, waarin de makelaar-

syndicus verplicht wordt voor «elke vereniging van mede-eigenaars» een «aparte bankrekening» te openen.

Met deze «aparte» of «speciale» rekening wordt onmiskenbaar een kwaliteitsrekening bedoeld. Een *kwaliteitsrekening* is een rekening waarbij, bij de tenaamstelling, wordt aangegeven dat de houder de rekening houdt in een bepaalde kwaliteit. De tegoeden op een dergelijke rekening blijven, wanneer bepaalde voorwaarden vervuld zijn, afgescheiden van vermogen van de rekeninghouder, zodat zij niet kunnen worden blootgesteld aan het verhaalsrecht van diens privé-schuldeiser (Dirix, E., «Kwaliteitsrekeningen: algemene inleiding en toepassingsgevallen», in *De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, K.U.L., 1998, p. 5, nr. 4).

37. Art. 6 van het reglement is derwijze geformuleerd dat de advocaat-syndicus *per beheid* gebouw een speciale rekening opent. Zulks vergemakkelijkt het aanleggen van een doorzichtige boekhouding en een klare exploitatierekening. De speciale rekening wordt te naam gesteld van de vereniging van mede-eigenaars, niet de advocaat-syndicus. Op deze rekening heeft de advocaat-syndicus exclusieve handtekeningbevoegdheid, behoudens wanneer door de algemene vergadering het tweehandtekeningvereiste werd ingevoerd.

De speciale rekening is te onderscheiden van de ten kantore gebruikte derdenrekeningen. Het belang van deze bepaling ligt hierin dat de interesten op gewone derdenrekeningen, per afspraak, aan de balie doorgestort worden, terwijl de interesten op kapitalen van de vereniging steeds voor de mede-eigenaars zijn, naar evenredigheid van hun aandeel in de gemeenschappelijke delen.

XVII. B.T.W.-plicht

38. De advocaat is tot dusver niet onderworpen aan de B.T.W. In deze positie komt geen verandering wanneer hij een mandaat van syndicus opneemt.

Bij aanschrijving nr. 13 van 20 september 1995 werd immers de oude aanschrijving nr. 27 van 5 februari 1971 m.b.t. het beheer van flatgebouwen vervangen door een nieuwe regeling. (B.T.W. Revue, september-oktober 1995, p. 889-898; Reynders, S., «De syndicus: juridische aspecten en B.T.W.-statuut», *A.F.T.*, 1996, 6881; Timmermans, R., «De B.T.W.-plicht van de syndicus», *T.App.*, 1996/2, p. 1 e.v.; Maus, M., «De fiscale implicaties van de wet van 30 juni 1994 tot wijziging en aanvulling van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de mede-eigendom», in *Het mede-eigendomsrecht geactualiseerd*, Brugge, die Keure, 1996, 169-175).

Voor de B.T.W.-administratie wordt een syndicus-natuurlijk persoon bij de uitoefening van zijn wettelijke of statutaire opdracht of bij de uitvoering van de beslissingen van de algemene vergadering, geacht op te treden als orgaan van de vereniging en dus niet zelfstandig te handelen; bijgevolg zijn de voorwaarden van art. 4, § 1, B.T.W.-Wetboek niet vervuld en is hij niet *B.T.W.-plichtig*.

XVIII. Geen verwijzing naar de vastgoedmakelaarsdeontologie

39. Het reglement van de advocaat-syndicus bevat slechts enkele summere technische bepalingen, zoals de verplicht-

ting tot onderschrijving van een passende aansprakelijkheidsverzekering.

Een volledige plichtenleer is daarentegen achterwege gebleven. Zulks contrasteert met het K.B. van 3 februari 1999 tot goedkeuring van het reglement van plichtenleer van het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (*B.S.*, 25 maart 1999), waarin een volledig hoofdstuk werd ingelast, inhoudende de «Specifieke verplichtingen van syndicus» (artikelen 35 tot 43). Deze bepalingen zijn bovendien aangevuld door richtlijnen van denationale raad van het B.I.V., waarin ruime aandacht is besteed aan een «Minimum lastenkohier betreffende de aansprakelijkheidsverzekering» en een «lastenkohier betreffende de financiële waarborg van gedeponeerde gelden» (voor bespreking, zie: Timmermans, R., *De nieuwe deontologie van de vastgoedmakelaar*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 143-156).

De Vereniging van Vlaamse Balies had het voorbeeld kunnen volgen van het Beroepsinstituut van Boekhouders, thans Beroepsinstituut van Boekhouders en fiscalisten, dat in haar reglement van plichtenleer van 23 december 1997 (*B.S.*, 29 januari 1998) in art. 20 verwijst naar de plichtenleer van de vastgoedmakelaar en deze particuliere regelen van toepassing verklaart op boekhouders die syndicus-activiteiten uitoefenen. Deze methode biedt het voordeel dat de consument met slechts één gedragscode rekening hoeft te houden; de *dispensie* van gedragsregels voor één vakgebied over verschillende codes werkt schimmig, tenzij men uit art. 2, derde lid, van het reglement («De advocaat blijft voor zijn professionele handelingen als syndicus onderworpen aan het tuchtgezag van zijn stafhouder en orde») deduceert dat de advocaat onder het disciplinair gezag van zijn orde blijft, maar de «normen» van de makelaardij worden gehanteerd.

XIX. Besluiten

40. De groeiende advocatendichtheid is de motor in het zoeken naar nieuwe markten. Een van de domeinen die de advocatuur blijkbaar wil betreden, is die van het professioneel uitoefenen van de activiteit van syndicus van een flatgebouw. Om dat doel te bereiken kan men twee paden bewandelen.

Het eerste, en meest voor de hand liggende, is het *aanbod* van *zuivere juridische dienstverlening* aan de vereniging van mede-eigenaars. Men zou deze dienstverlening kunnen vatten onder de term «*legal audit*» of periodieke juridische doorlichting van de cliënt (Vgl. De Bandt, J.P., «Efficiënte juridische dienstverlening aan het bedrijfsleven door de advocatuur», *R.W.*, 1974-75, 1991, nr. 5; Van Wijmen, P.C.E., «De legal audit», *Advocatenblad*, 1994, 381). Te denken valt aan: controle op de statuten van de vereniging, nazicht van de notulen van de algemene vergadering en het reglement van orde, redactie van contracten van syndicus, huisbewaarder, onderhouds- en bewakingspersoneel, advies over de grondrechten van eigenaars en huurders, opvolging van de omslag van voorschot- en definitieve bijdragen, controle van de exploitatierekening, advies m.b.t. de verzekeringsovereenkomsten, schadebehandeling en uitkeringen schadeperiodes, voorstel splitsing van de bijdragen tussen in- en uitredende mede-eigenaar in geval van vervreemding van een appartement, nazicht van de bouwvergunning van het gebouw, opvolging van bouwgeschillen, milieu-audit, waaronder bodemsanering, enz.

De Vereniging van Vlaamse Balies heeft gekozen voor een *tweede praktijkvorm*, inhoudende dat het de advocaat wordt toegestaan zelf de *uitvoerende bestuursfunctie* van de vereniging op zich te nemen. Het gaat om een gewaagde stap, omdat de advocaat zijn traditionele stek verlaat en, in plaats van het «legal», het «*paralegal*» tot opdracht kiest, d.w.z. permanent voor de vereniging allerlei gevarieerde klussen opknappen, ook niet-juridische.

De behandeling van deze nieuwsoortige opdracht vergt niet alleen een aangepaste spirit, maar ook een speciale kantoororganisatie, waaronder een geautomatiseerde boekhouding alsmede *call center* en *help desk*-diensten. De groei van cliëntèle zal bovendien noodzakelijkerwijze leiden tot inschakeling van bedienden, boekhouders en/of juristen in loondienst om met zorg de dagelijkse instroom van gegevens en vragen te verwerken en te behandelen. Het proces van verzakelijking van de advocatuur, dat al enige tijd aan de gang is, zal op die wijze worden versneld.

Niettemin zullen de ordes erop moeten toezien dat, door *gelijkschakeling*, het onderscheid tussen advocatuur en andere dienstverlenende beroepen niet geheel verdwijnt; bij gebreke hieraan zou wel eens kunnen blijken dat het reglement op de advocaat-syndicus de spreekwoordelijke doos van Pandora is geweest.

Roland TIMMERMANS

BIJLAGE: REGLEMENT VAN ADVOCAAAT-SYNDICUS

1. Advocaten kunnen als syndicus optreden voor de vereniging van mede-eigenaars in het raam van art. 577, 2 tot 577, 14 B.W., overeenkomstig de regels van waardigheid, rechtchapenheid en kiesheid die aan hun beroep ten grondslag liggen.

2. De advocaat die als syndicus wil optreden, meldt dit aan zijn stafhouder en doet blijken van een passende aansprakelijkheidsverzekering.

Het is de advocaat-syndicus toegelaten beperking van zijn aansprakelijkheid terzake de uitoefening van zijn taken te bedingen tot het bedrag van de verzekering die hij voor zijn mandaten dient af te sluiten.

De advocaat blijft voor zijn professionele handelingen als syndicus onderworpen aan het tuchtgezag van zijn stafhouder en orde.

3. In zijn verhouding tot de algemene vergadering van mede-eigenaars, de raad van beheer en derden m.b.t. de daden die hij als syndicus stelt, en de opdrachten die hem worden verstrekt, dient de advocaat blijk te geven van de onafhankelijkheid die kenmerkend is voor zijn beroep, en dient hij deze te verzoenen met de wettelijke bevoegdheden aan de bestuurs- en controleorganen van de vereniging van mede-eigenaars verleend.

Indien deze onafhankelijkheid niet voldoende gewaarborgd zou blijken, dient de advocaat-syndicus zich van zijn mandaat te ontdoen.

4. De advocaat-syndicus kan optreden voor de rechtbanken als vertegenwoordiger van de vereniging overeenkomstig art. 577, 8, § 4, B.W.

Hij treedt dan echter niet op als raadsman, maar als een gemandateerde van gemeen recht en moet gebeurlijk zijn mandaat bewijzen, ook t.a.v. zijn confraters.

Hij zal in elk geval niet voor de gemeenschap optreden en pleiten wanneer hij persoonlijk in de zaak is betrokken of betrokken kan zijn.

5. De advocaat-syndicus kan niet optreden voor een partij die tegenpartij is of wordt van de gemeenschap van eigenaars waarvan hij syndicus is.

Hij kan evenmin, eens dat zijn mandaat van syndicus is beëindigd, optreden voor of tegen de gemeenschap of één of meer van haar leden, wanneer hij in het raam van de uitoefening van zijn taak zou kunnen worden geconfronteerd met strijdige belangen i.v.m. zijn vroegere mandaat, of met een mogelijke verdenking van overtreding van zijn beroepsgeheim.

Deze verbodsbepalingen gelden ook voor de advocaten die met de advocaat-syndicus op enige wijze een vaste en verder uitgerichte vorm van samenwerkingsverband hebben of die van de advocaat-syndicus enige bezoldiging ontvangen.

6. De advocaat-syndicus zal er zorg voor dragen dat elke verhandeling van gelden voor de gemeenschappen van eigenaars, die hij als syndicus vertegenwoordigt, geschiedt via speciaal daarvoor geopende rekeningen, die afgescheiden zijn zowel van zijn persoonlijke rekeningen als van de rekeningen van zijn kantoor, inbegrepen de derdenrekeningen.

Deze bijzondere derdenrekeningen voor de mandaten als syndicus vallen onder de bevoegdheid en de controle van de orde overeenkomstig het reglement derdengelden van de algemene raad van de nationale orde van 19 januari 1989.

Goedgekeurd door de raad van afgevaardigden op 2 juni 1999

BOEKEN

C. BORMAN, **Het Statuut voor het Koninkrijk**, Studiepockets Staats- en Bestuursrecht, nr. 34, Deventer, Tjeenk Willink, 1998; XIII + 217.

«Het Statuut» is de constitutionele basisregeling van het Koninkrijk der Nederlanden dat bestaat uit drie «landen»: Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba. De staatsvorm van het Koninkrijk is – het klinkt de Belgische lezer ongetwijfeld vertrouwd in de oren – uniek en moeilijk in een bepaalde categorie onder te brengen. De auteur wil ze niet een federatie noemen en meent dat ze best wordt beschreven als een «constitutioneel samenwerkingsverband»,... «een staatsrechtelijk contract tussen zelfstandige landen.» (p. 23).

Het boek «Het Statuut voor het Koninkrijk» is een studiepocket in de eerste plaats bestemd voor de Nederlandse studenten. Het behandelt evenwel een onderwerp dat weinig bekend is en een ruimer publiek verdient. Belgische lezers kunnen er verscheidene aanknopingspunten in vinden om een vergelijking te maken met de Belgische federatie *sui generis*. De verschillen, op alle gebied, tussen de Caraïbische landen onderling en tussen hen en Nederland, zijn wel veel groter dan de verschillen die in België bestaan tussen de bevolkingsgroepen en gebiedsdelen, en men dient er bij de lezing van het Statuut en het boek terdege rekening mee te houden.

De auteur belicht bondig de geschiedenis en de ontwikkeling van het Statuut, de structuur van het Koninkrijk en de staatsinrichting van Aruba en de Nederlandse Antillen. Vervolgens behandelt hij de diverse onderdelen van de tekst van het Statuut in het licht van de praktijk die mede de betekenis en inhoud ervan heeft bepaald. Het boek sluit af met de tekst van het Statuut, een register op de artikelen van het Statuut die in het boek besproken zijn en een goed trefwoordenregister.

Belgische lezers zullen met een schokje van herkenning vernemen hoe, zoals de auteur van het boek het zo mooi uitdrukt, «... men zich heeft ingespannen aan het beginsel van gelijkwaardigheid van ongelijke partners uitwerking te geven. In wezen was dit een onmogelijke opgave [...] waarbij van het begrip van gelijkwaardigheid wel een aanzienlijke mate van elasticiteit wordt gevraagd.» (p. 21, tweede en derde alinea). Nochtans is het een feit dat de verwezenlijking van die «onmogelijke opgave», het Statuut, in feite werkt, net zoals de dikwijls eveneens onmogelijk geachte Belgische federatie...

Een vlot leesbaar, sober en duidelijk boek, ook voor Belgische lezers!

G. Craenen

H.-J. DE KLUIVER en J. WOUTERS (red.), **Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief. Vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht**, Antwerpen, Intersentia, 1998, 367 p.

Het gerecenseerde werk kwam tot stand in het raam van de Onderzoeksschool *Ius Commune*, die gebaseerd is op een samenwerking tussen de rechtsfaculteiten van de Katholieke Universiteit Leuven, de Universiteit Maastricht en de Rijksuniversiteit Utrecht op het terrein van het vennootschapsrecht. Het maakt deel uit van de boekenreeks *Ius Commune Europaeum*, waarin de gemeenschappelijke grondslagen in de rechtssystemen van de landen binnen de Europese Unie centraal staan.

Voorafgaand aan de eigenlijke bijdragen schetsen de redacteurs de Kluiver en Wouters, de doelstelling van de bundel: een vergelijkende beschouwing van Nederlands en Belgisch vennootschapsrecht, vanuit een perspectief van (een aantal van) de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Aangezien de Belgische en Nederlandse rechtsstructuren tegelijkertijd verwant en toch zo verschillend zijn, wordt vertrokken vanuit een beginselmattige benadering, die steeds wordt uitgewerkt tot concrete rechtsvragen.

De bijdragen in deze bundel zijn in drie groepen verdeeld: een eerste groep van bijdragen betreft de structuurbeginselen, vervolgens zijn er een aantal bijdragen gewijd aan de positie van de aandeelhouders en tot slot worden de beginselen die de positie van de bestuurders beheersen, nader belicht.

Een eerste reeks beschouwingen heeft betrekking op de zogenaamde «structuurbeginselen».

De spits wordt afgebeten door het thema betreffende de verhouding tussen het verbintenissen- en het vennootschapsrecht, waarbij nader wordt ingegaan op de juridische grondslag van de vennootschap. Vanuit een Nederlands «institutioneel» perspectief bepleiten de Kluiver en Koelmeijer een integrale – en geen marginale – toetsing van vennootschapsrechtelijk handelen aan redelijkheid en billijkheid. Laga daarentegen beklemtoont, in een pleidooi voor rechtseenheid, juist de samenhang tussen vennootschaps- en verbintenissenrecht.

Een tweede thema behandeld door Deneff en Hamers betreft de afgrenzing van rechtspersonen en (contractuele) vennootschappen ten opzichte van elkaar.

Het derde thema inzake structuurbeginselen gaat nader in op het identiteitsvereiste bij het handelen namens een vennootschap in op-richting. Van Beek en Tas komen tot het besluit dat het identiteitsvereiste als voorwaarde voor de rechtsgeldige overgang van rechten en plichten uit preconstitutie handelingen met bevrijding van de promotoren, niet te strikt dient te worden gehanteerd, tenzij voor de elementen die de solvabiliteit beïnvloeden.

Na de structuurbeginselen worden de beginselen rond de positie van aandeelhouders nader besproken.

Van Gerven stelt dat een vennootschap moet zijn aangegaan in het belang van alle vennoten die een gemeenschappelijk doel beogen. Uitgaande van de contractuele opvatting van de vennootschap en de kwalificatie van de gelijke behandeling als een contractueel recht, besluit hij dat een schending op het gelijkheidsbeginsel in beginsel niet kan gerechtvaardigd worden, tenzij door een wettelijke bepaling (waarvan hij er een aantal bespreekt) of een overeenkomst.

De tweede bijdrage in deze groep handelt over de gelijke behandeling van aandeelhouders naar Nederlands recht. Vletter-Van Dort

maakt een onderscheid tussen enerzijds de rechten en plichten wettelijk verbonden aan de aandelen en anderzijds de rechten en plichten die dat niet zijn en/of de persoon van de aandeelhouder betreffen.

Onvermijdelijk komen in een discussie over de gelijkheid van aandeelhouders, ook de stemovereenkomsten ter sprake. Hellemaans bespreekt eerst de evolutie van de Belgische wetgeving terzake, en gaat vervolgens nader in op de huidige stand van zaken, inzonderheid het door de wet van 13 april 1995 vernieuwde artikel 74ter Venn.W. In Nederland zijn de grenzen van de toelaatbaarheid van stemovereenkomsten zeer onduidelijk: wetgeving ontbreekt en de door de rechtspraak aangereikte criteria zijn vaag en weinig ontwikkeld. Koelmeijer verdedigt, na een rechtsvergelijkende verkenning, een aanpak gebaseerd op de redelijkheid en de billijkheid, met inachtneming van het belang van de vennootschap.

De positie van de aandeelhouders staat ook centraal bij de bespreking van de zelfstandige vorderingsrechten van de aandeelhouder voor schade aan het vennootschapsvermogen. Door die schade verminderen de aandelen in waarde, waardoor de aandeelhouders schade lijden in hun privaats vermogen. Aanknopingspunt is het bekende arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 2 december 1994 inzake Poot/ABP. Kroeze bespreekt deze problematiek naar Nederlands recht, terwijl Vananroye het Belgische recht terzake onderzoekt.

Een derde reeks bijdragen in de gerecenseerde bundel is gewijd aan *het bestuur van de vennootschap*.

Tilleman bespreekt de bestuurdersovereenkomst naar Belgisch recht en peilt hierbij naar de verbintenissenrechtelijke grondslagen van de bestuurdersovereenkomst, die hij, zij het met enige aanpassingen, kwalificeert als lastgeving. In Nederland is de rechtspositie van de bestuurder tweeslachtig: vaak kan de contractuele relatie tussen de gesalarieerde bestuurder en de vennootschap worden geduid als een arbeidsovereenkomst, wat de interne aansprakelijkheid van de bestuurders beïnvloedt. Wezeman onderzoekt in het bijzonder hoe die aansprakelijkheid wordt beïnvloed door een verdeling van de bestuurstaken onderling.

De problematiek van het tegenstrijdig belang van de bestuurders wordt door Geens en Schwarz behandeld, zowel op het niveau van de besluitvorming als m.b.t. de vertegenwoordiging.

Natuurlijk kon in deze bundel ook het «*corporate governance*»-debat niet uit de weg worden gegaan. In de bijdrage van Dorrestijn staat de Nederlandse structuurregeling voor grote vennootschappen centraal.

Wouters gaat na of de Nederlandse structuurregeling een mogelijke oplossing vormt voor het typisch Belgische fenomeen van de «referentie-aandeelhouder». Hij besteedt ook aandacht aan het concept van de autonome N.V., en haar opvolger «de vennootschap met autonoom beheer».

Als laatste in de rij behandelt Arts de verliesrekening voor de vennootschapsbelasting bij de overdracht en overgang van een onderneming in Nederland en België.

Besluitend kunnen we vaststellen dat het gerecenseerde werk de verdienste heeft de aandacht te vestigen op de beginselen die aan de concrete rechtsregels ten grondslag liggen. Dit aspect wordt in de huidige rechtsleer immers vaak ten onrechte verwaarloosd. Voorts biedt het geheel van de verschillende bijdragen een interessante binationale kijk (zonder evenwel de Europese regelgeving uit het oog te verliezen) op het vennootschapsrecht in Nederland en België. Van deze bundel mag dan ook worden gezegd dat ze in haar opzet is geslaagd en een waardevolle bijdrage heeft geleverd tot zowel een beter begrip van de aan het vennootschapsrecht ten grondslag liggende beginselen als tot de rechtsvergelijkende studie van het Nederlandse en Belgische vennootschapsrecht.

Kester Goh

P.J.J. VAN BUUREN, G.T.J.M. JURGENS en F.C.M.A. MICHIELS, **Bestuursdwang en dwangsom**, Deventer Tjeenk Willink, 1999, 220 p.

Dit boek handelt over de bestuursdwang en de bestuurlijke dwangsom in Nederland. Ofschoon het recht van België en Nederland inzake de privaatrechtelijke dwangsom geregeld wordt door eenzelfde normenstelsel – meer bepaald de eenvormige Beneluxwet op de

dwangsom, die in België werd omgezet in de artikelen 1385bis tot 1385nonies Ger.W. –, is het recht van onze noorderburen inzake de bestuurlijke dwangsom radicaal verschillend van het onze. Ook in België bestaat een bestuurlijke dwangsom, maar de term wordt bij ons gebruikt ter aanduiding van de dwangsom opgelegd door de Raad van State aan het bestuur, op grond van art. 36 R.v.St.-wet (zie daarover K. Wagner, «Commentaar bij art. 1385bis Ger.W.» in *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, en de verwijzingen aldaar).

De bestuurlijke dwangsom in Nederland heeft betrekking op een geheel ander fenomeen, meer bepaald een dwangsom die wordt verbonden aan een last door het bestuur zelf opgelegd aan de bestuurde. Bestuursdwang is het door feitelijk handelen door of middels een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten (art. 5:21 Algemene wet bestuursrecht). Een voorbeeld hiervan is het dichtspijkeren van een café dat geluidsoverlast veroorzaakt of het afbreken van een zonder vergunning opgericht bouwwerk. Bestuursdwang en dwangsom zijn de belangrijkste algemene bestuurlijke sancties in Nederland. Doelstelling van deze sancties is handhaving van bestuursrechtelijke normen. Bij bestuursdwang geschiedt de handhaving op rechtstreekse wijze, doordat de overheid zelf ingrijpt, of minstens aankondigt te zullen ingrijpen na het verstrijken van een bepaalde termijn tijdens welke de bestuurde de kans wordt geboden zelf te zorgen voor de naleving van de overtreden rechtsregel. Bij een dwangsom geschiedt de handhaving op indirecte wijze, doordat de bestuurde wordt aangezegd een bepaald bedrag te zullen verbeuren indien hij niet zelf zorgt voor rechtsherstel *in natura*.

Na een begripsomschrijving en situering van bestuursdwang en bestuurlijke dwangsom (hierna kortweg «dwangsom»), worden de wettelijke grondslagen voor bestuursdwang en dwangsom besproken. Vervolgens bespreken de auteurs op welke wijze het bestuur bestuursdwang- en dwangsom besluiten moet voorbereiden en hoe dergelijke besluiten moeten worden aangezegd. Na een bespreking van de bekendmaking en de inwerkingtreding van zulke besluiten, behandelen de auteurs de grenzen aan bestuursdwang en dwangsombevoegdheid. Daarbij wordt onderzocht welke invloed de belangenafweging, de mogelijkheid van gedogen, het gelijkheidsbeginsel, de bescherming van de opgewekte verwachtingen en rechtsverwerking kunnen hebben. Na de bespreking van de positie van derden, wordt besproken hoe bestuursdwang- en dwangsombesluiten ten uitvoer worden gelegd.

In het laatste hoofdstuk komt de rechtsbescherming van de bestuurde aan bod. Naast de rechtsbeschermingsprocedures, worden ook de gevolgen van uitspraken in een bodemgeschil voor bestuursdwang- en dwangsombesluiten onderzocht. Ten slotte bespreken de auteurs de bevoegdheidsverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, alsmede de mogelijkheden voor de bestuurde voor het verkrijgen van schadevergoeding van de overheid.

Het boek, dat nauwelijks meer dan 200 bladzijden telt, is verschenen in de reeks «Studiepockets staats- en bestuursrecht» van Tjeenk Willink. Gelet op zijn beperkte omvang, is het boek bedoeld als een eerste kennismaking, niet als een zeer grondige analyse van de materie. Jammer is dat geen voetnoten werden gebruikt. De auteurs verontschuldigen zich hiervoor in hun woord vooraf. Ze vermelden dat de keuze om niet met voetnoten te werken, maar de verwijzingen in de tekst zelf op te nemen, het gevolg is van een «dringend verzoek van de redactie». De redactie van de reeks Studiepockets staats- en bestuursrecht was van mening dat voetnoten de leesbaarheid geweld zouden aandoen. Het tegendeel is waar. De verwijzingen werden ook niet altijd tussen haakjes op het einde van de zin geplaatst, maar werden soms gewoon in de zin geïntegreerd. Gevolg is dat men stoot op weinig fraaie constructies als «In ABRvS 22 september 1997, JB 1997, 269, m.nt. R.J.G.H.S. (Schoonheidssalon Epe) draaide de rechter dit uitgangspunt om door te bepalen dat (...)» (p. 76). Verwijzingen opnemen in voetnoten in plaats van in de tekst verhoogt niet alleen de leesbaarheid, maar zet auteurs er ook toe aan om meer verwijzingen te vermelden, wat de bruikbaarheid van een werk voor de rechtspracticus slechts ten goede kan komen.

Kris Wagner

M. SCHELLEKENS, e.a., **Strafbare feiten op de elektronische snelweg**, Deventer, Kluwer, 1999, 353 p.

Het dertiende deel in de reeks «Informatietechnologie en recht» stelt het (Nederlandse) strafrecht en strafprocesrecht op de elektronische snelweg centraal. Het werk draagt geen «overkoepelende» titel, maar geeft op de kaft de titels weer van de drie onderdelen waaruit het werk bestaat. In het eerste deel («strafbare feiten op de elektronische snelweg») inventariseert en evalueert Maurice Schellekens van de Katholieke Universiteit Brabant de strafbepalingen in de Nederlandse wetgeving met het oog op recente ontwikkelingen in informatie- en communicatietechnologie, zoals de koppeling van computers tot netwerken. Het onderzoek heeft vooral betrekking op de vraag naar de actuele toepasbaarheid van de strafbepalingen die de belangen van personen, instellingen en bedrijven bij de opslag, verwerking en uitwisseling van gegevens beschermen. Naast de toetsing van een aantal «klassieke» misdrijven, zoals valsheid in geschrifte en oplichting, wordt tevens getoetst aan een aantal meer specifieke bepalingen, zoals art. 232 van het Wetboek van Strafrecht, dat specifiek handelt over valsheden met betaalpassen en waardekaarten, art. 326c van het Wetboek van Strafrecht, dat «flessentrekkerij in de telecommunicatie-sector» strafbaar stelt en het misdrijf «computervrederebreuk». De heer Schellekens concludeert dat wetgevende actie op een aantal terreinen nuttig is en bijkomend onderzoek met betrekking tot het aanbod van illegale diensten op het Internet ten stelligste aanbevolen is.

In het rapport «vertrouwelijkheid van e-mail» van de Vrije Universiteit te Amsterdam (Rik Kaspersen, André Hofman en Joop Verbeek) wordt onderzocht in hoeverre het bestaande wettelijke kader toereikend is om een moderne elektronische dienst als e-mail te bestrijken op de gebieden van strafrecht en strafvordering. Na een algemene inleiding besteden de onderzoekers aandacht aan zowel het grondrechtelijk als het wettelijk kader voor e-mail-diensten (*in casu* in het bijzonder de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen en het Wetboek van Strafrecht). De studie wijdt ook de nodige aandacht aan toekomstige wetgeving, in het bijzonder het wetsvoorstel Telecommunicatiewet en het voorontwerp van Wet Computercriminaliteit II. Het rapport wordt afgesloten met een aantal aanbevelingen ter aanvulling van de bestaande bepalingen van het strafrecht en strafprocesrecht die betrekking hebben op de kennisgeving van e-mail.

Joop Verbeek, Cyril van der Net en Jaap Tempelman (Universiteit Leiden) liggen aan de basis van het derde onderdeel van dit werk. In «netwerkwake in theorie en praktijk» wordt de bevoegdheid van de politie en justitie onderzocht om bij een huiszoeking gegevens in een elders gelokaliseerd geautomatiseerd werk, dat door middel van een netwerk met de plaats van huiszoeking is verbonden, te onderzoeken en vast te leggen. Deze bevoegdheid is in Nederland immers met de Wet Computercriminaliteit expliciet in aanvulling op de bestaande huiszoekingsbevoegdheid geformuleerd en is dus eveneens gekoppeld aan het gerechtelijk vooronderzoek. De auteurs besluiten dat de netwerkwakebevoegdheid eerder beperkt wordt gebruikt, voornamelijk om praktische, organisatorische en financiële redenen, alsmede een gebrek aan kennis binnen diverse geledingen van de gerechtelijke overheid. Bijzondere aandacht voor deze aspecten zou dan ook een toename in het gebruik van deze bevoegdheid in de hand moeten werken.

Dit dertiende deel in de reeks informatietechnologie en recht geeft een boeiend inzicht in de in Nederland toch verder uitgewerkte regelen met betrekking tot computercriminaliteit. Het werk is zonder enige twijfel uiterst nuttig vanuit rechtsvergelijkend perspectief, maar biedt eveneens een bron aan informatie voor de praktijkjurist die in België wordt geconfronteerd enerzijds met soortgelijke bepalingen uit het klassieke strafrecht en anderzijds met leemten die wellicht enigszins kunnen worden opgevuld op basis van de in het buitenland opgedane inspiratie.

Jeff Keustermans

MEDEDELINGEN

Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen - Samenstelling Raad van Beheer

De Raad van Beheer van de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen is voor het jaar 2000 als volgt samengesteld:

Voorzitter: D. Deschrijver.

Leden: P. Herroelen, T. Paelinck, P. Vanrietvelde, E. Lambrechts, P. De Roeck, J. Bonte, A. Decraene, P. du Bus de Warnaffe, D. Golsong, N. Maréchal, N. Seghers, F. Spanoghe, J. Tyteca, H. Vandewalle, H. Van Meerhaege, J. Winkin, J. Cattaruzza, V. Mignon, Ch.-A. van Oldeneel tot Oldenzeel.

Tijdschrift Voor Wetgeving - T.V.W.

Dit nieuwe maandelijks tijdschrift, dat gegroeid is uit de *Omnielegie*, biedt aan de hand van doctrinebijdragen en een commentaar op nieuwe wetgeving een eerste kennismaking met relevante nieuwigheden in de verschillende rechtstakken.

Inlichtingen en abonnementen: Uitgeverij Die Keure, Oude Gentweg 108, 8000 Brugge, tel.: 050/47.12.72, fax: 050/33.51.54 en e-mail: die.keure@pophost.eunet.be

Informatiezitting: Domeinnamen

Op 2 maart 2000 organiseert het VBO een informatiezitting betreffende domeinnamen op het internet.

Inlichtingen en inschrijvingen: VBO, Ravensteinstraat 4, 1000 Brussel, tel.: 02/515.08.57, fax: 02/515.09.85 en e-mail: mvd@vbo-feb.be.

Studienamiddagen: Nuttige tips voor contracten (herhaling)

De studienamiddagen die desbetreffend door het CBR worden georganiseerd op 11 en 18 februari (*R.W.*, 29 januari 2000, 60) zullen herhaald worden op 3 en 10 maart 2000.

Inlichtingen en inschrijvingen: CBR, mevr. P. Buyck, tel.: 03/820.29.38 en 03/820.29.08 en e-mail: pmabuyck@uia.ua.ac.be

Leerstoel migratie- en migrantenrecht

Deze leerstoel georganiseerd door het Antwerps Centrum voor Migrantenstudies (ACMS) in samenwerking met het Departement Rechten en CBR van UIA, de Rechtsfaculteit van UFSIA en de Stad Antwerpen gaat door tussen 7 maart en 16 mei 2000

Programma:

- 7/3/2000: Inleiding. Recente ontwikkelingen in het vreemdelingenbeleid
- 14/3/2000: Het gemeenschappelijk stelsel: de toegang, het verblijf en de vestiging
- 21/3/2000: Bijzondere categorieën vreemdelingen (deel 1)
- 28/3/2000: Bijzondere categorieën vreemdelingen (deel 2)
- 25/4/2000: Sancties en verwijderingen, de rechtsmiddelen
- 2/5/2000: Enkele actuele knelpunten
- 16/5/2000: Slot. Debat

Inlichtingen en inschrijvingen: CBR, mevr. P. Buyck, tel.: 03/820.29.38 en 03/820.29.08 en e-mail: pmabuyck@uia.ua.ac.be.

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Nieuw

REGISTER
RECHTSKUNDIG
WEEKBLAD

De cd-rom kan u zonder problemen installeren op een PC met Microsoft Windows 95, Windows 98 of Windows NT4, met ten minste een Pentium processor (75 Mhz) met 32 Mb RAM en toegang tot een cd-rom station.

De registers van het Rechtskundig Weekblad zijn nu ook elektronisch op **cd-rom** te verkrijgen: **RWe**

Deze cd-rom stelt iedere jurist in staat op een eenvoudige en efficiënte manier alle rechtspraak en doctrine gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad vanaf de jaargang 1988-1989 op te zoeken via verschillende al dan niet gecombineerde zoekcriteria, zoals:

- ... een uitgebreide trefwoordenlijst met verdere onderverdelingen, voorzien van een efficiënte thesaurus;
- ... een auteursregister met thesaurus;
- ... de datum van rechterlijke uitspraken;
- ... een lijst met rechtsinstanties;
- ... enz.

Op basis van de door u geselecteerde zoekcriteria krijgt u een overzichtelijk resultaatsscherm dat u onmiddellijk kan afdrukken.

De prijs van de cd-rom bedraagt **BEF 3.450** (inclusief 21% BTW), als abonnee ontvangt u de cd-rom voor slechts **BEF 1.950** (inclusief 21% BTW)

Bestelformulier

Bestelformulier terugsturen of faxen naar:

Intersentia NV, Churchilllaan 108,
2030 Schoten

Tel.: 03/680.15.50

Fax: 03/658.71.21

E-mail: mail@intersentia.be

Wanneer ik abonneer mij op:

☐ RWe als abonnee van het Rechtskundig Weekblad aan het voordeeltarief van BEF 1.950 en ontvang jaarlijks een geactualiseerde cd-rom

☐ RWe aan het tarief van BEF 3.450 en ontvang jaarlijks een geactualiseerde cd-rom

Naam:

Voornaam:

Firma:

BTW nr.:

Straat, nummer:

Postcode, woonplaats:

Datum:

Handtekening:

INTERSENTIA



BELGISCHE SENAAAT

Oproep tot de kandidaten voor een mandaat van lid niet-notaris van de benoemingscommissies voor het notariaat

De Senaat zal overgaan tot de benoeming van de leden niet-notarissen van de Nederlandstalige benoemingscommissie en de Franstalige benoemingscommissie voor het notariaat.

Samenstelling van de benoemingscommissies

Elke commissie bestaat uit acht werkende en acht plaatsvervangende leden als volgt verdeeld:

- 1° drie notarissen;
- 2° één geassocieerd notaris die geen titularis is;
- 3° één magistraat in functie gekozen uit de zittende magistraten van de hoven en rechtbanken en de magistraten bij het openbaar ministerie;
- 4° een docent of hoogleraar in de rechten aan een faculteit voor rechtsgeleerdheid van een Belgische universiteit, die geen notaris, kandidaat-notaris of geassocieerde notaris is;
- 5° twee externe leden met een voor de opdracht relevante beroepservaring.

Duur van het mandaat : 4 jaar

Benoemingsvoorwaarden voor de leden niet-notarissen

- Belg zijn;
- op het ogenblik van de benoeming de leeftijd van 63 jaar niet bereikt hebben;
- of magistraat zijn, of docent of hoogleraar in de rechtsgeleerdheid van een Belgische universiteit (zie hierboven), of een voor de opdracht relevante beroepservaring hebben.

Onverenigbaarheden

Het lidmaatschap van een benoemingscommissie is onverenigbaar met:

- een mandaat in de Nationale Kamer van Notarissen, in een kamer van notarissen, in een evaluatiecommissie of in een adviescomité;
- de hoedanigheid van procureur des Konings;
- een mandaat in de Hoge Raad voor de Justitie of in de Adviesraad van de magistratuur;
- een bij verkiezing verleend politiek mandaat.

Kandidaatstelling

De individuele kandidaturen moeten, op straffe van verval, ten laatste op 17 maart 2000, aan de voorzitter van de Senaat worden gericht bij een ter post aangetekende brief, op het volgende adres: De voorzitter van de Senaat, Senaat, 1009 Brussel. De kandidaturen moeten vergezeld zijn van de volgende documenten :

- een bewijs van nationaliteit;
- een uittreksel uit de geboorteakte;
- alle documenten ter staving van de hoedanigheid van magistraat, van docent of van hoogleraar aan een faculteit rechtsgeleerdheid van een Belgische universiteit, of een voor de opdracht relevante beroepservaring;
- een eensluidend verklaarde kopie van het diploma.

In hun brief vermelden de kandidaten in welke hoedanigheid (magistraat, docent/hoogleraar of extern lid) zij zich kandidaat stellen.

Voor bijkomende inlichtingen wordt verwezen naar de oproep verschenen in het Belgisch Staatsblad van 17 februari 2000.