

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

E. BREWAEYS, Het kennelijk onrechtmatig beroep bij de Raad van State 1517

V. PETITAT, De vordering tot staken tegen merkinbreuken mogelijk gemaakt 1523

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Handelspraktijken** – Vordering tot staken – Niet-toepasselijkheid op daden van naming inzake waren- of dienstmerken – Benelux merkenwet Arbitragehof 9 januari 2002 (*met noot*) 1529

Verjaring – Vijfjarige verjaringstermijn – Toepassingsgebied – Schuld waarvan het bedrag bepaald en in eenmaal terugbetaalbaar is – Terugvordering van onrechtmatig ontvangen bedragen Cass. 21 mei 2001 1531

Hof van assisen – 1. Overhandiging van processtukken – Geen substantiële noch op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit – 2. Vertonen van overtuigingsstukken – Begrip «Overtuigingsstukken» – Stukken die in beslag werden genomen – 3. Getuigen – a) Eedaflegging – Verhoor op verscheidene terechtzittingen – Blijvend onder eed – b) Verplichting tot afzondering – Geen substantiële noch op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit

Cass. 26 juni 2001 (*met noot van A. Vandeplas, «Over de overhandiging van de processtukken aan de jury»*) 1532

Vereffening en verdeling – Proces-verbaal van beweringen en zwarigheden – Neerlegging ter griffie van de rechtbank – Nieuwe beweringen en zwarigheden aangevoerd bij de rechtbank – Ontvankelijkheid – Overmacht

Cass. 29 november 2001 (*met noot van S. Mosselmans, «Over de (on)ontvankelijkheid van niet te gepasten tijde opgeworpen 'beweringen en zwarigheden' in het raam van een vereffening-verdeling»*) 1533

Vereffening en verdeling – Aanstelling notarissen – Eindbeslissing – Vervanging – Rechtspleging

Hof Brussel 17 januari 2000 (*met noot*) 1538

Vereffening en verdeling – Bevel tot verkoop – Aanstelling notarissen – Taak van de instrumenterende notaris – Eindbeslissing Hof Brussel 13 november 2001 (*met noot*) 1538

Huur – Woninghuur – Toepasselijkheid Woninghuurwet – Huurder vennootschap – Bestemming van het gehuurde goed tot woning van bestuurder van vennootschap

Rb. Brussel 10 april 2000 (*met noot*) 1539

Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Politierechtbank – Vervoermiddel – Vorkheftruck

Kh. Antwerpen 29 januari 2001 (*met noot van J. Laenens*) 1541

1. Geneeskundige verzorging en uitkeringen – Geneeskundige verstrekking – Verleend in het buitenland – Tegemoetkoming – Vereiste van voorafgaande instemming adviserend geneesheer – Overmacht – **2. Europees recht** – Vrij verkeer van diensten – Belemmering – Gevolg

Arbrb. Brussel 6 april 2001 (*met noot van F. Corveleyn, «Medische verzorging: grensoverschrijdende aspecten»*) 1542

Onrechtmatige overheidsdaad – Openbare wegen – Verharde sneeuw en ijs – Gemeente die nalaat bij herhaling bestrooiingswerken uit te voeren

Pol. Gent 15 maart 1999 1547

Europese rechtspraak in kort bestek

Vrij verkeer van werknemers – Verbod van nationaliteitsdiscriminatie – Horizontale werking

H.v.J. 6 juni 2000 en 3 oktober 2000 (*door J. Meeusen*) 1548

Vrij verkeer van goederen – Notificatierichtlijn – Verplichting tot uitstel van goedkeuring – Toepasselijkheid in burgerlijke procedures H.v.J. 26 september 2000 (*door J. Meeusen*) 1549

Vrijheid van vestiging – Verbod voor opticiens om bepaalde optische onderzoeken te verrichten

H.v.J. 1 februari 2001 (*door J. Capiau*) 1550

Mededinging – Verboden mededingingsbeperkende overeenkomst – Recht op schadevergoeding van partij bij overeenkomst

H.v.J. 20 september 2001 (*door Y. Montangie*) 1551

Non-discriminatiebeginsel – Burgerschap van de Unie – Verblijfsrecht voor studenten – Recht op bestaansminimum

H.v.J. 20 september 2001 (*door J. Capiau*) 1552

Gemeenschapsmerk – Onderscheidend vermogen – Merken die uitsluitend bestaan uit beschrijvende tekens of aanduidingen

H.v.J. 20 september 2001 (*door H. Vanhees*) 1553

B.T.W. – Economische activiteit – Holding – Beheer van dochterondernemingen – Inning van dividenden

H.v.J. 27 september 2001 (*door T. Wustenberghs*) 1553

Boeken

A. Verbeke, I. Peters, K. Christiaens en J. Byttebier, Voorrechten, hypotheek en andere zekerheden 1996-97 (*door A. De Wilde*) 1555

M. Huybrechts, E. Van Hooydonk en C. Dieryck (red.), Marine insurance at the turn of the millennium (*door H. Libert*) 1555

R. Barents, Arbeidsverhoudingen, Serie E.U.-wetgeving, rechtspraak en documentatie (*door W. Rauws*) 1556

Errata

Onrechtmatige daad – Oorzakelijk verband – Samenlopende fouten van verscheidene personen 1556

Verbintenis – Betaling van geldsom – Anatocisme 1556

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

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

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

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, A. De Wilde, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, L. Vandenbergh, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 123 €, Advocaten-stagiair: 115,50 €, Studenten: 73,50 €
Abonnementen worden automatisch verlengd, behoudens schriftelijke opzegging ten minste drie maanden vóór de uitgifte van het eerste nummer van de nieuwe jaargang

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.

Ernst & Young is één van de grootste adviesorganisaties voor bedrijven en instellingen in België. Onze activiteiten strekken zich uit over een veelheid van terreinen: revisoraat, accountancy, belastingadvies, interim-management, corporate finance.

Ernst & Young biedt dienstverlening op maat, zowel aan grote multinationale ondernemingen als aan kleine en middelgrote bedrijven. Uitgangspunten zijn het leveren van de toegevoegde waarde waar de cliënt om vraagt en het op creatieve wijze genereren van ideeën en oplossingen die tot positieve meetbare resultaten leiden.

Om ons intern juridisch departement (Brussel) te versterken, zijn wij op zoek naar een (m/v)

Assistant Legal Counsel

Uw functie

- U behartigt de wettelijke formaliteiten van de juridische entiteiten van de Groep (statuten, publicaties, verslagen en notulen, ...).
- U volgt de fusies en acquisities mee op.
- U coördineert de opmaak van commerciële contracten en huurcontracten en staat in voor de opvolging ervan.
- U beheert geschillendossiers.
- U volgt de relevante nieuwe wetgevingen of wetsontwerpen op en formuleert adviezen.
- U rapporteert aan de Legal Counsel van de Groep.

Ons aanbod

U krijgt de kans om uw capaciteiten te ontplooien in een gevarieerde job binnen een onderneming waar een jonge en dynamische sfeer heerst. U mag rekenen op een aantrekkelijk salarispakket.

Uw profiel

- U studeerde rechten.
- Een eerste werkervaring in vennootschaps- en contractenrecht vormt een bijkomende troef, maar is geen vereiste.
- U bent dertalig Nederlands/Frans/Engels.
- U bent contactvaardig en flexibel.

Interesse?

Stuur uw CV en brief naar TMP De Witte & Morel, t.a.v. Griet Jonckheere, Marcel Thirylaan 204, 1200 Brussel. Tel: 02/774 99 21, fax: 02/774 92 90, e-mail: hrs.brussels@tmp.com

HET KENNELIJK ONRECHTMATIG BEROEP BIJ DE RAAD VAN STATE

I. ALGEMEEN

1. In het *Belgisch Staatsblad* van 16 maart 2002 verscheen de wet van 17 februari 2002 tot beteugeling van het kennelijk onrechtmatig beroep bij de Raad van State. Er wordt in de gecoördineerde wetten op de Raad van State onder het (nieuwe) hoofdstuk IV «De geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep» een art. 37 ingevoegd. Deze bepaling luidt als volgt:

«Als, na inzage van het verslag of het aanvullend verslag van de auditeur, de Raad van State vindt dat een geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep verantwoord kan zijn, bepaalt het arrest daartoe een hoorzitting op een nabije datum.

«Het arrest wordt betekend aan de verzoeker en aan de tegenpartij.

«Het arrest dat de geldboete uitspreekt, geldt in elk geval als op tegenspraak gewezen.

«De geldboete gaat van 125 tot 2500 euro. Zij wordt geïnd overeenkomstig artikel 36, § 4.

«De opbrengst van de geldboete wordt gestort in het Fonds voor het beheer van de dwangsommen.

«De in het vierde lid vermelde bedragen kunnen door de Koning worden gewijzigd ingevolge de evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijsen.»

II. HET DOEL VAN DE WETGEVER

2. Oorspronkelijk was het de bedoeling de wet te betitelen als «de wet tot beteugeling van het tergend en roekeloos beroep bij de afdeling administratie van de Raad van State». De indiener van het wetsvoorstel, de heer S. Verherstraeten, verantwoordde zijn voorstel door te stellen dat de gerechtelijke achterstand met alle redelijke middelen moet worden bestreden en voorkomen. Volgens hem bestaat een van de oplossingen in doeltreffende sancties in geval van tergend en roekeloos geding. Hij refereert aan het Gerechtelijk Wetboek. Daarin werd reeds bij de wet van 3 augustus 1992 een art. 1072bis ingevoegd dat het misbruik van het recht op hoger beroep bestraft met een burgerrechtelijke geldboete. Ook kennen de hoven en rechtbanken sedert lang een schadevergoeding toe aan de partij die het slachtoffer wordt van een tergende en roekeloze vordering. Het was de bedoeling dat de Raad van State in de mogelijkheid zou worden gesteld om een «roekeloze pleiter» tot schadevergoeding te veroordelen en om daarnaast nog een geldboete op te leggen.¹ Het oorspronkelijke wetsvoorstel strekte ertoe de afdeling administratie van de Raad van State de mogelijkheid te geven naar gelang het geval aan een tussenkomende partij schadevergoeding toe te kennen of verzoeker een geldboete op te leggen wegens tergend en roekeloos beroep (art. 2 van het voorstel). Tegen de arresten inzake schadevergoeding en geldboete wegens tergend en

roekeloos beroep zou cassatieberoep kunnen worden ingesteld (art. 3 en 4).²

Na bespreking van het voorstel, het advies van de Raad van State en na het aannemen van diverse amendementen werd enkel de regel van de geldboete behouden. Met de toekenning van een schadevergoeding aan een tussenkomende partij wordt immers een geschil over burgerlijke rechten beslecht. Daarvoor zijn alleen de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht bevoegd (art. 144 van de Grondwet). Er kan daarentegen wel worden aangenomen dat de Raad van State bevoegd zou zijn om ten laste van de verzoeker een geldboete uit te spreken, indien ervan wordt uitgegaan dat het strikt genomen om een accessorium van de bewuste geschillenberechting gaat, net zoals de uitspraak over de kosten, en niet om een nieuw geschil als bedoeld bij de art. 144 en 145 van de Grondwet.³

3. In de parlementaire voorbereidingsstukken wordt uitdrukkelijk verwezen naar de regeling in het gerechtelijk privaatrecht, en meer bepaald naar art. 1072bis Ger. W., dat de mogelijkheid inhoudt een geldboete op te leggen wegens tergend en roekeloos hoger beroep.

III. HET GERECHTELIJK PRIVAATRECHT

A. Het tergend en roekeloos geding

4. Partijen in een privaatrechtelijk geding mogen geen misbruik van procesrecht begaan. Er is dan sprake van een «tergend en roekeloos» geding. Traditioneel wordt als criterium voor het procesrechtsmisbruik verwezen naar de zorgvuldigheidsnorm (art. 1382 B.W.). Misbruik van procesrecht heeft een algemene draagwijdte en is toepasselijk op alle proceshandelingen (met inbegrip van de rechtsmiddelen).⁴ Rechtsgedingen hebben tot doel de vrijwaring van de rechten van de burgers mogelijk te maken. Zij mogen van hun essentieel doel niet worden afgewend door het nastreven van kwaadwillige doeleinden waarbij wordt uitgegaan van de wil om te schaden. Het instellen van een rechtsvordering wordt evenwel pas een misbruik, als het een duidelijke fout is waaruit een boosaardige bedoeling of kwade trouw blijkt: een verkeerde beoordeling of een gebrek aan overleg is niet voldoende om te besluiten tot misbruik van het recht om in rechte op te treden of gebruik te maken van een rechtsmiddel.⁵

In bepaalde gevallen kan het instellen van het geding zelf, of van een bepaald rechtsmiddel, een fout uitmaken. De sanctie hierop is dan de toekenning van een schadevergoeding wegens «tergend en roekeloos geding». Van die mo-

² Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

³ Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

⁴ B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2001, p. 114-115.

⁵ A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, nr. 142.

¹ *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/011.

gelijkheid wordt uitdrukkelijk melding gemaakt in art. 563, laatste lid, Ger. W.: «Tegenvorderingen gegrond op het tergend en roekeloos karakter van een vordering worden gebracht voor de rechter voor wie deze vordering aanhangig is» (zie ook art. 620 Ger. W.).

Deze schadevergoeding wordt toegekend op verzoek van de verweerder. Zij wordt meestal bij wijze van tegeneis gevorderd en kan enkel worden toegekend als de daartoe vereiste bestanddelen voorhanden zijn: het instellen van de vordering moet een fout uitmaken in de zin van art. 1382 B.W., het procederen komt neer op het misbruik maken van het recht om in rechte op te treden.⁶ Art. 1072bis Ger. W. (wet van 3 augustus 1992) biedt deze mogelijkheid voor de rechter in beroep, die zelfs ambtshalve een geldboete wegens tergend en roekeloos beroep kan opleggen.

De rechtspraak oordeelde dat een partij, die halsstarrig een stelling blijft verdedigen die door een meerderheidsrechtspraak, waaronder die van het Hof van Cassatie, wordt verworpen, misbruik maakt van het recht om in rechte op te treden. Dit is het geval wanneer die uitoefening een gekarakteriseerde fout uitmaakt die voortvloeit uit een kwaadwillige bedoeling of die blijk geeft van kwade trouw.⁷ Een vordering die echter strikt juridisch ongegrond is, maar naar billijkheid verantwoord, kan niet als tergend en roekeloos worden bestempeld.⁸

B. Het tergend en roekeloos hoger beroep

5. Er is een duidelijke evolutie merkbaar: oorspronkelijk werd het begrip «tergend en roekeloos geding» gehanteerd om een privaatrechtelijke schadevergoeding toe te kennen aan de daardoor benadeelde procespartij. De geldboete is echter een soort schadevergoeding die aan de maatschappij moet worden betaald voor het vastgestelde misbruik van het gerechtelijk apparaat. In zijn advies over het voorstel dat de hierbesproken wet werd, drukte de Raad van State zich als volgt uit: «Wanneer de hoven en rechtbanken te maken hebben met een tergende of roekeloze vordering, kunnen ze aan de partij die daarvan het slachtoffer is schadevergoeding toekennen en, in sommige gevallen, een geldboete opleggen aan de partij die de vordering onrechtmatig heeft ingesteld. De strekking van die twee maatregelen dient nauwkeurig te worden onderscheiden. De eerste maatregel heeft tot doel het geldelijke of morele nadeel te vergoeden dat een partij door de schuld van de andere partij ondervindt. De geldboete heeft tot doel het onrechtmatige gebruik van de openbare dienst van de rechtsbedeling te bestraffen, waarbij de rollen overbelast worden met onrechtmatige vorderingen die de gerechtelijke achterstand nog vergroten.»⁹

6. Wanneer de rechter in hoger beroep het hoofdberoep afwijst, doet hij in dezelfde beslissing uitspraak over de eventueel gevorderde schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep. Indien daarenboven een geldboete wegens tergend en roekeloos hoofdberoep verantwoord kan

zijn, wordt bij dezelfde beslissing een rechtsdag bepaald op nabije datum, waarop alleen dit punt zal worden behandeld. De griffier roept bij gerechtsbrief de partijen op om te verschijnen op de rechtsdag (art. 1072bis Ger. W.).

Het Arbitragehof oordeelde dat het feit dat voor de rechtbanken het tergend en roekeloos karakter van het hoger beroep kan worden bestraft, inzonderheid door de mogelijkheid een onrechtmatig hoger beroep te bestraffen met een boete, terwijl het zich onrechtmatig wenden tot andere openbare diensten niet wordt bestraft, niet strijdig is met de grondwettelijke beginselen inzake gelijkheid en niet-discriminatie. Het is gerechtvaardigd dat het zich onrechtmatig wenden tot het gerecht strenger wordt beteugeld dan ten opzichte van andere openbare diensten, daar deze vorm van misbruik bijzonder aan het toenemen is.¹⁰

Bij het bepalen van het bedrag van de geldboete moet rekening worden gehouden met de reële kosten die een dergelijke tergende en roekeloze procedure teweegbrengt voor de samenleving.¹¹

Tergend en roekeloos is het hoger beroep dat wordt ingesteld door wie duidelijk wist of had moeten weten dat het ongegrond was¹² of dat er alleen op gericht is uitstel van veroordeling te verkrijgen.¹³

De gedraging van een partij die hoger beroep aantekent niettegenstaande onmiddellijk bleek dat dit beroep geen kans op slagen had, die bovendien vertragsmanoeuvres toepast door hoger beroep in te stellen de dag vóór het verstrijken van de wettelijke termijn en nalaat spoed te zetten achter haar procedure, kan een grond zijn om een boete wegens tergend en roekeloos hoger beroep op te leggen.¹⁴

Het Hof van Beroep te Gent drukte zich als volgt uit: «Zo een partij in principe het recht heeft om beroep aan te tekenen tegen een vonnis, in zoverre daartegen geen wettelijke beletsels bestaan, moet de roekeloze uitoefening van dit recht als een ernstige fout gelden. In een maatschappij die slechts beperkte middelen wil besteden aan de rechtsbedeling, kan niet worden aangenomen dat een partij op een lichtzinnige wijze gebruik zou maken van de mogelijkheden die door de wet worden geboden. Door aldus te handelen draagt eiseres in beroep immers bij tot de sociale plaag van de gerechtelijke achterstand en ontnemt zij aan rechtzoekenden met meer gefundeerde aanspraken de mogelijkheid om binnen een normale termijn hun recht te verkrijgen.»¹⁵

Het hoger beroep is een rechtsmiddel dat behoort tot het arsenaal van de middelen van verdediging. Dit is niet het geval wanneer het dilatoir is, getuigt van verregaande lichtzinnigheid en kwaadwilligheid waarvan ieder voorzichtig en behoedzaam mens zich dient te onthouden, ge-

¹⁰ Arbitragehof, nr. 69/93, 29 september 1993.

¹¹ Brussel, 20 december 1994, *P & B* 1995, 55.

¹² Brussel, 13 september 1994, *R.W.* 1995-96, 191; Rb. Mechelen, 20 april 1999, *R.W.*, 1999-2000, 371 met noot P. BUELENS, «De burgerlijke geldboete gemeten aan het beschikkingsbeginsel: een delicate oefening».

¹³ Antwerpen, 25 oktober 1994, *R.W.* 1995-96, 192.

¹⁴ Bergen, 3 november 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1504, met noot Ch.P.

¹⁵ Gent, 14 januari 1997, *R.W.*, 1998-99, 1122.

⁶ P. Taelman, «Gebruik en misbruik van procesrecht», *T.P.R.*, 1988, p. 90.

⁷ Vred. Verviers, 23 oktober 1992, *R.G.A.R.*, 1996, nr. 12.643.

⁸ Arbh. Antwerpen, 14 september 1983, *R.W.*, 1984-85, 2483, met noot M. VAN HOECKE.

⁹ Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

tuigt van een gebrek aan ernstige middelen of stoelt op pertinent onjuiste feiten.¹⁶

Met de goedkeuring van artikel 1072bis Ger. W. heeft de wetgever het kennelijk misbruik van het hoger beroep willen bestraffen. Het doet immers afbreuk aan een goede rechtsbedeling in het algemeen, en dit ongeacht of de geïntimeerde een eis tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep heeft ingesteld of niet. Voor zover die boete tot doel heeft de schade aan de rechtsbedeling in het algemeen te herstellen, kan zij worden uitgesproken wanneer de appellant met zijn hoger beroep geen zaak tracht te verdedigen die hij terecht juist en gegrond acht, maar het gerechtelijk apparaat te kwader trouw aanwendt, meer bepaald om de afloop van het geding, dat voor hem noodzakelijkerwijze fataal zal zijn, te vertragen of om zijn tegenstander rechtstreeks schade toe te brengen.¹⁷

De wetgever heeft aldus het kennelijk misbruik willen bestraffen dat wordt gemaakt van de mogelijkheid om zich tot de appelrechter te wenden, aangezien de rechtsbedeling in het algemeen daardoor wordt benadeeld, onafhankelijk van alle vorderingen tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep van de geïntimeerde.¹⁸

C. Wraking en verhaal op de rechter

7. De wet van 10 juni 2001 die art. 838 Ger.W. heeft aangevuld, voorziet eveneens in de mogelijkheid een geldboete op te leggen wanneer een kennelijk onontvankelijk verzoek tot wraking van een rechter wordt ingediend.¹⁹

Indien de wraking is verworpen, mag de rechter, indien daartoe redenen zijn, schadevergoeding vorderen van de partij die het verzoek heeft ingediend (art. 840 Ger.W.). Wanneer een verhaal op de rechter niet toelaatbaar of ongegrond wordt verklaard, wordt de eiser veroordeeld tot schadevergoeding aan de magistraat en de partijen indien daartoe grond bestaat (art. 1146 Ger.W.).

D. Historische precedents

8. De regeling van de wet van 3 augustus 1992 die art. 1072bis in het Gerechtelijk Wetboek heeft ingevoegd, was niet volledig origineel. Er bestond immers een historisch precedent. De wet van 14 en 16 augustus 1790 bepaalde dat de appellant wiens hoger beroep ongegrond werd verklaard tot een geldboete werd veroordeeld. De opbrengst van deze geldboeten werd gebruikt ten gunste van de «bureaux de jurisprudence charitable». Ook art. 559 van de Franse *Code de procédure civile* bevat de mogelijkheid tot het opleggen van een geldboete in geval van «appel dilatoire ou abusif». In een aanbeveling van 28 februari 1984 suggereerde de Raad van Ministers van de Raad van Europa een sanctiesysteem wanneer een procedure manifest ongegrond is of wanneer een procespartij de proceduremiddelen en -handelingen gebruikt met het hoofddoel ze te vertragen.²⁰

¹⁶ Arbh. Antwerpen, 7 november 1994, *J.T.T.*, 1995, 414, met noot.

¹⁷ Luik, 23 februari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 298.

¹⁸ Luik, 27 juni 1995, *J.T.*, 1996, 63; *R.R.D.*, 1995, 362.

¹⁹ Voor een toepassingsgeval, zie: Cass., RC 02134-1, 3 januari 2002.

IV. DE AARD VAN DE PROCESSUELE GELDBOETE

9. In het gerechtelijk privaatrecht wordt de geldboete wegens tergend en roekeloos beroep beschouwd als een «burgerlijke geldboete».²¹

Ook de indiener van het wetsvoorstel heeft uitdrukkelijk gezegd dat de door de Raad van State op te leggen geldboete een civiele boete is. Er worden geen opdecieën op toegepast, omdat die overeenkomstig art. 1 van de wet van 5 maart 1952 alleen gelden voor strafrechtelijke geldboeten.²²

De huidige regeling kan echter bezwaarlijk als een burgerlijke geldboete worden beschouwd, al was het maar omdat de Raad van State inzake burgerlijke rechten en verplichtingen over geen rechtsmacht beschikt. Men kan te dezen moeilijk spreken over een «administratieve geldboete», om elke terminologische verwarring te vermijden met die welke wordt beheerst door de wet van 30 juli 1971 betreffende de administratieve geldboeten in geval van inbreuk op sommige sociale wetten.

V. DIVERSE PROBLEMEN

A. Het recht op toegang tot de rechter

10. In zijn advies onderzocht de Raad van State²³ of het systeem van de ambtshalve geldboete geen belemmering kon zijn van het recht op toegang tot de rechter, als gewaarborgd door art. 6 E.V.R.M.: «De Europese Commissie voor de rechten van de mens heeft het volgende oordeel uitgesproken over de vraag of een door de Raad van State van Frankrijk opgelegde geldboete wegens onrechtmatig beroep niet in strijd is met art. 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens:

«La Commission observe que l'article 6 n'interdit pas aux Etats contractants d'édicter les réglementations régissant l'accès des justiciables à une juridiction de recours, pourvu que ces réglementations aient pour but d'assurer une bonne administration de la justice. La réglementation relative à la saisine d'une juridiction de recours vise assurément la bonne administration de la justice;

«La réglementation contestée en l'occurrence est celle qui, en matière de recours jugé abusif, autorise la juridiction administrative à condamner la partie qui succombe à une amende qui ne saurait excéder 10.000 francs. Il s'agit là d'un système similaire à ceux en vigueur dans d'autres Etats contractants, et dont le but est de se prémunir contre des plaideurs téméraires, assurant ainsi une bonne administra-

²⁰ J. VAN COMPERNOLLE, «Het hoger beroep» in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1992, p.175, nr. 21.

²¹ Arbitragehof, nr. 34/99, 17 maart 1999, *R.W.*, 2000-01, 209; P. LEMMENS en A.S. MAERTENS, *Comm. Ger.*, art. 1072bis, p. 4, nr. 8; zie over de civielrechtelijke geldboeten: C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, III, Gent, Story Scientia, 1976, nr. 1782.

²² *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/1.

²³ Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

tion de la justice en évitant de la sorte l'engorgement du rôle des juridictions, source d'allongement des procédures;

«Par ailleurs, une autre question pourrait se poser si le montant exigé de l'intéressé était tel qu'il constituerait une réelle entrave à l'accès aux tribunaux (...).»²⁴

Inzake de sancties wegens tergend en roekeloos beroep in het gerechtelijk privaatrecht overwoog het Arbitragehof, naar aanleiding van een prejudiciële vraag over het (toenmalige) art. 136 Sv. (ambtshalve schadevergoeding opgelegd aan de burgerlijke partij wier beroep tegen een beslissing van de raadkamer wordt verworpen), dat het instellen van hoger beroep volkomen rechtmatig is wanneer het rechtsmiddel strekt tot de vrijwaring van een beschermenswaardig belang, met name de hervorming of vernietiging van een nadelige rechterlijke uitspraak op grond van ernstige grieven. Alleen bij kennelijk misbruik van de mogelijkheid om zich tot de appèlrechter te wenden, bijvoorbeeld wanneer het beroep lichtzinnig wordt ingesteld of met een zuiver dilatoir oogmerk, kan schadevergoeding worden opgelegd.²⁵

B. De onpartijdigheid van de rechter

11. De Raad van State wees erop dat het systeem wel eens problemen inzake onpartijdigheid van de rechter kon meebrengen. «Of de onpartijdigheid wordt gevrijwaard zou in twijfel kunnen worden getrokken indien de kamer van de Raad van State zelf de kwestie van het onrechtmatige beroep aanvoert. Dat probleem zou nochtans kunnen worden ondervangen door de auditeur-rapporteur ermee te belasten zich in zijn verslag tegen de verzoekende partij te beroepen op de bepalingen van de ontworpen wet.»²⁶

De wetgever heeft met deze waarschuwing geen rekening gehouden, maar het systeem van art. 1072bis Ger. W. overgenomen: de rechter kan ambtshalve beslissen tot een geldboete.

Het kan niet worden ontkend: de wetgever heeft de neiging om de rechter de taak te geven verscheidene malen in de loop van de procedure, en zelfs nadien, partij te kiezen. Eigenlijk zal de rechter zich hier tweemaal moeten uitspreken: een eerste maal wanneer hij zijn vonnis over de grond van de zaak velt, een tweede maal wanneer hij meent dat bovendien een geldboete wegens tergend en roekeloos, of kennelijk onrechtmatig beroep moet worden uitgesproken.

²⁴ E.C.R.M., 2 juli 1991, inzake Sté Les travaux du Midi t/ Frankrijk, verzoekschrift nr. 12275/86, *A.J.D.A.*, 1991, 809, met noot van J.-F. FLAUSS en J.-P. PIETRI. In dezelfde zin, in verband met de vraag of regelingen om door middel van financiële of andere belemmeringen het instellen van ongegronde beroepen te ontraden niet in strijd is met art. 6 E.V.R.M.: E.H.R.M., 2 maart 1987, inzake Monnell en Morris, Série A, nr. 115; E.H.R.M., arrest van 13 juli 1995, inzake Tostoy Miloslavsky t/ Verenigd Koninkrijk, Série A, nr. 316-B. Zie in dit verband J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, uittreksel uit de *R.P.D.B.*, *Complément*, VII, Brussel, Bruylant, 1990, p. 406, nr. 461; O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, «Internement d'aliénés, assistance judiciaire et politique budgétaire des droits de l'homme», *Complément*, *A.P.T.*, 1998, p. 247-248 (in verband met de zaak Aerts van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens).

²⁵ Arbitragehof, nr. 34/99, 17 maart 1999, *R.W.*, 2000-2001, 209.

²⁶ Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

Men neemt aan dat in het systeem van het Gerechtelijk Wetboek de appellant niet de wraking kan vragen van de magistraten die een toepassing hadden gemaakt van art. 1072bis, tweede lid, Ger. W. onder het voorwendsel dat zij, door de partijen te verzoeken zich nader te verklaren aangaande een gebeurlijke veroordeling tot een boete wegens tergend of roekeloos beroep, hun onpartijdigheidsplicht zouden hebben geschonden door tegenover de appellant een ongunstig standpunt in te nemen, waarbij diens rechten op verdediging zouden worden geschonden. De boete wegens tergend of roekeloos beroep, die werd ingevoerd door art. 1072bis, tweede lid, Ger.W. en die een burgerrechtelijke boete is, slaat op de schade veroorzaakt aan de rechtsbedeling en is dan ook onderscheiden van het eigenlijke nadeel dat aan de geïntimeerde wordt veroorzaakt. Het bestaan van een debat in verband met die boete vereist geen initiatief van de geïntimeerde in de hoofdzak, zulks in tegenstelling tot de vorderingen tot schadevergoeding wegens een tergend of roekeloos beroep, maar valt onder de bevoegdheid van de appèlrechter, bij wie de zaak ambtshalve aanhangig wordt gemaakt in geval van verwerping van het hoofdberoep. Door zich strikt aan de wet te houden en door de boete als een eventualiteit te beschouwen, hebben de magistraten hun oordeel in dat verband voorbehouden en hebben zij aan de appellant de mogelijkheid gelaten naar aanleiding van een later specifiek debat zijn verklaringen af te leggen. Door aldus te handelen, in overeenstemming met de wet, wordt niet aangetoond dat de magistraten in verband met de boete wegens tergend of roekeloos beroep zouden hebben getuigd van een laakbare vooringenomenheid, zodat de eis tot wraking niet gegrond is.²⁷ Toch blijft het systeem eigenaardig: de geldboete wordt ambtshalve opgelegd. De rechter is dus eigenlijk zowel «vervolgende» als «veroordelende» instantie. Die cumulatieve van beide functies werd door het E.H.R.M. veroordeeld.²⁸ Het wringt ook ergens dat de rechter zich eerst een oordeel vormt over de noodzaak om een geldboete op te leggen, en dan de betrokken partij uitnodigt om zich daaromtrent te komen verantwoorden. De rechter heeft zich als het ware reeds voordien uitgesproken over de grond van de zaak (het opleggen van de boete).

C. Gevaar voor juridische stagnatie?

12. Het risico dat bij het einde van het geding een geldboete wordt opgelegd aan de «roekeloze» pleiter, zal sommige procespartijen ertoe aanzetten bijzonder voorzichtig te zijn, zeker wanneer men tegen de stroom van de «vaste rechtspraak» wil oproeien. Wie enige ervaring heeft met de rechtsbeoefening weet dat, ook in dit domein, alles zeer relatief is. Wat vroeger als een juridische evidentie werd ervaren, is het soms vandaag niet meer. Rechtspraak evolueert, wordt «verfijnd», zoals men het soms eufemistisch zegt. Wie vandaag een beslissing van een vrije onderwijsinstelling voor de Raad van State instelt, riskeert dat wordt gezegd dat zijn beroep kennelijk onontvankelijk is. Wie voor enkele jaren het tegendeel zou hebben beweerd, zou bestempeld geweest zijn als een juridisch onderontwikkelde. Voorbeelden zijn legio.

²⁷ Rb. Nijvel, 3 maart 1998, *J.L.M.B.*, 1998, 735.

²⁸ J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, nr. 551.

Dit besef moet de rechter tot enige terughoudendheid aanzetten bij het hanteren van het geweer van de ambtshalve geldboete.

VI. DE PROCEDURE

13. De procedure die moet worden gevolgd wanneer de geldboete zou kunnen worden opgelegd, is zeer rudimentair uitgewerkt. Nochtans had de Raad van State in zijn advies daarvoor reeds gewaarschuwd: «In ieder geval is de redactie van de amendementen niet bijster goed afgestemd op de geschillenberechting in administratieve zaken. Wat wordt precies verstaan onder «bepaling van een hoorzitting op een nabije datum»? Betekent dit dat de partijen nieuwe memories zullen moeten indienen en de auditeur een nieuw verslag zal moeten opstellen? Of zal de procedure gewoon mondeling verlopen? Wat wordt verstaan onder de bepaling dat het arrest geldt als op tegenspraak gewezen? Als het gewoon de bedoeling is te beletten dat er verzet ingediend wordt, volstaat het dan niet de artikelen 40 en volgende van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot bepaling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State te wijzigen? Wat wordt verstaan onder hoofdberoep? In de verantwoording van amendement nr. 1 van de regering wordt verwezen naar de artikelen 16 en 16bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, maar in die bepaling wordt geen gewag gemaakt van enig beroep. Bovendien rijst de vraag of, zodra de kernpunten van de procedure vastgelegd zijn in de gecoördineerde wetten, overeenkomstig artikel 160 van de Grondwet, artikel 30 van de gecoördineerde wetten niet moet worden gewijzigd om de Koning in staat te stellen de andere onderdelen van die procedure vast te stellen?».²⁹

Wanneer de Raad van State oordeelt dat een geldboete zou kunnen worden opgelegd, wordt een hoorzitting bepaald op een nabije datum. Hier rijzen een aantal vragen. Enkele daarvan werden reeds gesteld in dit advies van de Raad van State. Is er een auditoraatsverslag, moeten er memories worden ingediend omtrent de uit te spreken geldboete?

Zal de Raad van State na die hoorzitting enkel nog het bedrag van de boete kunnen vastleggen, of kan het (tweede) arrest beslissen dat, ondanks het oordeel van het eerder gewezen arrest, toch geen boete wordt opgelegd? Die laatste oplossing lijkt de voorkeur te genieten. De wet zegt immers dat de Raad van State in het eerste arrest «van oordeel is dat een geldboete verantwoord kan zijn». Die vaststelling lijkt een navolgend oordeel, zelfs over het principe van de boete, onverkort te laten. Tijdens de aldus vastgestelde hoorzitting kan de «beschuldigde» verzoeker zich verdedigen, en de Raad trachten te overtuigen om toch geen geldboete op te leggen.

De wet zegt wel dat de beslissing, waarin de mogelijkheid van een sanctie wordt gesuggereerd, een arrest moet zijn. Meestal zal dit het arrest zijn over de zaak zelf, maar dit kan niet worden afgeleid uit de wettekst. Een beschikking van de Kamer lijkt in ieder geval uitgesloten.

Een scepticus zou zich kunnen afvragen of die bijkomende zitting, waar de partij wordt gehoord over de eventueel op te

leggen geldboete, niet tot gevolg zal hebben dat de behandeling van de andere zaken (nog meer) zal worden vertraagd...

Een andere vraag is of de kamer, die uitspraak moet doen over de geldboete, niet anders samengesteld moet zijn. Er kan immers een vermoeden van gebrek aan onpartijdigheid bestaan bij de staatsraden die reeds hebben beslist dat een geldboete kan verantwoord zijn.³⁰

De wetgever lijkt zich daarover weinig vragen te hebben gesteld.

VII. HET BEGRIP «KENNELIJK ONRECHTMATIG»

14. De essentiële vraag is natuurlijk wat moet worden verstaan onder «kennelijk onrechtmatig beroep». Tijdens de parlementaire bespreking van het voorstel werd dit probleem aangeraakt. Een lid van de Kamercommissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt drukte zich als volgt uit: «...dat duidelijk moet omschreven worden wat er precies met de notie «onrechtmatig beroep» bedoeld wordt. Het is hem immers niet duidelijk of hier verwezen wordt naar de algemene notie «misbruik van het recht», die overvloedig in de jurisprudentie aanwezig is, naar de notie «fout» in de civielrechtelijke betekenis van de term of naar de jurisprudentie betreffende de notie «tergend en roekeloos beroep». De indiener van het wetsvoorstel meende dat een «onrechtmatig beroep» als enig doel heeft het vertragen van een overduidelijk rechtmatige administratieve beslissing.³¹ Nu is het een wezenskenmerk van elke overheidsbeslissing dat zij van rechtswege uitvoerbaar is (*le privilège au préalable*), en dat het instellen van een annulatieberoep die uitvoering in beginsel niet schorst.³² Daarop bestaan wel enige uitzonderingen.³³ Het lijkt echter niet de bedoeling dat de toepassing van de wet tot deze uitzonderingen beperkt zou blijven.

Hoewel daarover in de parlementaire voorbereidingsstukken niet wordt gesproken, kan het gebeuren dat een beroep bij de Raad van State wordt ingesteld, niet met de bedoeling een nietigverklaring te verkrijgen, maar met het enkele doel om bijvoorbeeld de behandeling van een strafzaak te rekken (denk aan de vervolgingen wegens bouw- of milieuovertredingen), of om, in bepaalde gevallen, zo lang mogelijk O.C.M.W.-steun te genieten... De vraag rijst of dergelijke gevallen als «kennelijk onrechtmatig» zullen worden beschouwd.

15. Een beroep bij de Raad van State kan kennelijk onontvankelijk, kennelijk ongegrond, ongegrond of soms ook kennelijk onrechtmatig zijn. Het zal enige juridische spijstechnologie vergen om al deze begrippen te definiëren en er een duidelijk onderscheid tussen te maken. Toch meende de indiener van het wetsvoorstel dat een duidelijk onderscheid

³⁰ Zie, voor wat de vordering tot schorsing betreft: R.v.St., nr. 91.644, 14 december 2000.

³¹ *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/011, p. 11-12.

³² A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1999, nr. 8.

³³ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, nr. 873, noot 236; zie bv. art. 76bis van de Gemeentekieswet (K.B. van 4 augustus 1932 tot coördinatie van de gemeentekieswetgeving).

²⁹ Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

tussen deze begrippen moet worden gemaakt.³⁴ Er bestaat rechtspraak over het begrip «kennelijk gegrond middel».³⁵ Het ernstig middel mag niet worden verward met het gegrond middel en zeker niet met het kennelijk gegrond middel. Een middel mag eerst kennelijk gegrond worden geacht, als de aangevoerde onwettigheid duidelijk en de nietigverklaring onvermijdelijk is op grond van dat middel.³⁶ De nieuwe wet zal de juristen tot enkele bijkomende denkoefeningen aanzetten.

VIII. HET VERSLAG VAN DE AUDITEUR

16. Volgens de wet kan de Raad van State na lezing van het verslag (of het aanvullend verslag) van de auditeur tot de bevinding komen dat een geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep verantwoord kan zijn.

Moet de auditeur, na dit aspect van de zaak te hebben onderzocht, in zijn verslag vermelden dat een geldboete zou moeten worden opgelegd? Aangezien de wet gewag maakt van een bijkomende hoorzitting waarop de «schuldige» procespartij zich omtrent die boete kan verantwoorden, zou men eerder geneigd zijn aan te nemen dat het niet de auditeur is, maar wel de bevoegde kamer die voorstelt een geldboete op te leggen. Indien de auditeur dit reeds in het verslag zou hebben geschreven, kan de verzoeker daarop reageren in een laatste memorie of mondeling ter terechtzitting. Dan kan men zich afvragen waarom er nog een tweede hoorzitting moet worden gehouden.

De auditeur heeft soms – meestal in het raam van het kort geding – de mogelijkheid om na inzage van het verzoekschrift een verslag uit te brengen waarin wordt voorgesteld de vordering kennelijk onontvankelijk of kennelijk ongegrond te verklaren (art. 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State). In «vreemdelingenzaken» bestaat een vergelijkbare regeling (art. 27 van het K.B. van 9 juli 2000 houdende bijzondere procedureregeling inzake geschillen over beslissingen betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen). De praktijk zal uitwijzen of de Raad van State in dergelijke gevallen zal oordelen dat het beroep ook kennelijk onrechtmatig is. Het ene lijkt niet automatisch het andere tot gevolg te hebben, omdat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het beroep moet zijn ingesteld met als enig doel het vertragen van een overduidelijk rechtmatige administratieve beslissing.

IX. TOEPASSINGSGEBIED

17. Uit de tekst van de wet volgt dat enkel in geval van kennelijk onrechtmatig beroep een geldboete kan worden opgelegd. Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel werd dit ook met zoveel woorden in de Kamercommissie gezegd: de minister van Binnenlandse Zaken verklaarde dat alleen de beroepen tot nietigverklaring en de cassatieberoepen

tegen administratieve beslissingen onder het toepassingsgebied van de wet vallen.³⁷

Het opleggen van een geldboete bij kennelijk onrechtmatige vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging – ook die bij uiterst dringende noodzakelijkheid – is dus uitgesloten. Het procedurereglement houdt wel de mogelijkheid in om, wanneer het beroep kennelijk ongegrond of onontvankelijk is, de gehele zaak reeds in het raam van de schorsingsprocedure definitief af te doen (art. 93). In dit laatste geval zou, indien nodig, een geldboete kunnen worden opgelegd.

Men kan zich afvragen of een beroep niet kennelijk onrechtmatig kan worden bevonden omdat de indiener ervan ook nog door een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging – een accessorium van dat beroep – getracht heeft stokken in de wielen van het bestuur te steken. Indien dit zo zou zijn, moet men meteen vaststellen dat wie enkel een «onrechtmatig» schorsingsverzoek indient en achteraf, binnen de gestelde termijn, geen beroep tot nietigverklaring aanhangig maakt, volgens de tekst van de wet niet met een geldboete kan worden bestraft.

Dan rijst meteen de vraag waarom de wetgever heeft gemeend dat alleen de beroepen tot nietigverklaringen moesten worden gevisieerd. Het doel is immers het beteugelen van beroepen die als enig doel hebben het vertragen van een overduidelijk rechtmatige administratieve beslissing.³⁸

Het valt moeilijk in te zien hoe het louter instellen van een beroep tot nietigverklaring, zelfs zo het kennelijk onrechtmatig zou zijn, een dergelijk storend effect kan meebrengen. Het instellen van het beroep schorst immers niet de tenuitvoerlegging van de administratieve akte. Zelfs het instellen van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging heeft niet de automatische schorsing tot gevolg. Het schorsingsverzoek moet immers eerst, na summiere behandeling, gegrond worden verklaard en de schorsing moet worden bevolen. Een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging wegens uiterst dringende noodzakelijkheid heeft evenmin een dergelijk gevolg.³⁹

X. HET BEDRAG EN DE BESTEMMING VAN DE GELDBOETE

18. Het bedrag van de geldboete kan schommelen tussen 125 en 2500 euro. Die bedragen kunnen worden gewijzigd door de Koning ingevolge de evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijzen. Zij wordt geëind overeenkomstig art. 36, § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dit artikel verwijst naar de bepalingen van het vijfde deel van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op het beslag en de tenuitvoerlegging.

19. In de praktijk komt het aan de Raad van State toe het bedrag te bepalen, rekening houdend met het nadeel dat effectief aan de openbare dienst van de rechtsbedeling wordt berokkend.⁴⁰

³⁴ *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/011, p. 12.

³⁵ R.v.St., nr. 46.906, 19 april 1994; nr. 47.065, 29 april 1994; nr. 47.966, 15 juni 1994; nr. 47.967, 15 juni 1994; nr. 48.073, 21 juni 1994; nr. 50.189, 14 november 1994; nr. 77.276, 1 december 1998.

³⁶ R.v.St., nr. 60.436, 25 juni 1996.

³⁷ *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/011, p. 12.

³⁸ *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/011, p. 11-12.

³⁹ Die problematiek kwam ter sprake in het arrest CONKA, E.H.R.M., 5 februari 2002, 12.

⁴⁰ Advies Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, 50, nr. 101/9.

20. De opbrengst van de geldboete wordt gestort in het Fonds voor het beheer van de dwangsommen. Dit is een begrotingsfonds in de zin van de organieke wet van 27 december 1990 houdende oprichting van begrotingsfondsen. De middelen die aan dit fonds worden toegewezen, worden gebruikt voor de modernisering van de administratieve rechtspraak en worden aangewend bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit (art. 36, § 5, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

XI. DE WERKING VAN DE WET IN DE TIJD

21. De nieuwe regeling is alleen van toepassing op procedures die na de inwerkingtreding van de wet zijn ingeleid. De wet verscheen in het *Belgisch Staatsblad* van 16 maart 2002 en kan dus worden toegepast op procedures die vanaf 26 maart 2002 zijn ingesteld.

Eric BREWAEYS
Docent V.U.B.

DE VORDERING TOT STAKEN TEGEN MERKINBREUKEN MOGELIJK GEMAAKT

Enkele kanttekeningen bij het arrest van het Arbitragehof nr. 2/2002 van 9 januari 2002

I. SITUERING

1. In het elders in dit nummer gepubliceerde arrest van 9 januari 2002 geeft het Arbitragehof de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brugge antwoord op zijn prejudiciële vraag.¹ Die vraag was of het verschil in behandeling tussen merkinbreuken, die daden van namaking uitmaken, waarvoor art. 96 W.H.P.C. de vordering tot staken uitsluit, en de andere merkinbreuken, waarvoor art. 96 W.H.P.C. de vordering tot staken niet uitsluit, op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is, en of dit verschil in behandeling geen schending van het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie impliceert.²

2. Het bodemgeschil betrof wederom een aanvaring tussen de fabrikant-merkhouders van auto's, *in casu* Opel AG, en een parallelhandelaar.³ Opel leidde een vordering in tot staken omdat de parallelhandelaar het Opel-merk en -logo gebruikte ter identificatie van zijn garage, terwijl die garage niet tot het officiële dealernet van de N.V. Opel Belgium behoorde. Hierdoor werd volgens de eiseres bij het publiek ten onrechte de indruk gewekt dat deze onafhankelijke handelaar tot het officiële dealernet van Opel behoorde. De vermelding «specialiteit Opel» en het gebruik van Opel reclamemateriaal versterkte deze indruk. De vordering werd ingesteld op grond van art. 23, 3^o- 4^o en 93 W.H.P.C.

3. De parallelhandelaar riep art. 96 W.H.P.C. in: de vordering tot staken is niet ontvankelijk als het gaat om daden van namaking. En daarover zou het hier gaan.

¹ Zie ook: *A.J.T.* 2001-2002, 806, noot P. DE VROEDE, «De stakingsrechter ook bevoegd inzake merknamaak»; *T.B.H.* 2002, T. DE MEESE (weergave), 329.

² Vz. Kh. Brugge 31 oktober 2000, *T.B.H.* 2001, 288.

³ Overzicht soortgelijke gevallen: D. VAN BUNNEN, «La distribution automobile (1985-1997)», *J.T.* 1998, 737 e.v.; Antwerpen 22 juni 1998, *I.R. D.I.* 1999, 49; Antwerpen 16 september 1996, *I.R. D.I.* 1997, 55, met noot B. PONET; Gent 15 februari 1994, *R.W.* 1994-1995, 990; Vz. Kh. Kortrijk 1 februari 1996, *Jaarboek Handelspraktijken* 1996, 493; Vz. Kh. Hasselt 31 augustus 1994, *I.R. D.I.* 1997, 52; Vz. Kh. Namen 28 oktober 1992, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, 372.

4. Art. 96 W.H.P.C. bepaalt, zoals bekend, dat men de stakingsrechter niet kan adïëren voor daden van namaking die o.m. vallen onder de wetten betreffende de waren en dienstmerken. Hierbij moeten een aantal zaken nader worden bekeken. Waarop is deze uitsluiting eigenlijk gebaseerd en is deze redelijk te verantwoorden? Wat verstaat men bovendien onder merknamaak? Is elk gebruik van een merk ook een merknamaak en van welk gebruik is *in casu* dan sprake?

II. GRONDSLAG VAN DE UITSLUITING

5. Om een duidelijker beeld te krijgen van de draagwijdte van deze bepaling moet allereerst worden gewezen op haar ontstaansgeschiedenis en *ratio legis*. Art. 96 W.H.P.C. is een replica van art. 56 van de wet van 14 juli 1971 op de handelpraktijken. Dit artikel is dan weer de wettelijke verankering van het «ça-va-seul»-arrest dat het Hof van Cassatie aan de vooravond van de Tweede Wereldoorlog wees.⁴

6. Het Hof van Cassatie beklemtoonde destijds, in navolging van advocaat-generaal Cornil, dat er een duidelijk onderscheid moest worden gemaakt tussen de oneerlijke mededinging, geregeld door het toenmalige K.B. nr. 55 van 23 december 1934, en de namaak van merken. Merknamaak kon volgens het Hof in geen geval aanleiding geven tot een vordering wegens oneerlijke mededinging die wordt gebaseerd op art. 1382 BW. Kort gezegd: ofwel werd het merk gedeponeerd en dan is het beschermd door zijn specifieke wetgeving, nl. de toenmalige wet van 1 april 1879, ofwel werd het niet gedeponeerd en dan mag niemand beweren dat hij er een uitsluitend recht op heeft. Een bescherming bieden via de oneerlijke mededinging, zonder aan de voorschriften uit het merkenrecht te voldoen, is het spel vals spelen. Dit principe werd procedureel doorgetrokken. De voorzitter van de rechtbank van koophandel, kon zich, als stakingsrechter inzake oneerlijke mededinging, niet bevoegd achten om daden van namaak te beoordelen.

⁴ Cass. 16 maart 1939, *Ing.-Cons.* 1939, 44, met conclusie van advocaat-generaal L. CORNIL.

7. Op deze beslissing werd in de rechtsleer met gemengde gevoelens gereageerd,⁵ maar de rechtspraak volgde in het algemeen het hoogste rechtscollege.⁶

8. De achterliggende gedachte bij deze uitsluiting is zowel principieel als procedureel van aard.⁷ Eerst het principe. Intellectuele eigendomsrechten zijn verbodsrechten, waardoor de houder op grond van zijn door de wet verleend uitsluitend recht, anderen handelingen kan verbieden die zij normaal op grond van de vrije mededinging zouden mogen stellen. Uit de bijzondere aard van intellectuele eigendomsrechten volgt meteen ook hun principiële beperktheid. Rechten die een verbod inhouden, moeten juist daarom binnen hun toepassingsgebied worden gehouden.⁸ Intellectuele eigendomsrechten zijn immers «eilanden van exclusiviteit in een zee van vrije mededinging».⁹ Wie bescherming van een intellectueel eigendomsrecht inroept, kan zich per definitie niet baseren op de algemene zorgvuldigheidsnorm, maar moet een beroep doen op de specifieke bepalingen van het intellectuele eigendomsrecht, zo niet komt het onderscheid op de helling te staan.¹⁰ Bij samenloop van een algemene bescherming en een bescherming van bijzondere wetgeving, moet dan ook de bescherming op grond van deze laatste wetgeving worden nagestreefd. De algemene regel mag geen evenwaardige bescherming bieden als de bijzondere wetgeving inzake intellectuele eigendomsrechten. Dit zou het belang van het zoeken naar een specifiek beschermingsstatuut frustreren.¹¹ De rechter moet dan ook voorkomen dat hij een rechtsbescherming verleent die de belanghebbende de allure zou geven van een pseudo-merkhouder. Een bescherming op basis van de zorgvuldigheidsnorm zou neerkomen op de toekenning van een monopolie van onbeperkte duur buiten de wetgever om.¹²

⁵ A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, I, Brussel, Larcier, 1973, 828; G. SCHRICKER, B. FRANCO en D. WUNDERLICH, *La répression de concurrence déloyale dans les états membres de la communauté économique Européenne*, II/1, Belgique/Luxembourg, Parijs, Dalloz, 1974, p. 90, nr. 40, voetnoot 41.

⁶ Zie referenties M. GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux Merkenrecht*, Brussel, Larcier, 1969, 125, voetnoot 10; J.T. EVRARD en Th. VAN INNIS, «Les pratiques du commerce (1971-1977)», *J.T.* 1978, 43.

⁷ J. STUYCK en W. VAN GERVEN, Mededinging, deel 2, A Handelspraktijken, in *Beginnels Belgisch Privaatrecht, Handels- en Economisch Recht*, Gent, Story-Scientia, 1985, p. 29, nr. 30.

⁸ W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, in *Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen/Amsterdam, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1978, 281; I. VEROUGSTRAETE, «Le rôle des magistrats dans l'application de la loi sur les pratiques du commerce», in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Brussel, Bruylant, 1994, 39.

⁹ F. GOTZEN, «Eerlijke gebruik en intellectuele recht», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), Antwerpen, Kluwer, 1992, 263.

¹⁰ P. DE VROEDE, «Wet Handelspraktijken», *T.P.R.* 1979, 550; I. VEROUGSTRAETE, «De bevoegdheid van de voorzitter der rechtbank van koophandel rechtdoende op grond van art. 55 WHP», *R.W.* 1978-1979, p. 834-835, nr. 31.

¹¹ *Parl.St. Senaat*, 1986-1987, nr. 464/2, 249; H. SWENNEN en R. VAN DEN BERGH, *Wet handelspraktijken. Overzicht rechtspraak (1976-1982)*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 152; P. DE VROEDE en G.L. BALLON, *Handelspraktijken*, Kluwer, Antwerpen, 1986, nr. 1394.

9. Ook de ministerraad hanteerde in zijn verdediging voor het Arbitragehof eenzelfde argumentatie. Bovendien strekt de uitsluiting van de stakingsvordering uit artikel 96 W.H.P.C. ertoe het merkenrecht niet uit te hollen: zo niet zou onder het mom van oneerlijke mededinging of oneerlijke handelspraktijken, kunnen worden opgetreden tegen merknaming, zonder dat het merk op regelmatige wijze werd gedeponeerd.

10. Het argument dat bij een toelaten van de cumul het risico bestaat dat een niet gedeponeerd merk toch een evenwaardige bescherming zou kunnen genieten via de regelen van de eerlijke mededinging, moet worden genuanceerd. Art. 12 BMW bepaalt immers dat niemand, welke vordering hij ook instelt, in rechte bescherming kan inroepen voor een teken, dat als merk wordt beschouwd, tenzij hij het op regelmatige wijze heeft gedeponeerd of zo nodig de inschrijving ervan heeft doen vernieuwen. Uit de memorie van toelichting bij het Benelux-verdrag en de eenvormige Beneluxwet inzake merken blijkt dat art. 12 verhindert dat de gebruiker van een teken dat daadwerkelijk een merk is, maar niet als zodanig is gedeponeerd, enige bescherming kan genieten.¹³ Zo kan de merkenrechtelijke bescherming niet via een omweg worden verkregen. Dit is de zogenaamde «reflexwerking» van de BMW.

11. De voorzitter van de rechtbank van koophandel moet echter in zijn hoedanigheid van stakingsrechter ambtshalve onderzoeken of het teken waarvoor de eiser «bescherming» inroept een merk is, namelijk een teken dat wordt gebruikt ter onderscheiding van waren of diensten. De onderscheidende kracht is een materieel geldigheidsvereiste van een merk. Kon het teken dat als teken ter onderscheiding wordt gebruikt, als merk worden gedeponeerd, maar werd dit nagelaten, dan belet art. 12 BMW bescherming als van een merk, zelfs indien de gewraakte handeling als een daad van onrechtmatige mededinging zou worden voorgesteld. *A fortiori* is bescherming uitgesloten wanneer het teken dat als merk wordt gebruikt, niet kan worden gedeponeerd. «Bescherming als van een merk» moet worden gezien in het licht van de bescherming die de BMW aan merken biedt. Het depot vormt het formele geldigheidsvereiste. De voorzitter zal de vordering bij gebrek aan depot onontvankelijk moeten verklaren.¹⁴ Dit is niet onoverkomelijk als een teken dat

¹² J.M.M. MAEIJER, «Samenloop van auteursrecht en modellenrecht bij de bescherming van werken van toegepaste kunst», in *Verzekeringen van vriendschap. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. Mr. T.J. Dorhout Mees*, Kluwer, Deventer, 1974, 265; J. STUYCK en W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 29, nr. 31.

¹³ *Benelux - Regelgeving inzake merken*, Den Haag, Benelux Merkenbureau, 1996.

¹⁴ P. DE VROEDE en G.L. BALLON, *o.c.*, nr. 1404; F. GOTZEN, «De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten», in *De Nieuwe Wet Handelspraktijken*, STUYCK, J. en WYTINCK, P. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1992, 267-268; B. MICHAUX, «Competence et procédure», in *Algemene problemen van merkenrecht*, Brussel, Bruylant, 1994, 201; D. DESSARD, «L'action en cessation et les droits de propriété intellectuelle», in *Les pratiques du commerce. Autour et alentours*, GILLARDIN, J. en PUTZEYS, D. (red.), Brussel, Publications des FUSL, 1997, 163; M. LEROY en B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, Brussel, Bruylant, 2001, 419; R. VAN DEN BERGH, «Samenloop, reflexwerking en aanvullende werking van intellectuele eigendomsrechten en de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken», *R.W.* 1978-1979, 1758; Vz. Kh. Hasselt 22 mei 1992, *T.B.H.* 1993, 694, met noot B. PONET.

als merk werd gebruikt, door een ander wordt «nagemaakt». Het teken kan dan nog worden gedeponeerd (als het nieuw is). Die ander kan het niet zelf deponeren (art. 4, 6° BMW). Voor feiten voorafgaand aan het depot kan natuurlijk geen schadeloosstelling worden toegekend.

12. Eens dat het teken ook als merk werd gedeponeerd, verzet art. 12 BMW zich niet meer tegen een eventuele toepassing van de onrechtmatige mededinging.¹⁵ De BMW is hierover duidelijk. De aanvang van art. 13 A BMW bepaalt dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten, onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Ook het concurrentierecht vindt, zoals bekend, zijn grondslag in het aquiliaanse aansprakelijkheidsrecht.¹⁶ De Benelux merkenwet stelt voorts nog geen cumulatieverbod in, in tegendeel. Enkel de Belgische nationale wetgeving verhinderde dit tot voor kort.

13. De Benelux modellenwet bevat daarentegen wel een uitdrukkelijk verbod. Art. 14, 8°, bepaalt het volgende. «Voor feiten die alleen een inbreuk op een tekening of model inhouden, kan geen vordering worden ingesteld op grond van de wettelijke bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging». Deze regel betekent dat de eiser die de mogelijkheid had om de bescherming van zijn modellen te bereiken op grond van de modellenwet, geen keuze heeft tussen beide wetgevingen om een bescherming te verkrijgen.¹⁷ In combinatie met art. 16 BTMW, dat bepaalt dat alleen de burgerlijke rechter bevoegd is om uitspraken te doen in gedingen die op deze wet zijn gegrond, wordt een stakingsvordering voor de voorzitter van de rechtbank op grond van modelnaam volledig uitgesloten.¹⁸ Het Benelux Gerechtshof verzette zich bovendien uitdrukkelijk tegen een mogelijke samenloop van beide beschermingsregimes: «Zelfs indien het uiterlijk van een product als model is gedeponeerd, is men er van uitgegaan dat het voorhanden zijn van de bijzondere bepalingen van de eerste leden van art. 14 BTMW een beroep op het gemene recht uitsluit, ook al vordert men niets anders dan de staking van slaafse nabootsing» (overweging 18-19). «Van de gemeenschappelijke bepalingen kan alleen gebruik worden gemaakt om handelingen te wraken die, los van enige bijzondere bepaling van industrieel eigendomrecht, toch als onrechtmatige daad kunnen worden bestempeld» (overweging 24).¹⁹

14. Een dergelijke regel bevat de merkenwet echter niet, maar volgens W. Van Gerven is de draagwijdte van art. 14, achtste lid, BTMW (oud art. 14, vijfde lid) niet verschillend van de nochtans anders geformuleerde aanhef van art. 13 A

BMW.²⁰ Als we die redenering doortrekken, betekent dit dat de Benelux merkenwet reeds een cumulverbod inhoudt en een internationale regel de toegang tot de stakingsrechter (die enkel oordeelt over onrechtmatige mededinging) verspert. Dan lijkt de regeling uit art. 96 W.H.P.C. daarvan het spiegelbeeld. Mijns inziens is art. 96 W.H.P.C. zuiver procedureel van aard. Maar ook art. 95 W.H.P.C. is zuiver procedureel. Principieel is de bevoegdheid van de stakingsrechter verenigbaar met een materieelrechtelijke bepaling, vergelijkbaar met art. 14, 8°, BTMW. Hij mag deze inbreuken dan beoordelen, maar niet volgens de regelen van het algemene concurrentierecht.

15. Over het procedurele argument kan nog het volgende worden gezegd. Uit de conclusie van advocaat-generaal Cornil blijkt dat men met dit cumulverbod tegenstrijdige rechterlijke uitspraken wenste te vermijden tussen de voorzitter van de rechtbank van koophandel en de rechtbank zelf of met de rechtbank van eerste aanleg die exclusief bevoegd is voor vorderingen aangaande het octrooi- of auteursrecht.²¹ Dit kan niet het meest doorslaggevende argument zijn. Inzake merken zal diezelfde rechtbank van koophandel de zaak behandelen, zij het met toevoeging van twee rechters en in een andere procedure.

16. De materiële bevoegdheid van de rechter wordt bepaald naar het voorwerp van de eis zoals die uit de dagvaarding blijkt.²² Leidt een partij bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel een vordering in waarbij zij zich beroept op de overtreding van de W.H.P.C., dan is de voorzitter *ratione materiae* bevoegd. Blijkt naderhand dat de vordering eigenlijk ter bestrijding van merknaam werd ingesteld, dan moet de voorzitter de vordering als ongegrond afwijzen.²³ Op die manier is art. 96 W.H.P.C. zowel een bevoegdheidsregel als een voorschrift dat m.b.t. de gegrondheid de keuze tussen algemene en specifieke bescherming uitsluit.²⁴

²⁰ W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, o.c., 268.

²¹ L. CORNIL, conclusie voor Cass. 16 maart 1939, *Ing.-Cons.* 1939, 57; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1976, p. 502, nr. 463; A. BRAUN, *Précis des Marques: loi uniforme Bénélux, droit belge, droit international*, Brussel, Larcier, 1995, 496; B. FRANCO, «Procédures et sanctions», in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, 248; P. DE VROEDE, «Overzicht van rechtspraak. Wet handelspraktijken (1976-1982)», *T.P.R.* 1983, 988, nr. 381; G. VAN HECKE, F. GOTZEN en J. VAN HOOF, «Overzicht van rechtspraak. Industriële eigendom, auteursrecht (1975-1990)», *T.P.R.* 1990, p. 1927, nr. 264.

²² J. LAENENS, «De vordering tot staken herbezoekt», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), Brussel, Story-Scientia, 1992, 154; I. VEROGSTRAETE, *l.c.*, *Les pratiques du commerce, l'information et la pratique du consommateur*, 36-37.

²³ P. DE VROEDE en G.L. BALLON, o.c., nr. 1392; P. WYTINCK, «Het succesvol verweer op grond van art. 56 WHP leidt tot het ongegrond verklaren van de vordering van eiser», *Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 486-487; A. PUTTEMANS, «La Loi sur les pratiques des consommateurs et les droits des propriété intellectuelles», in *Merken en Mededinging*, GOTZEN, F. (red.), CIR, Brussel, Bruylant, 1998, 240; Brussel 23 januari 1998, *Jaarboek Handelspraktijken* 1998, 440.

²⁴ H. SWENNEN en R. VANDENBERGH, o.c., 154.

¹⁵ F. GOTZEN, «De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten», o.c., 267.

¹⁶ G. SCHRICKER, B. FRANCO en D. WUNDERLICH, o.c., 59; zie ook Cass. 16 maart 1939, geciteerd in voetnoot 4.

¹⁷ P. DE VROEDE en G.L. BALLON, o.c., p. 705, nr. 1402; B. FRANCO, «Procédures et sanctions», in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Brussel, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 1991, 248; L. VAN BUNNEN, «Examen de jurisprudence (1989-1994) Droit d'auteur, dessins et modèles», *R.C.J.B.* 1996, p. 220, nr. 35.

¹⁸ F. GOTZEN, o.c., 269.

¹⁹ Benelux Hof 21 december 1991, *B.I.E.* 1991, 203, met conclusie van eerste advocaat-generaal Th.B. TEN KATE, *R.W.* 1990-1991, 905.

III. DADEN VAN NAMAAK

17. Wat zijn nu precies die daden van namaak? Het begrip «namaak» wordt als zodanig niet gehanteerd in de Benelux merkenwet (wel in de memorie van toelichting bij het protocol). Men vindt het enkel nog in de oude Belgische merkenwet van 1 april 1879,²⁵ waarvan de strafbepalingen nog van kracht zijn. Men interpreteerde het begrip dan ook in zijn gebruikelijke zin, nl. voortbrengen door imitatie. Er is dan ook maar sprake van een namaak van een merk, wanneer voor dezelfde of soortgelijke waar een teken wordt gebruikt dat hetzelfde is als het gedeponeerde teken of zodanig daarop lijkt dat er verwarring mogelijk is. Merk-namaak kon enkel betrekking hebben op het eerste lid van het oude art. 13 A BMW.²⁶ Sinds het arrest «Molenschot»²⁷ waren rechtsleer en rechtspraak het erover eens dat «daden van namaking», vallend onder de wetten betreffende de waren- of dienstmerken in de zin van art. 56 W.H.P., enkel betrekking konden hebben op het gebruik van het merk in de betekenis van het toenmalige art. 13A, 1. BMW, en niet op het gebruik van een merk vallend onder punt 2 van hetzelfde artikel.²⁸ Met de inwerkingtreding van het nieuwe protocol bij de BMW van 2 december 1992²⁹ werd art. 13 anders ingedeeld. Men neemt echter aan dat eenzelfde koers kan worden aangehouden en dat de inbreuken vallend onder de toepassing van art. 13 1 A c en d BMW geen daden van namaking zijn.³⁰ Dessard baseert zich niet op een taal-

kundige interpretatie, maar op de essentiële functie van het merk, nl. het onderscheidend vermogen van producten of diensten van een onderneming, om uit te maken wat nu «daden van namaking» zijn. De andere functies, namelijk publiciteit en kwaliteitsgarantie, zijn slechts bijkomend en van minder belang. Hier bevindt men zich ook buiten het specifieke toepassingsgebied van het merkenrecht, maar valt men onder het algemene aansprakelijkheidsrecht, of de oneerlijke concurrentie, omdat men optreedt tegen een onrechtmatig gebruik van een merk en niet tegen een individualiserend gebruik van een overeenstemmend of gelijkaardig teken.³¹

18. Puttemans merkt op dat de memorie van toelichting bij de Benelux merkenwet alle merkinbreuken uit art. 13 A BMW onder de noemer «merknamaak» catalogeert.³² Het nieuwe protocol van 1992 preciseert dat de vorderingsmogelijkheden wegens merknamaak aanzienlijk werden uitgebreid. Dat is de zaak van de Benelux wetgever, die daarmee een «uitgebreide bescherming» voorstaat. In de Europese harmonisatie is die uitgebreide bescherming optioneel.³³ Zij behoort niet tot de kern van de merkenbescherming.³⁴ De Belgische wetgever behield het onderscheid tussen de «kern» en de uitgebreide bescherming. Ook in de TRIPS-overeenkomst is de uitgebreide bescherming niet opgenomen (art. 16 TRIPS).

IV. WELK GEBRUIK IS DIT GEBRUIK?

19. De zelfstandige garagehoudster gebruikt *in casu* het Opelmerk op aanduidingsborden, in en op haar handelszaak, op rollend materieel en in reclame ter identificatie van haar handelszaak. Daarenboven vermeldt zij haar «Opel specialiteit». Hier wordt enkel stilgestaan bij de classificatie van het gebruik van een merk in advertenties, zonder uitspraak te doen over de eventuele rechtvaardiging voor dit gebruik.

20. Voor het gebruik van een merk door een derde in vergelijkende of aanhakende reclame werd aangenomen dat er sprake was van een ander gebruik van het merk voor soortgelijke waren of diensten in de zin van art. 13 A onder 2 BMW(oud).³⁵ Aankondigingen als «Specialist in X of X specialist» werden doorgaans als een gebruik van het merk in die zin beschouwd. Hiermee werd immers ten onrechte de indruk gewekt dat de betrokkene een officiële door de merkhouder aangestelde dealer is.³⁶

21. In de zaak Daimler-Benz/Haze³⁷ preciseerde het Benelux Gerechtshof dat er «van het gebruik van eens anders

²⁵ B.S. 3 april 1879, 1089.

²⁶ A. BRAUN, noot onder Kh. Brussel 5 mei 1978, *B.R.H.* 1978, 603. Slechts enkelen meenden dat merknamaak betrekking had op het hele artikel (G. SCHRICKER, B. FRANCO en D. WUNDERLICH, *o.c.*, 97; M. DELIEGE-SEUARIS, «La protection de la marque selon l'article 13A de la loi benelux sur les marques», *L'ing.-Cons.* 1979, 217, voetnoot 85).

²⁷ Cass. 3 november 1989, *T.B.H.* 1990, 216, met noot.

²⁸ G. VAN HECKE, F. GOTZEN en J. VAN HOOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1990, p. 1930-1931, nr. 268; F. GOTZEN, «De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten», *o.c.*, 268; A.C. DELCORDE, «Droits intellectuels et pratiques du commerce», in *Liber Amicorum A. De Caluwé*, Brussel, Bruylant, 1995, p. 118, nr. 14; P. MAEYAERT, «Piraterij en straf – en burgerlijke sancties in het domein van de intellectuele eigendomsrechten», in *Intellectuele eigendomsrechten*, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (red.), Brussel, 1995, 203; J. STUYCK, «Commentaar art. 96 WHPC», in *Handels- en economisch recht: commentaar met overzicht rechtspraak en rechtsleer*, SWENNEN, H. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1995, 168, nr. 8; J.-J. EVRARD en P. PEETERS, *La défense de la marque dans le Bénélux*, Brussel, Larcier, 1996, nr. 360; M. LEROY en B. MOUFFE, *o.c.*, 419 – anachronistische nummering art. 13A BMW; Brussel 2 november 1995, *A.J.T.* 1996-97, 128, met noot I. VERNIMME; Gent 21 januari 1994, *Ing.-Cons.* 1994, 162; Vz. Kh. Hasselt 31 augustus 1994, *I.R. D.I.* 1997, (52) 54; Vz. Kh. Kortrijk 1 februari 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1996, 493.

²⁹ B.S. 12 maart 1996 – in werking getreden op 1 januari 1996.

³⁰ A. BRAUN, *Précis des Marques*, *o.c.*, 500-501; D. DESSARD, *l.c.*, in *Les pratiques du commerce. Autour et alentours*, GILLARDIN, J. en PUTZEYS, D. (red.), 162-163; L. VAN BUNNEN, «Le juge de cessation et l'art. 13 A 1° c), de la loi Bénélux sur les marques» (noot onder Vz.Kh. Brussel 5 februari 1996), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1996-1997, 505-506; X. VERMANDELE, «Concurrence déloyale et signes distinctifs en droit belge», *BMM Bulletin* 2001, 133-134; *contra* A. PUTTEMANS, «La Loi sur les pratiques des consommateurs et les droits de propriété intellectuelle», *o.c.*, 249-250; Antwerpen 22 juni 1998, *I.R. D.I.* 1999, 49; Brussel 3 april

1998, *T.B.H.* 1999, 119, met noot A. PUTTEMANS; Vz. Kh. Brussel 30 september 1996, *Jaarboek Handelspraktijken* 1996, 589, met noot B. PONET en H. LAMON.

³¹ P. DE VROEDE en G.L. BALLON, *Handelspraktijken*, *o.c.*, 711.

³² A. PUTTEMANS, «La loi sur les pratiques du consommateur et les droits de la propriété intellectuelle», *o.c.*, 248.

³³ H.R. FURSTNER en M.C. GEUZE, «Beschermingsomvang van het merk in de Benelux en EEG-harmonisatie», *BIE* 1988, 215 e.v.; zie ook conclusie van advocaat-generaal D. RUIZ-JARABO COLOMER van 21 maart 2002, C-23/01, <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl>.

³⁴ H. SWENNEN, «Vergelijkende reclame in de Wet Handelspraktijken», *S.E.W.* 2000, p. 192, nr. 7.

³⁵ Ch. GIELEN en L. WICHERS HOETH, *Merkenrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, nrs. 1161-1171.

merk voor waren in de zin van artikel 13A onder 1 BMW (oud) sprake is wanneer iemand die niet de houder van het merk is, gebruik maakt van dat merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij handel drijft in waren die door de houder van het merk in het verkeer zijn gebracht, indien en voor zover hij die aankondigingen doet op een wijze dat het voor het publiek duidelijk is dat het gebruik van het merk betrekking heeft op bepaalde, door hem verhandelde of ter levering aangeboden waren, welke door het gebruik van die van andere wordt onderscheiden. Dit is evenwel anders van zodra er een gereede kans bestaat dat door de wijze waarop de wederverkoper het merk voor meerbedoelde aankondigingen gebruikt dat bij het publiek de indruk wordt gewekt dat het merk in belangrijke mate wordt gebezigd teneinde reclame te maken voor zijn onderneming als zodanig door het wekken van een bepaalde kwaliteits-suggestie, zoals het bestaan van een bijzondere relatie tussen zijn onderneming en de merkhouder of diens licentiehouder».

22. Het Hof van Justitie volgde echter in een soortgelijk geval (BMW-parallelhandelaar – reclame «BMW specialist») een andere de weg om het gebruik van het merk te kwalificeren.³⁸ Het Hof van Justitie oordeelde «dat het gebruik van een merk door een derde zonder toestemming van de merkhouder om bij het publiek aan te kondigen dat hij (...) gespecialiseerd of specialist is in die waren, een gebruik van het merk in de zin van artikel 5 lid 1 sub a van de merkenrichtlijn is, wat overeenstemt met art. 13 A 1. (a) BMW. Dergelijke aankondigingen betreffen (in een situatie als in hoofdgeding), volgens het Hof van Justitie, ontegenzeggelijk een gebruik van hetzelfde merk en dit ter onderscheiding van de betrokken waren als het object van de door de adverteerder verleende diensten. De adverteerder gebruikt het BMW-merk immers om de herkomst aan te geven van de waren die het object van de verleende dienst zijn, en dus om die waren te onderscheiden van andere waren die het object van dezelfde dienst hadden kunnen zijn». De merkhouder kan zonder een «gegronde reden» niet verbieden dat een derde zijn merk gebruikt om bij het publiek aan te kondigen dat hij gespecialiseerd of specialist is in de verkoop van auto's, mits het reclame betreft van auto's die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dit merk op de Europese markt werden gebracht. Dan is zijn recht uitgeput. Het staat de wederverkoper niet alleen vrij deze waren door te verkopen, maar ook het merk te gebruiken om de verdere verhandeling van deze waren bij het publiek aan te kondigen.³⁹ Er kan echter van een «gegronde reden», in de zin van art. 7, tweede lid, Rl. (art. 13 A. 9 BMW),

sprake zijn wanneer het merk in de reclame van de wederverkoper zo wordt gebruikt dat de indruk kan ontstaan dat er een commerciële band tussen de wederverkoper en de merkhouder bestaat, en m.n. dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere band tussen de twee ondernemingen bestaat. Tegen dit gebruik kan de merkhouder zich toch nog verzetten.

23. Deze Europese jurisprudentiële evolutie heeft echter, voor wat België betreft, het effect dat merkhouders in principe voor het gebruik van hun merk in aankondigingen of reclame door een niet gerechtigde merkhouder niet meer kunnen aankloppen bij de stakingsrechter, omdat inbreuken op art. 13 A 1 (a) BMW aan diens bevoegdheid worden onttrokken.⁴⁰

24. Men kan echter niet a priori stellen dat elk gebruik van een merk voor reclamedoelinden thans tot de kwalificatie van art. 13 A, 1 (a) moet leiden. Dit blijkt uit de voorzichtige bewoordingen van het Hof van Justitie zelf (overweging 38).⁴¹ Bovendien beklemtoont het Hof van Justitie terecht dat de eventuele kwalificatie van het betrokken merkgebruik in de zin van de ene dan wel de andere specifieke bepaling van art. 5 van de merkenrichtlijn niet noodzakelijkerwijs consequenties heeft voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het betrokken gebruik. Waar ligt immers het verschil tussen de geldige reden van art. 5 onder punt 5 en de gegronde reden van art. 7, tweede lid van de richtlijn? De voorkeur van het Hof van Justitie voor art. 5, eerste lid, (a) Rl. werd hoogstwaarschijnlijk ingegeven door het feit dat het vijfde lid van dit zelfde artikel een optionele regeling betreft, die niet moet, maar kan worden ingevoerd in de lidstaten. Hoewel het merk, in de zaak Deenik, enkel als merk voor waren werd ingeschreven (overweging 32), geldt de uitputtingsleer ook voor diensten (art. 39 BMW). Als het merk voor de waren ook is gedeponeerd voor diensten in verband met deze waren, moet de onafhankelijke dienstverlener ook kunnen aanduiden wat de bestemming van zijn diensten is.⁴²

25. Dat met het arrest Deenik niet met stelligheid kan worden gezegd dat elk gebruik van een merk in reclame, een gebruik van een merk voor dezelfde waren of diensten is in de zin van art. 13 A 1 (a) BMW, blijkt eens te meer uit het arrest van het Benelux gerechtshof in de zaak Deenik.⁴³

Het Hof stelde dat de overwegingen van de eerder vermelde uitspraak van het Hof van Justitie, «aanleiding geeft in zoverre» van deze vroegere rechtspraak van Daimler-Benz/Haze terug te komen, in die zin «dat het gebruik van een merk teneinde handelingen m.b.t. tot door de merkhouder of diens licentiehouder in het verkeer gebrachte waren zoals het verder verhandelen van die waren en het

³⁶ Luik 30 oktober 1990, *J.L.M.B.* 1991, 350; Vz. Kh. Hasselt 31 augustus 1994, *I.R. D.I.* 1997, 52; Kh. Verviers 16 november 1992, *Ing.-Cons.* 1993, 32; Ch. GIELEN en L. WICHERS HOETH, o.c., nr. 1209-1210, met hun kritiek terzake; andere grondslag, namelijk 13 A onder 1 BMW: Luik 27 november 1992, *Ing.-Cons.* 1993, 1170.

³⁷ Benelux Hof 20 december 1993, Daimler – Benz t/ Haze, A 92/5, *R.W.* 1994-1995, 41, met conclusie van plaatsvervangend advocaat-generaal M.E. MOK en not D. PUTZEYS.

³⁸ H.v.J. 23 februari 1999, C-63/97, BMW/Deenik, *B.I.E.* 1999, 88, noot C.v.N.; *I.E.R.* 1999, 111, noot RdR; *Ing.-Cons.* 1999, 311; *I.R. D.I.* 2000, 219, met noot M.-C. JANSSENS; *T.B.H.* 1999, 398.

³⁹ H.v.J. 4 november 1997, Christian Dior/Evora, C-337/95, *S.E.W.* 1998, 171, met noot R. LUDDING; *I.E.R.* 1997, 224; *T.B.H.* 1998, 302, overweging 36.

⁴⁰ M.-C. JANSSENS, «In welk mate kan men zich specialist of gespecialiseerd in automerk X noemen? Een merkenrechtelijke stand van zaken na het arrest BMW/Deenik», *I.R. D.I.* 2000, 230-231.

⁴¹ M.-C. JANSSENS, o.c., *I.R. D.I.* 2000, 230, voetnoot 14; F. GOTZEN, «De Europese merkenrichtlijn en de wederverkoop van auto's», *Informatierecht/AMI* 2000, p. 111-112; *contra* R.E.P. DE RANITZ, noot onder arrest Deenik, *I.E.R.* 1999, 117-118.

⁴² H. SWENNEN, *l.c.*, 192.

⁴³ Benelux Hof 25 september 2000, *R.W.* 2001-2002, 154, met conclusie van eerste advocaat-generaal M.R. MOK.

verrichten van reparaties en onderhoud aan het publiek aan te kondigen, steeds moet worden aangemerkt als een ander gebruik in de zin van art. 13 A, eerste lid aanhef en onder 2 BMW» (overweging 16) (feiten van vóór de inwerkingtreding van het nieuwe protocol doch richtlijn conform geïnterpreteerd).

26. In het dispositief van het arrest overweegt het Benelux Gerechtshof «voor het geval iemand zonder toestemming van de merkhouders gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij ... specialist dan wel gespecialiseerd is in waren die door dan wel met toestemming van de merkhouders in het verkeer zijn gebracht, er sprake is van een ander gebruik in de zin van art. 13 A, eerste lid, aanhef en onder 2 BMW».

V. KRITIEK

27. Op de geschetste evolutie werd in de rechtsleer veel kritiek geuit. Bepaalde auteurs pleitten dat voor een vlottere gang van zaken de stakingsrechter alle merkenrechtelijke geschillen zou moeten kunnen beoordelen. De vordering tot staken is immers de snelste weg om een uitspraak over de grond van de zaak te verkrijgen.⁴⁴ I. Verougstraete ontwaarde reeds een mogelijke discriminatie in het onderscheid tussen de toegang tot de rechter in kortgeding en de stakingsrechter die zitting houdt zoals in kort geding.⁴⁵ De wetgever zag hier echter geen graten in. Het feit dat het slachtoffer van een namaking geen snelle rechtsvordering ter hand wordt gesteld om de schadelijke handeling te doen ophouden, kon worden verholpen door in geval van dreigend gevaar een beroep te doen op de gemeenrechtelijke procedure van het kort geding om van de rechter het bevel tot staking van de namaking te verkrijgen. De wetgever formuleerde wel een bedenking bij het subtiele onderscheid tussen de verschillende merkinbreuken uit art. 13 A BMW, geleid op de memorie van toelichting bij de Benelux merkenwet, maar het amendement dat de vordering tot staken ook voor namaking van waren of dienstmerken wilde invoeren, werd verworpen.⁴⁶ Recentelijk stelde Puttemans het «schisma» tussen het intellectuele eigendomsrecht en de oneerlijke concurrentie aan de kaak. Volgens haar berust de principe-uitspraak van het Hof van Cassatie op een historische miskleun.⁴⁷ Voor eenzelfde deloyale handeling moet de merkhouders zijn vorderingen opsplitsen naar gelang het gaat om namaak dan wel om oneerlijke handelspraktijken, overeenkomstig art. 13 A1 (a-b) dan wel (c-d). Bovendien is het, nog volgens Puttemans, door de verschillende interpretaties van het Benelux Gerechtshof niet meer zo duidelijk voor de rechter wat hij onder de ene dan wel onder de andere bepaling moet brengen. Deze problematiek wordt m.i. enkel aangescherpt met de arresten v.h. Hof van Justitie en

het Benelux Gerechtshof in de zaak Deenik. Puttemans pleitte dan ook voor de volledige afschaffing van art. 96 W.H.P.C. Haar wens ging gedeeltelijk in vervulling...

28. Samenvattend kan worden gesteld dat de internationale regelen uit het Benelux merkenrecht de toepassing van de regelen van de oneerlijke mededinging niet uitsluiten eens het merk werd gedeponeerd. De beslissing om dit toch te doen werd nationaal genomen en is een deels principiële maar hoofdzakelijk procedurele kwestie geweest. Wie stelt dat iemand eerst een depot moet verrichten om een merkenrechtelijke bescherming te genieten, heeft het goed voor. Dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen het merkenrecht en de regelen van eerlijke mededinging is duidelijk. Die specifieke merkenbescherming mag uiteraard niet worden verkregen via de gemeenrechtelijke regelen. Hieruit valt echter niets af te leiden wat de procesrechtelijke gevolgen betreft.⁴⁸ Het is immers een opportuniteitsvraag te weten wie juist de bevoegde rechter zal zijn om daden van namaking te verbieden. Dit is een keuze die de wetgever heeft gemaakt in het voordeel van de gewone, normaal bevoegde rechtbanken.⁴⁹ Dit zal inzake merken doorgaans de rechtbank van koophandel zijn (geschillen tussen twee handelaren). De merkhouders kan eenzelfde «staking» bij eigenlijke merknamaak verkrijgen via de voorzitter van de rechtbank van koophandel, maar in kort geding.

29. Het Arbitragehof vond deze verschillende procedurele behandeling onbevredigend. Het Hof knoopt aan bij de bespiegelingen uit de parlementaire voorbereiding en borduurt hierop voort met een drietal (bekende) argumenten: De expliciete bewoordingen uit de aanhef van art. 13 A BMW, het niet zo duidelijke onderscheid tussen beide categorieën van merkinbreuken en het feit dat een onrechtmatig gebruik van een merk per definitie ook als een daad van onrechtmatige mededinging kan worden beschouwd (overtreding van een wettelijke of reglementaire norm bij de uitoefening van zijn bedrijf door verkoper).⁵⁰

30. Anders dan de wetgever concludeert het Arbitragehof dat het overdreven is het efficiënte middel dat de vordering tot staking is, niet toe te laten voor de categorie merkinbreuken uit art. 13 A 1 (a-b) BMW. Anders dan in de procedure in kort geding is voor de vordering tot staking geen dringende noodzakelijkheid vereist om de voorzitter bevoegd te maken. Het is bovendien onheus dat de merkhouders zijn vordering zou moeten opsplitsen naar gelang het soort merkinbreuk (overweging B.6.2). (De beslissing van het Arbitragehof over art. 96 W.H.P.C. geldt m.i. *a fortiori* voor art. 5 van de wet van 21 oktober 1992 betreffende de misleidende reclame inzake vrije beroepen).

In een eerder arrest had het Arbitragehof nochtans een uitsluiting van de vordering tot staken als een loutere procedure kwestie afgedaan. De uitgesloten personen werd nog steeds een effectief jurisdictioneel beroep gewaarborgd voor de gewone rechtscolleges. Het verschil in behandeling ten aanzien van de van toepassing zijnde procedures verhindert niet dat de aangevoerde concurrentievervalsende praktijken zouden worden bestraft.⁵¹

⁴⁴ B. FRANCO, *l.c.*, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, 252; G. BOGAERTS en P. MAEYAERT, «Handelsnaam – Vennootschapsnaam – Merk – Bescherming en onderlinge conflicten. Rechtspraak (1990-1997)», *T.B.H.* 1999, 89-90.

⁴⁵ I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, *R.W.* 1978-1979, p. 840, nr. 41.

⁴⁶ *Parl.St. Senaat* 1986-87, nr. 464/2, p. 250, 252-253.

⁴⁷ A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Brussel, Bruylant, 2000, nr. 108.

⁴⁸ H. SWENNEN, «De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht», in te verschijnen *Hoe Europees is ons recht?*, Antwerpen, Kluwer, randnr. 37.

⁴⁹ I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, *R.W.* 1978-1979, p. 836, nr. 33.

⁵⁰ Overwegingen B.6.1 en B.6.2.

31. In principe kan men er niets op tegen hebben dat de stakingsrechter alle merkinbreuken kan beoordelen (hoewel ooit geconcipeerd als uitzondering op het beginsel van eenheid van rechtspleging).⁵² In die zin kan de beslissing van het Arbitragehof worden verwelkomd. Of dit met open armen moet gebeuren, is een andere vraag. De stakingsrechter zal er blijvend op moeten letten dat merken toch eerst via het merkenrecht worden beoordeeld en andere tekens geen quasi merkenrechtelijke bescherming wordt gegund via de regelen van de eerlijke mededinging. Art. 12 B BMW laat de bescherming van een teken dat niet als merk kan worden beschouwd onverlet, maar al te vaak wordt een beperktere maar analoge bescherming gecreëerd via de verwarringstichtende reclame uit art. 23, 8^o, W.H.P.C. Dat voor de toepassing van dit artikel, in tegenstelling tot voor

art. 13 A 1 (a-b) BMW, schade moet worden bewezen, is geen belemmering. Die schade volgt uit of is juist de verwarring.⁵³ Samen met Delcorde kan dan ook gesteld worden dat wanneer de wetgever een exclusief recht afhankelijk heeft gesteld van een bepaalde drempel, *in casu* onderscheidend vermogen van het merk, men ingaat tegen de wil van de wetgever door een dergelijk analoog recht via een andere (eenvoudige) weg te creëren.⁵⁴ Men moet nog steeds voor ogen houden dat in het concurrentierecht namaak de regel is en blijft, en bescherming de uitzondering, zoniet creëert men nieuwe mini archipels van exclusiviteit.

Victor PETITAT

Wetenschappelijk medewerker Universiteit Antwerpen (UIA)

⁵³ H. SWENNEN en R. VAN DEN BERGH, *Wet handelspraktijken*, o.c., 161.

⁵⁴ A. C. DELCORDE, «Droits intellectuels et pratiques du commerce», *l.c.*, p. 114, nr. 10.

⁵¹ Arbitragehof 13 juli 2001, *R.W.* 2001-2002, 558, met noot H. SWENNEN, «Verkopers van voorzorg».

⁵² J. LAENENS, o.c., 151.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

9 JANUARI 2002

Voorzitter: de h. Arts

Rapporteurs: de hh. De Groot en François

Advocaten: mrs. De Weerd loco Janssens en Vanhulst loco Hofströssler

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Handelspraktijken – Vordering tot staken – Niet-toepasselijkheid op daden van namaking inzake waren- of dienstmerken – Benelux merkenwet

Art. 96 Wet Handelspraktijken schendt art. 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het bepaalt dat art. 95 van dezelfde wet, dat de vordering tot staken instelt, niet van toepassing is op daden van namaking die vallen onder de wetten betreffende de waren- of dienstmerken.

Arrest nr. 2/2002

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 31 oktober 2000 heeft de Rechtbank van Koophandel te Brugge de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 96 W.H.P.C. (wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument) art. 10 en 11 van de Grondwet in zoverre art. 96 W.H.P.C. (dat de vordering tot staken instelt) niet van toepassing is op «daden van namaking die vallen onder de wetten betreffende de waren- of dienst-

merken» in de interpretatie dat onder «daden van namaking die vallen onder de wetten betreffende de waren- of dienstmerken» moet worden verstaan de daden van gebruik omschreven door art. 13.A.1.a en b BMW (eenvormige Beneluxwet van 19 maart 1962 op de merken) maar niet de daden van gebruik omschreven door art. 13.A.1.c en d BMW wat in die interpretatie betekent dat de daden van gebruik omschreven door (art.) 13.A.1.c en d BMW door de vordering tot staken kunnen worden bestreden maar de daden omschreven door (art.) 13.A.1.a en b BMW niet?»

...

In rechte

...

B.1.1. De prejudiciële vraag betreft art. 96 W.H.P.C. van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna: W.H.P.C.), luidend:

«Artikel 95 is niet van toepassing op daden van namaking die vallen onder de wetten betreffende de uitvindings-octrooien, de waren- of dienstmerken, de tekeningen of modellen en het auteursrecht en de naburige rechten.

«Het eerste lid is evenwel niet van toepassing op de dienstmerken die gebruikt worden in het Beneluxgebied op de datum van inwerkingtreding van het Protocol van 10 november 1983 houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken wanneer de eenvormige Beneluxwet op de merken de eigenaars van voornoemde merken niet toelaat zich te beroepen op de regels inzake merkenrecht.»

Art. 95 van de W.H.P.C. luidt:

«De voorzitter van de rechtbank van koophandel stelt het bestaan vast en beveelt de staking van een zelfs onder het strafrecht vallende daad die een inbreuk op de bepalingen van deze wet uitmaakt.

«Hij kan de reclame bedoeld in artikel 23 verbieden wanneer zij nog niet onder het publiek is gebracht, doch de publicatie ervan op het punt staat te gebeuren.»

«Uit de feiten en uit de motivering van het verwijzend vonnis blijkt dat de vraag enkel het eerste lid van de in geding zijnde bepaling aan het Hof onderwerpt, in zoverre het de vordering tot staking uitsluit voor daden van namaking die vallen onder de wetten betreffende «de waren- of dienstmerken».

B.1.2. Art. 3, A, 1, van de eenvormige Beneluxwet van 19 maart 1962 op de merken (hierna: B.M.W.) omschrijft de merkinbreuken waartegen de houder van een merk kan optreden, en luidt:

«Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen:

a) elk gebruik, dat in het economisch verkeer van het merk 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 overeenstemmend teken wordt gemaakt voor waren, die niet soortelijk 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.»

De verwijzende rechter gaat ervan uit dat de uitsluiting in art. 96 van de W.H.P.C. van de vordering tot staking voor daden van namaking bedoeld in de wetten betreffende de waren- of dienstmerken, enkel de merkinbreuken bedoeld in art. 13, A, 1, a en b, van de B.M.W. betreft, dit wil zeggen, het gebruik dat van een merk of een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren. In die interpretatie kunnen de merkinbreuken bedoeld in art. 13, A, 1, c en d, van de B.M.W. niet worden beschouwd als daden van namaking en is bijgevolg de vordering tot staking wel mogelijk. De verwijzende rechter steunt hierbij op een arrest van het Hof van Cassatie van 3 november 1989 dat stelt dat «art. 56 van de Handelspraktijkenwet (huidig art. 96 van de W.H.P.C.) niet toepasselijk is op handelingen die, zonder daden van namaking te zijn, een onrechtmatig gebruik van

een merk uitmaken» (Cass., 3 november 1989, *T.B.H.*, 1990, 216).

De verwijzende rechter wenst van het Hof te vernemen of de uitsluiting van de vordering tot staking voor daden van namaking, in de zin van art. 13, A, 1, a en b, van de B.M.W., terwijl een dergelijke vordering wel mogelijk is voor de andere merkinbreuken bedoeld in art. 13, A, 1, c en d, van de B.M.W., art. 10 en 11 van de Grondwet schendt.

B.2. De grondwettelijke regelen van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.3. In tegenstelling tot wat de Ministerraad betoogt, zijn daden van merknaming en andere merkinbreuken voldoende vergelijkbaar voor wat betreft de toegang tot de verschillende soorten vorderingen die kunnen worden aangewend om op te treden tegen een merkinbreuk, en dit ongeacht de aard ervan.

B.4. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 14 juli 1991 blijkt dat met het uitsluiten van de vordering tot staking ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten, meer in het bijzonder het merkenrecht, de wetgever het bijzondere beschermingsstatuut van het merkenrecht wenste af te grenzen van de algemene zorgvuldigheidsnorm vervat in de wet op de handelspraktijken: hij wilde daardoor vermijden dat niet-gedeponeerde merken toch zouden kunnen worden beschermd tegen daden van namaking via de vordering tot staking bedoeld in art. 96 van de W.H.P.C. (*Parl. St.*, Senaat, 1986-1987, nr. 464/2, p. 248-250). Tevens was de wetgever van oordeel dat, gelet op de doeltreffendheid van de bescherming via het specifieke intellectuele eigendomsrecht, elke andere bescherming op basis van onrechtmatige mededinging, overbodig zou zijn (*Parl. St.*, Kamer, 1969-1970, nr. 615/2, p. 8 en 9). Ten slotte wilde de wetgever ook bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende rechters vermijden.

Art. 96 van de W.H.P.C. neemt hierbij art. 56 van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken over, dat de stelling bekrachtigde van het arrest van het Hof van Cassatie van 16 maart 1939, waarin werd gesteld: «Inderdaad, ofwel werd het merk gedeponeerd, en dan is het beschermd door de in de wet van 1 april 1879 voorziene vorderingen; ofwel werd het niet gedeponeerd, en dan mag niemand beweren dat hij er uitsluitelijk recht op heeft, en, op dezes namaking een rechtsvordering gronden; dat, weliswaar, handelingen van oneerlijke mededinging die met een namaking van fabrieksmerk gepaard zouden gaan daarom niet zouden ophouden onder toepassing te vallen van art. 1382 B.W.; maar dat aannemen dat de namaking zelf overeenkomstig dit artikel beteugeld wordt onder de kwalificatie van oneerlijke mededinging en zonder inachtneming van de bepalingen van de wet van 1 april 1879, zou neerkomen op het verval van de wettelijke beginselen betreffende de bescherming van fa-

bricksmerken;» (Cass., 16 maart 1939, *Arr. Verbr.*, 1939, 101).

B.5. Het bekritiseerde onderscheid in behandeling berust op een objectief criterium, namelijk de soort van merkinbreuken. Terwijl daden van namaking bedoeld in art. 13, A, 1, a en b, van de B.M.W. te maken hebben met het gebruik van het merk voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, hebben de merkinbreuken bedoeld in art. 13, A, 1, c en d, van de B.M.W. te maken, hetzij met het gebruik van het merk voor waren die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, hetzij met een gebruik anders dan ter onderscheiding van waren. Terwijl de eerste soort van merkinbreuken aldus te maken heeft met de specificiteit van het merk, geldt dit niet voor de tweede soort van merkinbreuken, die te maken hebben met het onderscheidend vermogen van het merk en de aantrekkingskracht ervan.

B.6.1. Rekening houdende met het doel en de gevolgen van de in geding zijnde maatregel, is dat criterium van onderscheid, gebaseerd op de soort van merkinbreuk, evenwel niet relevant ten aanzien van de doelstelling van de wetgever, zoals uiteengezet in B.4. Integendeel, een dergelijk criterium leidt ertoe dat wordt afgeweken van die doelstelling. Reeds in de parlementaire voorbereiding van de wet van 14 juli 1991 stelde de bevoegde minister dat «de vraag (nochtans) rijst (...) of een dergelijk, vaak subtiel onderscheid gerechtvaardigd is. Men kan er namelijk van uitgaan dat het begrip «daden van namaking» in art. 56 betrekking heeft op elke namaking van het voorwerp waarvoor een intellectueel recht bestaat (in dit geval, het merk), onder welke vorm die namaking ook geschiedt, terwijl volgens de toelichting bij art. 56 de «geschillen inzake intellectuele rechten worden uitgesloten». Daarnaast schijnt de Beneluxwetgever als daden van namaking van merken zowel die van art. 13 A.1 als die van art. 13 A.2 te hebben bedoeld» (*Parl. St.*, Senaat, 1986-1987, nr. 464/2, p. 250 en 251). Immers, luidens de bewoordingen van art. 13, A, 1, eerste zin, van de B.M.W. kan de merkhouders zich op grond «van zijn uitsluitend recht» en «onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad» verzetten tegen elk van de vier merkinbreuken die in die bepaling zijn opgesomd, zodat het Hof niet inziet waarin het criterium van de aard van de merkinbreuk, verbonden aan de specificiteit van het merk, pertinent is ten aanzien van het al dan niet toelaten van de vordering tot staking voor daden van gebruik van het merk die tegelijk een merkinbreuk in de zin van art. 13, A, 1, van de B.M.W. uitmaken en strijdig zijn met de W.H.P.C. Dit geldt des te meer nu uit de rechtspraak blijkt dat het onderscheid tussen beide soorten van merkinbreuken die in de prejudiciële vraag worden vergeleken, in de praktijk niet steeds zo duidelijk is (zie bijvoorbeeld Benelux-Gerechtshof, 20 december 1993, *Daimler-Benz/Haze*, *Jur.*, 1993, 65).

B.6.2. De maatregel heeft bovendien tot gevolg dat de merkhouders wel de vordering tot staking bedoeld in art. 96 van het W.H.P.C. kan aanwenden tegen de begeleidende handelingen van merkinbreuken en de merkinbreuken bedoeld in art. 13, A, 1, c en d, van de B.M.W., maar niet tegen de merkinbreuken die daden van namaking zijn in de zin van art. 13, A, 1, a en b, van de B.M.W. en die nochtans per definitie «een onrechtmatig gebruik van een merk» in de

zin van het in B.1.2. geciteerde arrest van het Hof van Cassatie en aldus een daad van onrechtmatige mededinging uitmaken. Het is bijgevolg overdreven het efficiënte rechtsmiddel dat de vordering tot staking is, niet toe te laten voor deze laatste categorie van merkinbreuken. Immers, anders dan in kort geding, vereist de vordering tot staking geen dringende noodzakelijkheid om de voorzitter van de rechtbank van koophandel bevoegd te maken. Bovendien is de beslissing bindend voor de rechter ten gronde. Weliswaar kan de bijzondere aard van het merkenrecht een invloed hebben op de beschermingsomvang en op de bewijsregels inzake de diverse merkinbreuken, maar het is kennelijk onevenredig een efficiënte rechtsvordering te onthouden aan de merkhouders voor die merkinbreuken die het wezen zelf van het merk aantasten en hem te verplichten zijn vordering op te splitsen naar gelang van de soort van merkinbreuk.

B.7. De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

NOOT – Zie elders in dit nummer de bijdrage van V. Petitat, «De vordering tot staken tegen merkinbreuken: mogelijk gemaakt. Enkele kanttekeningen bij het arrest van het Arbitragehof nr. 2/2002 van 9 januari 2002».

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 21 MEI 2001

Voorzitter: de h. Boes

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Werquin

Advocaat: mr. Simont

Verjaring – Vijfjarige verjaringstermijn – Toepassingsgebied – Schuld waarvan het bedrag bepaald en in eenmaal terugbetaalbaar is – Terugvordering van onrechtmatig ontvangen bedragen

Een schuld waarvan het bedrag bepaald en in eenmaal terugbetaalbaar is, valt niet onder toepassing van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 2277 B.W., dat er hoofdzakelijk toe strekt de schuldenaar te beschermen tegen een verhoging van de schuld.

De vijfjarige verjaringstermijn van art. 2277 B.W. is niet van toepassing op ten onrechte betaalbare bedragen, omdat de verplichting van de verkrijger niet bestaat in periodieke uitkeringen, maar wel in een verplichting tot teruggave van onrechtmatige ontvangen bedragen.

R.V.A. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 juni 2000 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van art. 1235, 1376, 2262bis, § 1, eerste lid (als ingevoerd bij wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring) en 2277 B.W. en

schending van art. 10 van bovenvermelde wet van 10 juni 1998;

...

Overwegende dat krachtens art. 2262bis, § 1, eerste lid, B.W. alle persoonlijke rechtsvorderingen verjaren door verloop van tien jaar;

Overwegende dat luidens art. 2277 B.W. termijnen van alijdurende renten en van lijfrenten, die van uitkeringen van levensonderhoud, huren van huizen en pachten van landeigendommen, interesten van geleende sommen, en in het algemeen, al hetgeen betaalbaar is bij het jaar of bij kortere termijnen, verjaren door verloop van vijf jaren;

Overwegende dat een schuld waarvan het bedrag bepaald en in eenmaal terugbetaalbaar is, niet onder de toepassing valt van voormeld art. 2277, dat hoofdzakelijk ertoe strekt de schuldenaar te beschermen tegen een verhoging van de schuld;

Dat die bepaling niet van toepassing is op ten onrechte betaalde bedragen, omdat de verplichting van de verkrijger niet bestaat in periodieke uitkeringen, maar wel in een verplichting tot teruggave van onrechtmatig ontvangen bedragen; dat die verplichting niet te vergelijken is met de schuld van periodieke uitkeringen, omdat zij niet voortvloeit uit de bepaling inzake betaling ervan, maar wel uit de regelen betreffende de betaling van onverschuldigde bedragen;

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat eiser op 18 februari 1998 op grond van onverschuldigde betaling de terugbetaling vorderde van gedurende de periode van 1 juli 1991 tot en met 31 augustus 1994 door verweerster ten onrechte ontvangen onderbrekingsuitkeringen;

Overwegende dat het arrest met toepassing van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 2277 B.W. oordeelt dat de verjaring is ingetreden op 17 februari 1993 en beslist dat «de terugvordering (...) voor de periode van 1 juli 1991 tot en met 17 februari 1993 verjaard is»;

Dat het arrest door aldus te oordelen de in het middel aangehaalde wetsbepalingen schendt;

Dat het middel gegrond is.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 26 JUNI 2001

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Van hoogenbemt

Openbaar ministerie: de h. Duinslaeger

Advocaten: mrs. De Geest en Buisseret

Hof van assisen – 1. Overhandiging van processtukken – Geen substantiële noch op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit – 2. Vertonen van overtuigingsstukken – Begrip «Overtuigingsstukken» – Stukken die in beslag werden genomen – 3. Getuigen – a) Eedaflegging – Verhoor op verscheidene terechtzittingen – Blijvend onder eed – b) Verplichting tot afzondering – Geen substantiële noch op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit

1. Art. 341, eerste lid, Sv., dat voorschrijft dat de voorzitter, na de vragen aan de gezworenen te hebben gesteld, en te hebben overhandigd, hen tevens de akte van beschuldiging, de

processen-verbaal die het misdrijf vaststellen, en de processtukken, met uitzondering van de schriftelijke verklaringen van de getuigen, overhandigt, is geen substantiële formaliteit en is evenmin op straffe van nietigheid voorgeschreven.

2. De voorzitter doet krachtens art. 329 Sv. in de loop van het getuigenverhoor of daarna, alle stukken die op de misdrijven betrekking hebben en tot overtuiging kunnen dienen, aan de beschuldigten vertonen en ook aan de getuigen, indien daartoe redenen zijn. Onder de stukken bedoeld in art. 329 Sv., worden uitsluitend begrepen de stukken die werden in beslag genomen om als bewijs ten gunste of ten laste van de beschuldigten te dienen, en niet de processtukken, bedoeld in de art. 133 en 305 Sv.

3. a) Een getuige van wie de naam op de lijst van de opgeroepen getuigen voorkomt en die de eed ter zitting heeft afgelegd, blijft onder eed, ook al wordt hij bij herhaling of op verscheidene terechtzittingen gehoord.

b) Art. 316 Sv., dat voorschrijft dat de getuigen zich moeten begeven naar de voor hen bestemde kamer, die zij enkel mogen verlaten om hun getuigenis af te leggen, is geen substantiële noch op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit.

V.S. t/ G.H. e.a.

Gelet op:

- het arrest met betrekking tot de zuivering van de nietigheden, gewezen op 26 oktober 2000 door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling;
- het arrest waarbij eiser naar het Hof van Assisen werd verwezen, gewezen op 26 oktober 2000 door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling;
- de arresten van 5, 12, 13 en 14 maart 2001, gewezen door het Hof van Assisen van de provincie Antwerpen;

...

Over het eerste middel:

Overwegende dat art. 341, eerste lid, Sv. voorschrijft dat de voorzitter, na de vragen aan de gezworenen te hebben gesteld en te hebben overhandigd, hen tevens de akte van beschuldiging, de processen-verbaal die het misdrijf vaststellen, en de processtukken, met uitzondering van de schriftelijke verklaringen van de getuigen, overhandigt;

Overwegende dat de formaliteit, voorgeschreven door art. 341 Sv., noch substantieel, noch op straffe van nietigheid is voorgeschreven;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel:

Overwegende dat de voorzitter krachtens art. 329 Sv., in de loop van het getuigenverhoor of daarna, alle stukken die op de misdrijven betrekking hebben en tot overtuiging kunnen dienen, aan de beschuldigten doet vertonen en ook aan de getuigen, indien daartoe redenen zijn;

Dat onder de stukken, bedoeld in art. 329 Sv., uitsluitend worden begrepen de stukken die werden in beslag genomen om als bewijs ten gunste of ten laste van de beschuldigde te dienen, niet de processtukken, bedoeld in art. 133 en 305 Sv.;

Overwegende dat uit het proces-verbaal der terechtzitting blijkt dat alle stukken die op de misdrijven betrekking hebben en tot overtuiging kunnen dienen, aan de beschuldigten vertoond geworden zijn en ook aan de getuigen, indien daartoe redenen bestonden, en dat de voorzitter aan de beschuldigten heeft gevraagd om persoonlijk te antwoorden of zij die stukken herkenden, dit alles overeenkomstig art. 329 Sv.;

Overwegende dat bij tussenarrest van 12 maart 2001 gesteld werd dat de nietig verklaarde inlichtingen en het nietig verklaarde overtuigingsstuk niet ter sprake werden gebracht door de onder ede gehoorde getuigen en dat dit overtuigingsstuk niet werd vertoond aan de beschuldigten, de getuigen of de gezworenen;

Overwegende dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting niet blijkt dat het nietig verklaarde overtuigingsstuk aan de getuigen of de gezworenen werd vertoond;

Dat derhalve het middel in zoverre het aanvoert dat het proces-verbaal van de terechtzitting en het tussenarrest van 12 maart 2001 tegenstrijdig zijn met betrekking tot het vertonen van het nietig verklaarde overtuigingsstuk aan de gezworenen of de getuigen, feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat het middel in zoverre het aanvoert dat het proces-verbaal van de terechtzitting en het tussenarrest van 12 maart 2001 tegenstrijdig zijn met betrekking tot het vertonen van het nietig verklaarde overtuigingsstuk aan de beschuldigten, bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is, daar de beschuldigten dit overtuigingsstuk in vroegere fases van de procedure reeds konden inzien, zodat de huidige overlegging hen geenszins kon schaden;

Dat het middel in zoverre niet ontvankelijk is;

...

Over het zesde middel:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat een getuige van wie de naam op de lijst van de opgeroepen getuigen voorkomt en die de eed ter zitting heeft afgelegd, onder eed blijft, ook al wordt hij bij herhaling of op verscheidene terechtzittingen gehoord;

Overwegende dat de bevoegdheid van de voorzitter om naargelang van de noodwendigheden van een efficiënt procesverloop te beslissen een getuige op een latere terechtzitting verder te ondervragen, niet verhindert dat deze getuige blijvend onder eed wordt ondervraagd;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de formaliteit, voorgeschreven door art. 316 Sv., noch substantieel, noch op straffe van nietigheid is voorgeschreven;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

Overwegende dat eiser, die zich over de grond van de zaak heeft verdedigd zonder zich op de schending van dit artikel te beroepen, dit niet voor het eerst voor het Hof kan aanvoeren;

Dat het middel in zoverre niet ontvankelijk is;

...

NOOT – *Over de overhandiging van de processtukken aan de jury*

1. De overhandiging van de in art. 341 Sv. omschreven processtukken is bedoeld om de gezworenen de gelegenheid te geven om zelf inzage te nemen van het strafdossier (Ch. Nouguié, *La cour d'assises*, nr. 3062; G. Le Poitevin, *Code d'instruction criminelle*, art. 341, nr. 70).

In de wet staat wel vermeld dat deze overhandiging gebeurt na het stellen van de vragen, maar het is evident dat deze afgifte van de processtukken ook vroeger mag geschieden (Cass. fr., 20 november 1891, *D.*, 1892, I, 439).

2. Van meetaf heeft de rechtspraak aangenomen dat het voorschrift van art. 341 Sv. niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, omdat de beslissing van de jury gebaseerd is op de debatten, op de mondelinge behandeling ter terechtzitting en niet op de processtukken (S. Sasserath, *La cour d'assises*, in *Les Nouvelles, Procédure pénale*, II, nr. 1539). De processen-verbaal, de schriftelijke verklaringen en de expertises dienen slechts als aanvullende inlichtingen.

3. Zo er geen cassatiemiddel kan worden geput uit de niet-naleving van de formaliteit voorgeschreven door art. 341 Sv., dan is dat echter helemaal anders mocht de verdediging hebben geconcludeerd over de overhandiging van de processtukken met het oog op de toepassing van art. 408, § 2, Sv. Als de verdediging immers de overhandiging van bepaalde stukken vraagt of als het openbaar ministerie daartoe vordert, beslist de voorzitter over het verzoek, en bij betwisting moet het hof daarover uitspraak doen (Ch. Nouguié, *o.c.*, nr. 3070; G. Le Poitevin, *o.c.*, art. 341, nr. 88).

4. Maar in geval van verzuim of weigering uitspraak te doen over het verzoek van de beschuldigde of van het openbaar ministerie dat ertoe strekt gebruik te maken van dat recht door de wet verleend, hoewel de sanctie van de nietigheid niet uitdrukkelijk door de tekst is gesteld op het ontbreken van deze formaliteit waarvan de inachtneming werd verzocht of gevorderd, zal dit verzuim of deze weigering aanleiding geven tot nietigheid (Cass. fr., 30 januari 1851, *D.*, 1851, I, 47; Cass., 25 mei 1925, *Pas.*, 1925, I, 258; S. Sasserath, *o.c.*, nrs. 1551-1552).

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 29 NOVEMBER 2001

Voorzitter: de h. Boes

Rapporteur: de h. Waûters

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. Wouters en Geinger

Vereffening en verdeling – Proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden – Neerlegging ter griffie van de rechtbank – Nieuwe beweringen en zwaarigheden aangevoerd bij de rechtbank – Ontvankelijkheid – Overmacht

De appèlrechter oordeelt te dezen dat in de regel beweringen en zwaarigheden die niet voor de notaris zijn aangevoerd, (tenzij met akkoord van de partijen) niet voor het eerst voor

de rechter kunnen worden aangevoerd, maar past die regel niet toe omdat de notariële staat van vereffening-verdeling en het hieropvolgende proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden totstandkwamen op grond van gebrekkige en onvolledige gegevens die men «bewust en gewild» aan de notaris heeft willen onthouden en waarvan de benadeelde partijen pas later kennis kregen.

Het middel tot cassatie dat enkel de niet-toepassing van de vermelde regel bekritiseert, maar niet de zelfstandige redenen op grond waarvan de appelrechter de vooropgestelde regel niet toepast, kan niet tot cassatie leiden.

S. t/ S.-V.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 november 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Over het middel, gesteld als volgt:

Schending van art. 1209 tot 1223 Ger. W.,

doordat het bestreden arrest het hoger beroep uitgaande van de verweerders toelaatbaar en gegrond verklaart, het beroepen vonnis tenietdoet, de zwaarigheden door de verweerders voor het eerst geformuleerd bij conclusie voor de eerste rechter alsoz ontvankelijk (toelaatbaar) verklaart, de partijen terug naar de boedelnotaris verwijst teneinde de staten van vereffening en verdeling te vervolledigen, en de kosten van beide instanties voor vier vijfden ten laste van de eisers legt, en dit op de volgende gronden: «Bij het bestreden vonnis werd recht gedaan omtrent de zwaarigheden door de partijen geformuleerd op de staat van vereffening en verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de nalatenschappen van de echtgenoten S. en D.; tevens oordeelde de eerste rechter de «nieuwe» zwaarigheden voor het eerst voor haar geformuleerd, niet ontvankelijk. Met hun hoger beroep trachten (de verweerders) de «nieuwe» zwaarigheden gegrond te doen bevinden. (...). In de op te stellen staat van vereffening en verdeling moeten uiteraard alle onverdeelde patrimoniale elementen worden begrepen; het komt aan de belanghebbenden toe de boedelnotaris alle gegevens ter beschikking te stellen (art. 1213 Ger. W.) opdat hij zijn opdracht naar behoren zou kunnen vervullen/eventueel aan de notaris zelf alle nuttige opzoekingen – steeds met hetzelfde doel – te verrichten; op grond daarvan kan worden uitgemakt dat het beschikbaar deel van de nalatenschap (in dit geval de nalatenschap D.) is, wat het aandeel is van elke gerechtigde en wat precies aan elke gerechtigde kan/moet worden aanbedeeld om eenieder in zijn rechten te voldoen (...). Terzake voeren (de verweerders) aan dat, behoudens de elementen vervat in de nalatenschap D. – blijkens de notariële staat van de boedelnotaris opgesteld op 10 oktober 1991 – in het vermogen D. onder meer nog effecten waren begrepen, terwijl zeer belangrijke geldsommen ontbreken; zij baseren zich daartoe op een brief van de bank gedateerd van 15 juli 1992, mede een strafonderzoek, gevoerd ingevolge klacht met burgerlijke partijstelling in maart 1993. Daar de zwaarigheden ten overstaan van de werkende notaris werden geformuleerd op 29 november 1991, heeft de notaris zijn advies gegeven – waaromtrent geen overeenstemming tussen de partijen – op 16 december 1991, waarna de desbe-

treffende P.V.'s door notaris D. ter griffie van de rechtbank werden neergelegd. Bij brief van 15 juli 1992 liet de bank aan de gewezen advocaat voor (de verweerders) een lijst ge worden van effecten die – in de loop van de jaren – door wijlen mevrouw D. in haar agentschap(pen) werden aangekocht, terwijl een kwitantie overligt waaruit blijkt dat – althans wat betreft de effecten I. voor een nominaal bedrag van 24.000 DM – door (de eisers) werden in ontvangst genomen in april 1988 (hetzij na het overlijden van mevrouw D.) van de bank (...), in afwezigheid van de overige medegerechtigden (de verweerders). De eerste rechter heeft geoordeeld dat (de verweerders) vervallen waren van het recht voor haar aanvullende geschilpunten aan te voeren, stellende dat alle zwaarigheden voor notaris moeten worden geformuleerd; het (hof van beroep) kan zich – in de concrete omstandigheden – bij deze beslissing noch bij de onderliggende motieven aansluiten (...). Het proces-verbaal van zwaarigheden van 29 november 1991 is – in beginsel – de akte van rechtsingang; met de heersende rechtsleer en recht spraak moet worden beaamd dat deze akte het debat strikt aflijnt, derwijze dat nieuwe betwistingen niet – voor het eerst – aan te voeren zijn voor de rechter. Deze zienswijze, beaamd in het cassatiearrest van 6 april 1990, voldoet aan de behoeften; immers, de notaris die eerste rechter is, dient – opdat hij deze taak zou kunnen vervullen – bij de uitvoering van zijn opdracht volledig ingelicht te zijn en onder meer de standpunten van partijen (volledig) te kennen, dit te meer daar de notaris de vereffening en verdeling benaarstigt (niet de rechter die een loutere controlefunctie heeft) en primordiaal de opdracht heeft de partijen te verzoenen. Bovendien is de gerechtelijke verdeling op zichzelf een omslachtige procedure; toestaan dat steeds weer – in elke stand van de procedure tot gerechtelijke vereffening en verdeling – nieuwe betwistingen geformuleerd kunnen worden, zou de procedure hopeloos compliceren en rekken. Vandaar ook dat de rol van de rechter zich – in beginsel – beperkt tot homologeren van de notariële staat of tot het geven van richtlijnen aan de notaris, hoe door deze moet worden gehandeld. Voormeld beginsel kan evenwel niet gehandhaafd worden, wanneer na de zwaarigheden blijkt dat de staat van de notaris (en de zwaarigheden daarop geformuleerd) totstandkwam op grond van gebrekkige en onvolledige gegevens die aan de notaris – terzake bewust en gewild door (de eisers) – zijn onthouden; de heling van erfgoederen die waarschijnlijk wordt gemaakt, onder meer door de kwitantie voor ontvangst van de effecten voormeld, is ten andere afdoende om de beslissing tot berechtiging van de nieuwe zwaarigheden te onderbouwen, omdat (de verweerders) pas na neerlegging van het P.V. van zwaarigheden ter griffie kennis kregen van het bestaan van de dito effecten (en de inontvangstneming ervan door hun medegerechtigden) en van andere waarden (niet vervallen, op het ogenblik van het overlijden), alsook van de overzichten van verhandelingen op rekeningen. Het voren gestelde impliceert dat de bestreden beslissing moet worden tenietgedaan. Het komt passend voor dat terzake de staten van vereffening en verdeling worden vervolledigd».

Terwijl uit art. 1209 tot 1223 Ger. W. en uit de toelichting daarbij in het verslag van de Koninklijke Commissaris volgt dat die wetsbepalingen aldus moeten worden gelezen dat slechts de betwistingen uitgedrukt in of voortvloeiend uit de beweringen en zwaarigheden opgenomen overeenkomstig

art. 1218 Ger. W. in het proces-verbaal van de boedelnotaris, door de neerlegging ter griffie van de uitgifte van dit proces-verbaal bij de rechtbank aanhangig worden gemaakt, behoudens het akkoord van de partijen om andere betwistingen aan de rechter voor te leggen; het bestreden arrest vaststelt dat door de verweerders «nieuwe» zwaarigheden (betwistingen) werden geformuleerd, met name zwaarigheden (betwistingen) die voor het eerst voor de eerste rechter werden geformuleerd en die niet waren uitgedrukt in of voortvloeien uit de beweringen en zwaarigheden opgenomen in het proces-verbaal van de notaris; het bestreden arrest niet vaststelt dat de partijen akkoord gingen om andere betwistingen dan die uitgedrukt of voortvloeiend uit de beweringen en zwaarigheden opgenomen in het proces-verbaal van de notaris, aan de rechter voor te leggen; het tegendeel blijkt uit de appèlconclusies van de eisers, waarin met name de onontvankelijkheid van nieuwe zwaarigheden, de ontoelaatbaarheid als vordering, werd opgeworpen; de regelen die het Gerechtelijk Wetboek voorschrijft met betrekking tot de gerechtelijke vereffening-verdeling bindend zijn voor de rechter,

zodat het bestreden arrest niet wettig vermocht te oordelen dat de verweerders aanvullende geschilpunten, met name de zwaarigheden voor het eerst geformuleerd bij conclusie voor de eerste rechter ontvankelijk (toelaatbaar) zijn, en alzo niet wettig het beroepen vonnis teniet vermocht verklaren:

Overwegende dat het arrest oordeelt dat in de regel zwaarigheden die niet voor de notaris zijn aangevoerd, niet voor het eerst voor de rechter kunnen worden aangevoerd;

Dat het arrest evenwel die regel niet toepast en de zwaarigheden tegen de staat van vereffening en verdeling van 29 november 1991, die de verweerders voor de notaris niet hebben aangevoerd, ontvankelijk verklaart op grond dat: 1) de staat van de notaris en de zwaarigheden die daartegen werden geformuleerd, totstandkwam op grond van gebrekkige en onvolledige gegevens die de eisers bewust en gewild aan de notaris hebben onthouden; 2) de verweerders pas na de neerlegging ter griffie van het proces-verbaal van zwaarigheden kennis kregen van het bestaan van de bedoelde effecten en van de inontvangstneming ervan door hun medegerechtigden en van andere waarden, niet vervallen op het ogenblik van het overlijden, alsmede van overzichten van verhandelingen op rekeningen;

Overwegende dat het middel deze zelfstandige redenen op grond waarvan het arrest de vooropgestelde regel niet toepast, niet bekritiseert;

Dat het middel, al was het gegrond, niet tot cassatie kan leiden, mitsdien niet ontvankelijk is.

NOOT – Over de (on)ontvankelijkheid van niet te gepasten tijde opgeworpen «beweringen en zwaarigheden» in het raam van een vereffening-verdeling

1. Het bovenstaande cassatiearrest loont de moeite voor enkele korte beschouwingen inzake de (on)ontvankelijkheid van niet te gepasten tijde opgeworpen «beweringen en zwaarigheden» in het raam van een vereffening-verdeling. Het feit dat het Hof van Cassatie de voorziening om eerder «cassatietechnische» redenen verwerpt, mag hieraan niet in de weg staan. Het bestreden arrest, zoals overgenomen «in het hart» van het bedoelde cassatiearrest, «behartigt» het

vermelde, uiterst interessante probleemgebied. Eisers (tot cassatie) beperken zich echter tot een verwijt aan de appèlrechter het hierna besproken beginsel niet te hebben toegepast, terwijl de bestreden beoordeling veeleer draait om de gebeurlijke uitzonderingen op, dan wel nuanceringen bij het bedoelde beginsel. Zodoende «zagen» eisers slechts aan «één poot» waarop het bestreden arrest «stoelt», en dan nog de verkeerde. Het arrest blijft overeind op grond van «zelfstandige» en niet, althans niet met zoveel woorden, door eisers bekritiseerde redenen. Hun middel, al was het gegrond, kan niet tot cassatie leiden.

2. De echtgenoten A.S. en Y.D. zijn overleden op respectievelijk 28 oktober 1984 en 31 maart 1988. Het aan het geannoteerde arrest ten grondslag liggende dossier strekt tot (gerechtelijke) vereffening-verdeling van hun (gewezen) huwelijksgemeenschap en van hun beider nalatenschappen.

Het echtpaar heeft vijf gemeenschappelijke kinderen. De vier eisers (tot cassatie) zijn de nog in leven zijnde kinderen; de drie verweerders (in cassatie) zijn respectievelijk de twee kinderen en de echtgenote van het (op 7 november 1985) vooroverleden vijfde kind, L.S.

3. Anders dan de eerste rechter (Rb. Veurne, 27 mei 1994 inzake met A.R. nr. 1989/10.785, *onuitgegeven*), verklaart de appèlrechter (Gent, 13 november 1998 inzake met A.R. nr. 1994/2325, *onuitgegeven*) de door verweerders opgeworpen «nieuwe» beweringen en bezwaarigheden ontvankelijk.

De bedoelde beweringen en bezwaarigheden dateren nochtans van na de (notariële) redactie van het proces-verbaal van beweringen en bezwaarigheden (op 29 november 1991 en van na het notariële advies van 16 december 1991). Verweerders formuleren een en ander pas voor het eerst in hun in eerste aanleg op 12 juli 1993 ter griffie neergelegde conclusie.

Niettemin verklaart de appèlrechter ze ontvankelijk, omdat pas *a posteriori*, aan de hand van een brief van de bank van 15 juli 1992, is gebleken dat eisers «bewust en gewild» belangrijke en terzake doende vermogensinformatie hebben achtergehouden, te meer daar nu ook sprake is van (waarschijnlijk gemaakte) heling door eisers.

4. In het licht van de cassatiearresten van 6 april 1990 (*Arr. Cass.*, 1989-90, 1036) en 9 mei 1997 (*P & B*, 1998, 3) bestrijden eisers voormelde beoordeling, omdat «uit art. 1209-1223 Ger. W. en uit de toelichting daarbij in het verslag van de koninklijke commissaris over de gerechtelijke hervorming (Ch. Van Reepingen) volgt dat die wetsbepalingen aldus moeten worden gelezen dat slechts de betwistingen uitgedrukt in of voortvloeiend uit de beweringen en zwaarigheden opgenomen (overeenkomstig art. 1218 Ger. W.) in het proces-verbaal van de boedelnotaris, door de neerlegging ter griffie van de uitgifte van dit proces-verbaal, bij de rechtbank aanhangig worden gemaakt, tenzij de partijen akkoord gaan om andere betwistingen aan de rechter voor te leggen». Een dergelijk akkoord ligt in het onderhavige geval niet voor.

De vermelde gerechtelijke commissaris stelt (in zijn *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 463) inderdaad als regel voorop dat «geen enkele tegenspraak nog ontvankelijk (is) na de sluiting van (het) proces-verbaal (van beweringen en zwaarigheden), tenzij de rechtbank een verlenging van termijn toekent, indien gerechtvaardigde redenen worden ingeroepen» (zie reeds:

Brussel, 21 november 1936, *Rev. prat. not. b.*, 1936, (718), 721, waarin de appèlrechters overwegen dat «le tribunal ne peut être appelé à juger les contestations que pour autant qu'elles aient été reçues par les notaires en un procès-verbal séparé et qu'elles aient été soumises au juge commissaire qui a pour mission de concilier les parties et de faire rapport», welke formaliteiten de openbare orde raken omdat zij de gerechtelijke organisatie aanbelangen).

Een verlenging van de in art. 1218, tweede lid *in fine* Ger. W. bedoelde termijn is in het onderhavige geval evenmin aan de orde.

5. Zodoende zijn, althans in beginsel, de niet «te gepasten tijde» voor de boedelnotaris, maar voor het eerst voor de homologatierechter opgeworpen «nieuwe» beweringen en zwaarigheden onontvankelijk. Een uitbreidende dan wel wijzigende vordering in de zin van art. 807 Ger. W. berustende op in de «gedinginleidende akte» en met name in het proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden aangevoerde (rechts)feiten dan wel (rechts)handelingen, is m.i. wel mogelijk (vgl.: J.B., noot onder Brussel, 21 november 1936, *Rev. prat. not. b.*, 1936, 723).

6. Dit uitgangspunt strookt volkomen met de belangrijke taak die, in de lijn van het Gerechtelijk Wetboek, inzake vereffening-verdeling (van een ontbonden huwelijksgemeenschap, dan wel van een nalatenschap) aan de (boedel)notaris toekomt (zie terzake: F. Bouckaert, noot onder Cass., 6 april 1990, *T. Not.*, 1990, 238-239; A. Wylleman, «Onwil, vertraging en misverstand in de procedure tot gerechtelijke verdeling na echtscheiding», *A.J.T.*, 1995-96, p. 215, nrs. 53-54).

De notaris is te dezen immers de eerste rechter, zodat het hem, na een verzoeningspoging, in eerste instantie toekomt omtrent de bedoelde betwistingen (beweringen en zwaarigheden) te adviseren en vervolgens stelling te nemen. De notaris heeft trouwens veel meer «speelruimte» dan een gewone rechter om een voor partijen aanvaardbare beslissing te bewerkstelligen. Niettemin moet de notaris bovenal onpartijdig blijven. Hij neemt stelling, ongeacht of deze in het voordeel dan wel in het nadeel van «de cliënten» uitvalt (zoals recentelijk nog beklemtoond in Brussel, 13 november 2001, elders in dit nummer opgenomen).

De taak van de (homologatie)rechter is er daarentegen toe beperkt de reeds notarieel «voorgekauwde», maar zich blijvend voordoende twistpunten definitief te beslechten. Dit gebeurt dan nog in die zin dat hij, in voorkomend geval, de zaak terug naar de notaris verwijst, teneinde zijn staat van vereffening-verdeling overeenkomstig de rechterlijke instructies aan te passen. Terwijl de notaris reeds de grenzen van het homologatiedebat heeft getrokken, geeft de homologatierechter (die de zienswijze van de notaris kent, hem, enkel waar nodig) verdere instructies teneinde de notariële werkzaamheden te beëindigen.

De notaris treedt ten andere niet op als een (gerechtelijk) deskundige, maar vervult een specifieke taak die de taak van een deskundige «overstijgt» (Cass., 8 juni 2000, *P & B*, 2000, 240).

In die optiek moge duidelijk zijn dat de rechter die de vereffening-verdeling beveelt en notarissen aanstelt, geen maatregel neemt «alvorens verder recht te doen» (om de vordering te onderzoeken of de toestand van de partijen voorlopig te regelen) in de zin van art. 19, tweede lid, Ger. W.; de bedoelde beslissing is daarentegen een eindbeslissing

in de zin van art. 19, eerste lid, Ger. W., met alle gevolgen vandien (zie bv. ook: D. Sterckx, noot onder Cass., 19 december 1991, *Rev. not. b.* 1992, 106). Aldus beslist het Hof van Cassatie in zijn arrest van 12 januari 1979 (*Arr. Cass.*, 1978-79, 540) dat, wanneer de appèlrechters het bedoelde bevel van vereffening-verdeling (alsook de aanstelling van de notarissen) bevestigen, zij «geenszins een door het beroepen vonnis bevolen onderzoeksmaatregel of daarmee gelijk te stellen maatregel bevestigen en dientengevolge niet gehouden (zijn) de zaak, overeenkomstig art. 1068, tweede lid, Ger. W., naar de eerste rechter te verwijzen» (zoals bevestigd in Cass., 19 december 1991, *Rev. not. b.*, 1992, 102, met noot D. Sterckx, *T.B.B.R.*, 1993, 153, noot Ph. De Page). In diezelfde zin oordeelt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 8 juni 2000 (*P & B*, 2000, 240) dat «de opdracht gegeven aan een notaris een aanvullende staat van «afrekening-verdeling» en een boedelbeschrijving te maken in het raam van een gerechtelijke verdeling (evenmin een) onderzoeksmaatregel uitmaakt, ook al wordt de behandeling van de geschilpunten door de rechtbank verdaagd tot na de opstelling van de inventaris».

De, in voorkomend geval, later volgende procedure inzake de beweringen en zwaarigheden is in wezen een «nieuwe» procedure die, procedureel gezien, niet *per se* «voortbouwt» op die waarbij om het bevel tot vereffening-verdeling en de aanstelling van de notarissen wordt verzocht. Zij wordt, eens te meer in eerste aanleg, aanhangig gemaakt overeenkomstig art. 1219, § 2, Ger. W., door neerlegging ter griffie van het proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden (zie ook: Brussel, 13 november 2001, elders in dit nummer opgenomen, waarin de appèlrechters, m.i. terecht, het beroepen vonnis hervormen in zoverre de eerste rechter, na het bevel tot vereffening-verdeling en de aanstelling van de notarissen, de zaak naar de algemene rol verzendt: «De rechter die beslist tot de verdeling van een onverdeeldheid en de partijen verwijst naar een of twee notarissen, beveelt geen onderzoeksmaatregel, maar spreekt een eindbeslissing uit.»; vgl.: Ph. De Page, noot onder Cass., 19 september 1991, *T.B.B.R.*, 1993, p. 159, nr. 3, die, m.i. ten onrechte, betoogt dat, waar de appèlrechters zodoende een definitieve beslissing nemen in de zin van art. 1068 Ger. W., zij later, met uitsluiting van de eerste rechter, meteen bevoegd zijn voor de beslechting van de gebeurlijke beweringen en zwaarigheden).

Weigert een notaris de hem opgedragen medewerking, zo bv. het in art. 1219, § 2, Ger. W. bedoelde proces-verbaal op te stellen, dan moet de meest gereede partij in zijn vervanging voorzien, zij het middels een nieuwe procedure (zie terzake: Rb. Kortrijk, 8 september 1995, *T. Not.*, 1996, 128, noot F. Bouckaert, zie ook: Brussel, 17 januari 2000, elders in dit nummer opgenomen).

7. Een en ander maakt dat het niet zou opgaan om (stelselmatig) «nieuwe» beweringen en zwaarigheden aan te voeren, die niet te gepasten tijde voor de (boedel)notaris te berde zijn gebracht.

Welke zin zou art. 1218, tweede lid *in fine* Ger. W. anders hebben, indien de partij, die (aan de rechtbank) niet te gepasten tijde de verlenging van de termijn heeft gevraagd, zonder beperking beweringen en zwaarigheden zou kunnen laten gelden (voor de rechtbank), terwijl de partij die de verlenging aanvroeg, die slechts zou kunnen verkrijgen mits ze gegronde redenen opgaf (zie ook: Ch. Sluyts, «De ho-

mologatie van de staat van vereffening en verdeling in een procedure van gerechtelijke verdeling en het cassatiearrest van 6 april 1990», *R.W.* 1990-91, 532; Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», in F. Buysens en W. Pintens (red.), *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 185, nr. 301; M. Puelinckx-Coene en J. Verstraete, «Overzicht van rechtspraak (1988-1995): Erfenissen», *T.P.R.*, 1997, p. 338-339, nr. 245)?

Indien partijen geen beweringen en zwaarigheden formuleren, is overigens geen (homologatie)procedure vereist (ook niet indien er geen loting voor de toewijzing van de kavels is). De (in het licht van art. 1209, derde lid Ger. W. aangestelde) notaris beëindigt (met zijn handtekening) de (gerechtelijke) vereffening-verdeling (Ch. Sluyts, «De homologatie van de staat van vereffening en verdeling in een procedure van gerechtelijke verdeling en het cassatiearrest van 6 april 1990», *l.c.*, p. 532-534; Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», *l.c.*, p. 187-189, nrs. 304-305).

8. Het voormelde beginsel noopt hoe dan ook tot een aantal, zij het beperkte, nuanceringen, zonder hierbij in strijd te komen met de reeds vermelde cassatiearresten van 6 april 1990 en 9 mei 1997. De bedoelde uitzonderingsgevallen waren alsdan immers niet aan de orde (zoals Ph. De Page, wat het cassatiearrest van 6 april 1990 betreft, bevestigt in zijn annotatie in *Rev. Not. B.*, 1991, p. 278, nr. 4 *in fine*).

De reeds gekende uitzondering is die waarbij een akkoord van de partijen voorhanden is om het alsnog over niet te gepasten tijde aangevoerde beweringen en zwaarigheden te (kunnen) hebben (Cass., 6 april 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1036; Cass., 9 mei 1997, *P & B*, 1998, 3). Volgens Ch. Sluyts is dit akkoord dan uiterlijk in het proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden op te nemen (Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», *l.c.*, p. 186, nr. 302). M.i. kunnen de partijen een dergelijk akkoord ook nog, eventueel impliciet maar zeker, sluiten in het raam van de homologatieprocedure (zie ook: Ph. De Page, noot onder Cass., 6 april 1990, *Rev. Not. B.*, 1991, p. 278, nr. 4).

Maar er is meer (vgl.: A. Van Den Bossche, «Proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden en afsluiting van de procedure», in K.F.B.N. (red.), *Vereffening-verdeling*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 135, nr. 7, die het heeft over «slechts één uitzondering»).

Ook indien blijkt dat de boedelnotaris geen akte heeft genomen van bepaalde opmerkingen van partijen of indien hij partijen niet zou hebben aangemaand om beweringen en zwaarigheden te formuleren, moeten partijen alsnog de mogelijkheid krijgen de bedoelde betwisting (in rechte) te voeren (Ph. De Page, *l.c.*, p. 277, nr. 4; Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», *l.c.*, p. 186, nr. 303; M. Puelinckx-Coene en J. Verstraete, *l.c.*, p. 339, nr. 247).

Het gaat hier als zodanig niet om «nieuwe» beweringen en zwaarigheden, maar veeleer om een miskenning van de rechten van verdediging.

Voorts geldt enige nuance indien de «nieuwe» beweringen en zwaarigheden de openbare orde raken (zie ook: M. Puelinckx-Coene en J. Verstraete, *l.c.*, p. 339, nr. 247, zonder dat zij terzake een voorbeeld geven). Dit lijkt mij sowieso het

geval te zijn eens dat de bedoelde betwisting zich in de strafrechtelijke sfeer bevindt, bv. wanneer diefstal dan wel heling aan de orde (kunnen) zijn.

De laatste uitzondering is wellicht de meest discutabele. Zij betreft het geval waarbij er overmacht is aan de zijde van de partij die zich op «nieuwe» beweringen en zwaarigheden beroept en voor wie het aldus onmogelijk was om de bedoelde beweringen en zwaarigheden te gepasten tijde voor de boedelnotaris op te werpen (Ph. De Page, *l.c.*, p. 277, nr. 4).

Let wel, het loutere gegeven dat er een bijkomend feit of stuk is ontdekt, zo bv. het bestaan van een mede-erfgerechtigd buitenhuwelijks kind, een nieuw testament dan wel een actief- of passiefbestanddeel, volstaat m.i. niet. Evenmin volstaat het loutere gegeven dat er bedrieglijke manoeuvres voorhanden zijn aan de zijde van (een) bepaalde partij(en). Dat «bedrog» in de verbintenissenrechtelijke betekenis van het begrip geen verschoonbaarheid aan de zijde van de bedrogene onderstelt (zie terzake: W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 2000, 61-62; R. Kruijthof, H. Bocken, F. De Ly en B. De Temmerman, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992): verbintenissenrecht», *T.P.R.*, 1994, p. 350-351, nr. 125), doet hieraan geen afbreuk.

Essentieel is hier de vaststelling dat het voor de partij, die de «nieuwe» beweringen en zwaarigheden opwerpt, onmogelijk was zulks te gepasten tijde (voor de boedelnotaris) te doen, inzonderheid ingevolge een overmachtssituatie. Men moet deze onmogelijkheid hoe dan ook beoordelen vanuit de positie van de partij die de «nieuwe» beweringen en zwaarigheden aanvoert (Ph. De Page, *l.c.*, p. 278, nr. 4; P. Van Den Eynde, J.-Fr. Parisi, Ph. De Page en J.-Fr. Taymans, «Le partage judiciaire – Quelques questions pratiques», *Rev. Not. B.*, 1991, p. 252-253, nr. 51; vgl. evenwel: Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», *l.c.*, p. 186, nr. 303 *in fine* en M. Puelinckx-Coene en J. Verstraete, *l.c.*, p. 339, nr. 247, die het bijkomende vereiste van overmacht aan de zijde van de partij die zich op de «nieuwe» beweringen en zwaarigheden beroept, niet lijken voorop te stellen).

Waar, in het onderhavige geval, de appèlrechter het voormelde (basis)beginsel uiteenzet, wordt een uitzondering aangenomen, aangezien eisers «bewust en gewild» aan verweerders (die «nieuwe» beweringen en zwaarigheden inroepen) belangrijke vermogensinformatie hebben onthouden (inzake het bestaan van bepaalde effecten en de inontvangstname, door eisers, van de eraan gekoppelde inkomsten).

Zodoende beoordeelt de appèlrechter de uitzonderings-situatie eigenlijk verkeerdelijk vanuit de positie van eisers en niet, zoals het zou moeten, vanuit de positie van verweerders. Het zijn nochtans deze laatsten die zich *a posteriori* op de «nieuwe» beweringen en zwaarigheden beroepen.

Niettemin lijkt de besproken «onmogelijkheid» voor verweerders hoe dan ook voorhanden. Hoewel de appèlrechter de overmachtssituatie aan de zijde van verweerders niet uitdrukkelijk vaststelt, vloeit zij impliciet maar zeker uit voormelde beoordeling voort. Waar de appèlrechter immers uitdrukkelijk stelt dat de bedoelde vermogensinformatie wel degelijk aan verweerders is «onthouden», wordt zoveel gezegd als dat het verweerders onmogelijk was om die informatie eerder te kennen dan op 15 juli 1992, op welke

datum een en ander (aan hun advocaat) via de bank ter kennis is gebracht.

9. Tot slot zij beklemtoond dat, in alle voormelde uitzonderingssituaties, de homologatierechter de «nieuwe» beweringen en zwaarigheden nooit rechtstreeks kan beslechten. Zij moeten steeds in eerste instantie door de boedelnotaris worden behandeld die, bij gebreke aan verzoeking, zijn advies te kennen geeft. Een en ander geldt ook bij akkoord van de partijen (zie: A. Van Den Bossche, *l.c.*, p. 135; vgl.: M. Puelinckx-Coene en J. Verstraete, *l.c.*, p. 339, nr. 246).

Sven Mosselmans
*Referendaris bij het Hof van Cassatie*¹

(1) De tekst bevat enkel de persoonlijke zienswijze van de auteur.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 17 JANUARI 2000

Voorzitter: de h. Vanderwegen

Raadsheren: de hh. Boon en Vermeylen

Advocaat: mr. Talpe

Vereffening en verdeling – Aanstelling notarissen – Eindbeslissing – Vervanging – Rechtspleging

De rechter die beslist tot de verdeling van een onverdeeldheid en de partijen verwijst naar een of twee notarissen, beveelt geen onderzoeksmaatregel, maar spreekt een eindbeslissing uit. De appèlrechter die een dergelijke beslissing bevestigt, put eveneens zijn rechtsmacht uit. Het latere verzoek tot vervanging van een notaris kan derhalve niet rechtstreeks voor deze appèlrechter worden gebracht.

T. t/ G.

Gezien het verzoekschrift dat (...) op 4 januari 2000 ter griffie werd neergelegd;

Gezien het bijgevoegde dossier van de rechtspleging waaruit blijkt: 1) dat bij vonnis van 16 maart 1993, uitgesproken door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (...): de gerechtelijke verdeling werd bevolen van de tussen de (...) partijen bestaande onverdeeldheid; de partijen werden verwezen naar de notarissen L. en W.; notaris D. werd aangewezen met de bevoegdheden bedoeld in art. 1209, derde lid, Ger. W.; 2) dat bij arrest (van) 29 juni 1998 van het Hof van Beroep te Brussel het vermelde vonnis (van) 16 maart 1993 werd bevestigd;

Overwegende dat het verzoekschrift van 4 januari 2000 ertoe strekt te voorzien in de vervanging van notaris L.;

Overwegende dat de rechter die beslist tot de gerechtelijke verdeling van een onverdeeldheid en de partijen verwijst naar een of twee notarissen (art. 1209, tweede lid, Ger. W.), geen onderzoeksmaatregel beveelt, maar een eindbeslissing uitspreekt; dat de rechter in hoger beroep die een dergelijke beslissing bevestigt, eveneens zijn rechtsmacht uitput (art. 19, eerste lid, Ger. W.; Cass., 19 december 1991, *Pas.*, 1992, I, 366);

Overwegende dat de notarissen, naar wie de partijen werden verwezen met toepassing van art. 1209, tweede lid, Ger. W., eventueel vervangen kunnen worden; dat omtrent de wijze waarop een dergelijke rechtspleging wordt ingeleid, door de rechtsleer bij analogie wordt verwezen naar art. 1581 Ger. W. (Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», in W. Pintens en F. Buyssens (red.), *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 152-153, nr. 231); dat aldus een inleidende vordering wordt ingesteld die een nieuw rechtsgeding opent (art. 12 Ger. W.); dat deze nieuwe vordering niet rechtstreeks voor het hof van beroep kan worden ingesteld (art. 568, 602 e.v. en 616 e.v. Ger. W.);

Overwegende dat de op 4 januari 2000 bij eenzijdig verzoekschrift ingestelde vordering bijgevolg als niet-ontvankelijk moet worden afgewezen.

NOOT – Zie in dezelfde zin: Hof Brussel, 13 november 2001, elders in dit nummer opgenomen. Zie ook de elders in dit nummer opgenomen bijdrage van S. Mosselmans, «Over de (on)ontvankelijkheid van niet te gepasten tijde opgeworpen «beweringen en zwaarigheden» in het raam van een vereffening-verdeling» (noot onder Cass., 29 november 2001).

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 13 NOVEMBER 2001

Voorzitter: de h. Vanderwegen

Raadsheren: de hh. Boon en Moens

Advocaten: mrs. De Wilder, Denys loco De Vuyst en De Wilder loco Michel

Vereffening en verdeling – Bevel tot verkoop – Aanstelling notarissen – Taak van de instrumenterende notaris – Eindbeslissing

De in het raam van een vereffening-verdeling aangestelde notarissen treden op als eerste rechters, dit wil zeggen dat zij een staat van vereffening opstellen en stelling nemen, ongeacht of deze stelling in het voordeel of het nadeel van «de cliënten» uitvalt.

De rechter die beslist tot de vereffening-verdeling en de partijen verwijst naar een of twee notarissen, beveelt geen onderzoeksmaatregel, maar spreekt een eindbeslissing uit. Indien de partijen het nadien niet eens zijn, kan een nieuw rechtsgeding worden geopend door de zaak aanhangig te maken bij de rechtbank overeenkomstig art. 1219, § 2, tweede lid, Ger. W.

G.-S. t/ S.-V. en M.-S.-V.

...

Het principe – Het staat vast dat het overlijden, op 18 april 1984, van (vader S.) tussen zijn echtgenote G. en zijn kinderen (samen de consorten G.-S.) een onverdeeldheid heeft doen ontstaan, die dient te worden verdeeld, omdat erom wordt verzocht.

Het staat eveneens vast, gelet op de rechtsband tussen de betrokkenen, dat deze verdeling dient te worden voorafgegaan door de vereffening van de huwgemeenschap die heeft bestaan tussen de echtgenoten S.-G., alsmede van de nalatenschap van wijlen (de heer) S.

Het bestreden vonnis dient dan ook op dit punt te worden hervormd.

De verkoop – Nopens art. 1209 Ger. W. beslist de rechter over alle geschillen die bij hem aanhangig worden gemaakt.

De consorten G.-S. vorderen de verkoop van alle van de onverdeeldheid afhankende onroerende goederen, en in eerste instantie van de leegstaande en aan het verkommeren gezinswoning.

De consorten M.-S.-V. (...) gedragen zich desbetreffend naar de wijsheid van de rechter, zonder evenwel vragende partij te zijn. Zij wijzen er evenwel op dat, gelet op het groot aantal deelgenoten en de aard van de onverdeeldheid, een verdeling *in natura* onmogelijk is.

De echtgenoten S.-V. betwisten de vordering tot verkoop van de onroerende goederen wegens onmogelijkheid tot gevoeglijke verdeling als zodanig niet.

Het Hof beveelt de verkoop van alle van de onverdeeldheid afhankende onroerende goederen (...).

De aanstelling van de notaris(sen) – Naar luid van art. 1209, tweede lid, Ger. W. verwijst de rechtbank de partijen «naar één of twee notarissen».

In casu werd door de eerste rechter ten onrechte een derde notaris aangesteld (...). Bovendien oefenen naar luid van (art) 5 en 6 van de wet van 16 maart 1803 «op het notarisambt» de notarissen hun ambt uitsluitend uit binnen het arrondissement waarin hun standplaats is gelegen.

Het Hof legt er voor zoveel als nodig de nadruk op dat de door hem aangestelde notarissen optreden als eerste rechters, dit wil zeggen dat zij een staat van vereffening opstellen en stelling nemen, ongeacht of deze stelling in het voordeel of het nadeel van «de cliënten» uitvalt (Ch. Sluyts, «Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», in W. Pintens en F. Buysens (red.), *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 193, nr. 313).

De aanstelling van een deskundige – Terecht hebben de echtgenoten S.-V. vragen bij de aanstelling van een deskundige voor opmeting, afpaling en schatting van de te verkopen onroerende goederen, nu de verkoop van deze goederen wordt bevolen. Indien een afpaling noodzakelijk blijkt met het oog op de verkoop, maakt dit een *accessorium* uit van de verkoopverrichtingen, uit te voeren door de boedelnotarissen.

De verzending van de zaak naar de algemene rol – Ten onrechte verzond de eerste rechter de zaak «voor het overige» naar de algemene rol.

De rechter die beslist tot de verdeling van een onverdeeldheid en de partijen verwijst naar een of twee notarissen, beveelt geen onderzoeksmaatregel, maar spreekt een eindbeslissing uit. Indien de partijen het nadien niet eens zijn, kan een nieuw rechtsgeding worden geopend door de zaak aanhangig te maken bij de rechtbank overeenkomstig art. 1219, § 2, tweede lid, Ger. W. (nopens de analoge problematiek van de ontvankelijkheid van een verzoek tot vervanging van een aangestelde notaris gebracht voor het Hof van Beroep, dat het vonnis tot verdeling bevestigt:

Brussel, 17 januari 2000, elders in dit nummer opgenomen).

...

NOOT – Zie ook de elders in dit nummer opgenomen bijdrage van S. Mosselmans, «Over de (on)ontvankelijkheid van niet te gepasten tijde opgeworpen «beweringen en zwaarigheden» in het raam van een vereffening-verdeling» (noot onder Cass., 29 november 2001).

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

21e KAMER – 10 APRIL 2000

Voorzitter: de h. Joos de ter Beest

Rechters: de hh. Verstappen en Van Grimbergen

Advocaten: mrs. Hemelaer loco Vandemeulebroeke en Vandervorst loco Van Cauwelaert

Huur – Woninghuur – Toepasselijkheid Woninghuurwet – Huurder vennootschap – Bestemming van het gehuurde goed tot woning van bestuurder van vennootschap

Een huurovereenkomst gesloten met een vennootschap als huurster, die het gehuurde goed ter beschikking stelt als hoofdverblijfplaats voor haar bestuurder, valt niet onder toepassing van de Woninghuurwet. Daaraan doet niet af dat in de huurovereenkomst wordt bepaald dat het gehuurde goed beantwoordt aan de elementaire vereisten van veiligheid, gezondheid en bewoonbaarheid, zoals bepaald in het Koninklijk Besluit dat is uitgevaardigd in uitvoering van de Woninghuurwet.

NV T.F.C.E. t/ NV D. en G.

Op 11 juni 1998 werd een huurovereenkomst gesloten tussen beide partijen nopens een villa in Sint-Genesius-Rode voor de duur van negen jaar met ingang op 15 juli 1998. De huurovereenkomst is ondertekend door de heer M., zoals blijkt uit zijn handtekening op zijn paspoort en de latere briefwisseling, uitgaande van de NV T.F.C. door hem dan mede ondertekend in zijn hoedanigheid van bestuurder van deze vennootschap in naam waarvan de huurovereenkomst werd gesloten, maar met de bedoeling dat de heer M. en zijn gezin aldaar gehuisvest zouden zijn.

Reeds op 14 augustus 1998 wordt de huur opgezegd; bij pleidooien werd gesteld dat pas toen werd opgemerkt dat het verkeer op de nabijgelegen Waterloosteenweg te veel lawaai zou veroorzaken. Er werd geen beroep gedaan op de zgn. «diplomatische clausule» ook opgenomen in de huurovereenkomst, om de huurovereenkomst op te zeggen waarbij in dit geval een opzeggingstermijn van drie maanden werd bedongen en tevens een conventionele verbreking-vergoeding voor dit geval.

De oorspronkelijke vordering ingesteld door de NV D. en G. bij dagvaarding van 19 oktober 1998 strekte ertoe huidige appellante te horen veroordelen tot betaling van: – drie maanden opzegvergoeding (240.000 per maand) 720.000 fr.

- drie maanden verbrekings- en wederverhuringsvergoeding 720.000 fr.
- kosten te huur stellen (factuur immobiliënkantoor) 290.000 fr.
- kosten aankoop overgordijnen 40.000 fr.

en bijgevolg de huurwaarborg van 720.000 fr. ten voordele van eisers vrij te geven, en een deskundige aan te stellen teneinde de gebeurlijke huurschade vast te stellen.

Bij provisioneel vonnis van 19 oktober 1998 werd onder voorbehoud van de partijen de huurster veroordeeld tot betaling van 720.000 fr. en werd de huurwaarborg vrijgegeven ten voordele van verhuurster.

Op 2 oktober werd op tegenspraak een plaatsbeschrijving opgesteld waarbij de huurschade werd bepaald op 43.560 fr. en de standen van de tellers inzake verbruik van gas, water, elektriciteit werden opgenomen, op grond waarvan verhuurster dan 17.496 fr. bij aanvullende conclusies vorderde voor de eerste rechter.

Bij het bestreden vonnis werd voor recht gezegd dat de Woninghuurwet hier van toepassing was, en werd de huurster veroordeeld tot betaling van de vervangende opzeggingsvergoeding van 720.000 fr. een verbrekingsvergoeding van eveneens 720.000 fr., terwijl de vorderingen tot betaling van een bijkomende vergoeding, tot betaling van de erelonen van het makelaarskantoor en tot betaling van kosten voor overgordijnen ongegrond werden verklaard. De bijkomende vorderingen tot betaling van 43.560 fr., B.T.W. inbegrepen voor huurschade en 17.496 fr. voor verbruik van gas, water, elektriciteit werden ook toegekend, alles verhoogd met de interesten en de gerechtskosten ten laste van huurster, huidige appellante.

Appellante stelt dat de Woninghuurwet niet van toepassing is en dat ook geen opzeggingsvergoeding verschuldigd is.

Geïntimeerde vordert op incidenteel beroep de veroordeling van de NV T.F.C. tot betaling van 270.000 fr. voor de wederverhuringskosten (makelaarslonen) en 40.000 fr. kosten voor de overgordijnen, welk incidenteel beroep door appellante op hoofdberoep wordt betwist.

Appellante stelt dat de Woninghuurwet van 20 februari 1991 terzake niet van toepassing is omdat de huurovereenkomst gesloten werd met een handelsvennootschap.

Geïntimeerde stelt dat het de bedoeling van de huurster was om gezegde villa ter beschikking te stellen van de heer M. en zijn gezin, die aldaar aldus hun hoofdverblijfplaats zouden vestigen, zoals uit de huurovereenkomst ook blijkt.

De in het Frans opgestelde huurovereenkomst, een standaardformulier van een kantoor «Office des Propriétaires», betreft de verhuur van een woning, zijnde een villa met living, eetzaal, superuitgeruste keuken, zeven kamers, garage en tuin. Er wordt niet eens een klein bureau vermeld in deze indeling. De huurovereenkomst is ook niet verhuurd opdat aldaar kantoren gevestigd zouden worden; in art. 13 van de huurovereenkomst werd ook bedongen dat de huurder deze lokalen bestemt om er zijn hoofdverblijfplaats te vestigen, terwijl partijen ook vermeldden dat deze overeenkomst niet onderworpen is aan de Handelshuurwet; overigens wordt ook niet gesteld dat de huurder aldaar een kleinhandel uitoefende in de zin van de Handelshuurwet.

Uit de huurovereenkomst blijkt wel dat het aldus de bedoeling was dat de heer M. en zijn gezin deze villa ten private titel zouden bewonen als hoofdverblijfplaats.

De vraag is of, daar de huurovereenkomst werd aangegaan door een handelsvennootschap, de woninghuurwet van 20 februari 1991 van toepassing is.

Partijen hadden dit conventioneel kunnen bedingen, maar dit is terzake niet het geval. De verwijzing in art. 1 dat de verhuurde lokalen beantwoorden aan de elementaire vereisten van veiligheid, gezondheid en bewoonbaarheid, zoals bepaald in het K.B. uitgevaardigd in uitvoering van de wet van 20 februari 1991, betekent niet dat deze wet, noch voormelde K.B., terzake van toepassing zijn.

Het belang voor appellante de niet-toepasselijkheid van de Woninghuurwet op te werpen blijkt uit het feit dat, zo zij de verbrekingsvergoeding gelijk aan drie maanden niet betwist (opgenomen in art. 15, b van de overeenkomst), zij de compensatoire opzeggingsvergoeding wel betwist. Als de Woninghuurwet van toepassing is, zoals terzake verdedigd door verhuurster, mag de huurder bij een overeenkomst van negen jaar de huur te allen tijde opzeggen, maar met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden met toepassing van art. 5, § 3, van de Woninghuurwet, te berekenen volgens art. 3, § 9, als gewijzigd door de wet van 13 april 1997, om welke reden verhuurster de betaling vordert van een vergoeding gelijk aan drie maanden huur, met ingang van de eerste van de maand die volgde op de datum van het verzenden van de opzeggingsbrief.

Uit art. 1, § 1, eerste lid, van de Woninghuurwet blijkt dat deze wet enkel van toepassing is op gevallen waarbij de huurder deze lokalen bestemt om er zijn hoofdverblijfplaats te vestigen. Wanneer huurster een handelsvennootschap is, heeft zij enkel een zetel, een vennootschapszetel of uitbatingsetel, zoals kan blijken uit de statuten van de vennootschap, maar geen hoofdverblijfplaats, zijnde een residentie waar een fysieke persoon woonachtig is. Het feit dat de huurster zelf deze lokalen op haar beurt hetzij onderverhuurt hetzij ter beschikking stelt van een lid van haar personeel, doet geen afbreuk aan het feit dat de overeenkomst aangegaan tussen de verhuurster en de NV T.F. niet valt onder de toepassingsvoorwaarden opgenomen in art. 1, § 1, eerste lid, van de Woninghuurwet.

In art. 1, § 2, van de Woninghuurwet wordt ook bepaald dat de Woninghuurwet niet van toepassing is wanneer de huurovereenkomst ondergeschikt is aan een hoofdovereenkomst die betrekking heeft op de functie of de bedrijvigheid van de huurder, maar deze uitzondering is terzake niet toepasselijk. Hier werden gevallen bedoeld waarin de huurovereenkomst ondergeschikt is aan een andere hoofdovereenkomst, waarbij werd bedoeld een andere overeenkomst *tussen dezelfde partijen* (bv. arbeidsovereenkomst met een conciërge, handelshuur met private gedeelten, woonvertrekken van de pachter, functielogement waarbij de werkgeefster ook verhuurster is, handelshuur met aansluitende private gedeelten enz.; Herbots-Merchiers, *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, die Keure, 1991, blz. 29, nrs. 11 tot 14). Het feit dat de heer M. hier een functie, mandaat of overeenkomst heeft met de NV T.F. is echter geen hoofdovereenkomst gesloten met de verhuurster zelf.

Niettemin valt betwiste huurovereenkomst niet onder de toepassingsvoorwaarden van de Woninghuurwet zoals hierboven reeds uiteengezet (Vred. 2e kanton Elsene, 28 juni 1996, *T. Vred.*, 1998, 23).

Art. 3, § 5, van de Woninghuurwet, waarbij de opzeggingsmodaliteiten worden geregeld inzake een woninghuur van negen jaar is aldus terzake niet van toepassing, wel de gewone regelen van het gemene recht inzake huur of de bijzondere regels die terzake in die huurovereenkomst zelf zouden zijn opgenomen.

In art. 2 van de huurovereenkomst werd weliswaar een opzeggingstermijn van drie maanden bedongen, maar enkel wanneer de huurovereenkomst gesloten werd voor drie jaar of minder, wat hier niet het geval is, daar de huurovereenkomst voor negen jaar werd afgesloten.

In art. 2 van de huurovereenkomst wordt voorts nog de opzegging met een termijn van drie maanden bedongen in geval van huurverbreking om professionele redenen. In de opzeggingsbrief werd nergens gesteld dat de huurovereenkomst werd opgezegd om professionele redenen; bij pleidooien werd gesteld dat een maand nadien men tot de bevinding was gekomen dat er teveel lawaai was van het verkeer. Zodoende kan deze opzeggingstermijn enkel bepaald voor dat geval, hier niet worden toegepast.

De huurovereenkomst bepaalt aldus geen opzeggingsstermijn die, zo deze door de huurder niet werd nageleefd, aan de verhuurder recht zou geven op een compensatoire opzeggingsvergoeding.

Zodoende dienen hier de regelen van het gemene recht inzake de opzegging te worden nageleefd, waarbij in art. 1736 B.W. een opzeggingstermijn van een maand bepaald wordt. De regel waarbij de opzegging slechts ingaat de eerste van de maand na de maand van het opsturen van de opzeggingsbrief is enkel geregeld in art. 3, § 9, van de Woninghuurwet, en maakt geen regel van het gemene recht uit. Ter zake was de huur aangegaan met ingang op 15 juli 1998 en was betaalbaar de 15de van elke maand. De aange tekende brief werd opgestuurd op 14 augustus 1998, zodat de opzeggingstermijn van een maand inging op 15 augustus 1998 en de huur van 15 augustus tot 14 september 1998 nog betaald diende te worden. De huur van 15 juli tot 14 augustus was reeds betaald op 1 juli 1998, en op 1 september 1998 werd een tweede maal 240.000 fr. de huur betaald, namelijk voor de periode 15 augustus tot 14 september 1998. De woning was reeds leeg op 8 september 1998 en nu de sleutels geweigerd werden, werden deze aangetekend opgestuurd op 10 augustus 1998.

Volgens de regelen van het gemene recht, en bij gebrek aan andere conventionele bepalingen die terzake van toepassing zouden zijn, diende huurster geen andere opzeggingstermijn na te leven, zodat de vordering tot betaling van een bijkomende compensatoire opzeggingsvergoeding, om reden dat geen opzeggingstermijn van drie maanden werd nageleefd, gedurende welke de huur dan verder betaald dient te worden, in dat geval als ongegrond afgewezen dient te worden.

Het hoger beroep is gegrond op dat punt.

...

NOOT – Bovenstaand vonnis hervormt Vred. Sint-Genesius-Rode, 8 februari 1999, *R.W.*, 2001-02, 357.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

4e KAMER – 29 JANUARI 2001

Voorzitter: de h. Berneman

Rechters in handelszaken: de hh. Van Herck en Dejosse

Advocaten: mrs. Devroe en Machiels

Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Politie-rechtbank – Vervoermiddel – Vorkheftruck

Het begrip «vervoermiddel» moet ruim worden geïnterpreteerd. Een vorkheftruck is een motorvoertuig, al wordt deze niet uitsluitend als vervoermiddel gebruikt. Wanneer de laadklep van een vrachtwagen ter gelegenheid van de belading ervan door een vorkheftruck wordt beschadigd, betreft het een verkeersongeval. Bijgevolg is de politierechtbank bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot vergoeding van de geleden schade.

Faillissement N.V. T. De D. t/ N.V. P.

Overwegende dat de regelen van de materiële bevoegdheid de openbare orde raken, aangezien overwegingen van algemeen belang tot de bepaling van de rechterlijke taken van de respectieve rechtbanken hebben geleid (A. Fettweis, *La compétence*, Brussel, Larcier, 1971, p. 8, nr. 5; Cass., 1 maart 1957, *Pas.*, 1957, I, 786; Luik, 1 februari 1955, *J.L.*, 1955-56, 123); dat een rechter dientengevolge niet vermag buiten de perken van zijn materiële bevoegdheid recht te spreken en hij ertoe gehouden is ambtshalve na te gaan of hij bevoegd is om kennis te nemen van de zaak, die aan zijn oordeel onderworpen wordt (A. Fettweis, *o.c.*, p. 9, nr. 7);

Overwegende dat de materiële bevoegdheid weliswaar wordt bepaald naar het voorwerp van de eis zoals die uit de inleidende dagvaarding blijkt (Cass., 8 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 26, *Pas.*, 1979, I, 29, *R.W.*, 1978-79, 960, met noot J. Laenens; dat het voorwerp van de eis evenwel aan een vooronderzoek onderworpen kan worden om de materiële bevoegdheid te kunnen bepalen (J. Laenens), «Overzicht van rechtspraak (1979-1992), De bevoegdheid», *T.P.R.*, 1993, p. 1488, nr. 11);

Overwegende dat het voorwerp van de vordering *in casu* betrekking heeft op een schadegeval, waarbij de laadklep van een vrachtwagen ter gelegenheid van de belading door een vorkheftruck werd beschadigd;

Overwegende dat art. 601bis Ger. W. bepaalt dat de politierechtbank kennisneemt, ongeacht het bedrag, van alle vorderingen tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval, zelfs indien het zich heeft voorgedaan op een plaats die niet toegankelijk is voor het publiek;

Overwegende dat het begrip «verkeersongeval» betrekking heeft op zowel een verkeersongeval waarbij voetgangers en dieren of middelen van vervoer te land betrokken zijn, die de openbare weg gebruiken, als op een dergelijk ongeval dat zich heeft voorgedaan op niet-openbare terreinen die evenwel openstaan voor een bepaald aantal personen (Cass., 24 maart 1999, *Arr. Cass.*, 1999, 174, *Pas.*, 1999, I, 174; Cass., 3 november 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 473, *Pas.*, 1998, I, 473; Cass., 20 november 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 447, *Pas.*, 1998, I, 447);

Overwegende dat het ook de bedoeling van de wetgever is geweest dat het begrip «vervoermiddel» ruim zou worden geïnterpreteerd (C. Tillekaerts, *Bevoegdheid Politierechtbank – Wet van 11 juli 1994*, in «Nieuwe Wetgeving», Mys & Breesch, Gent, 1994, 144);

Overwegende dat een vorkheftruck een motorrijtuig is dat niet uitsluitend wordt gebruikt om als vervoermiddel te dienen; dat de schade *in casu* evenwel is veroorzaakt door de beweging van het motorrijtuig op de laadklep van de vrachtwagen, d.w.z. op een wijze die karakteristiek is voor schadeveroorzaking door een motorrijtuig in het verkeer, hetgeen b.v. niet het geval zou zijn geweest indien de schade het gevolg zou zijn geweest van het vallen van de goederen van de lepels van de vorkheftruck (cfr. Benelux-Gerechtshof, 23 oktober 1984, *R.W.*, 1984-85, 1010; Cass., 12 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 230);

Overwegende dat de exceptie van materiële onbevoegdheid dan ook ambtshalve dient te worden opgeworpen en de zaak, overeenkomstig de bepalingen van art. 640 Ger. W., naar de arrondissementsrechtbank dient te worden verwezen opdat over het middel van onbevoegdheid zou worden beslist.

NOOT – In haar vonnis van 9 oktober 2001 heeft de Arrondissementsrechtbank te Antwerpen de zaak terug naar de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen verwezen. Het voorzitterscollege was van oordeel dat het *in casu* niet gaat over een verkeersongeval, «namelijk een plotse en onvrijwillige gebeurtenis ten gevolge van het feit dat de betrokken personen en/of bestuurders van de betrokken voertuigen een van de activiteiten verrichten of rijbewegingen uitvoerden bedoeld in de Wegcode of in andere reglementering die tot doel heeft het algemeen verkeer op de openbare weg te organiseren». Naar haar oordeel is de schade veroorzaakt bij het uitvoeren van een contractuele verplichting, zodat de politierechtbank te dezen onbevoegd is.

Jean Laenens

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

10E KAMER – 6 APRIL 2001

Voorzitter: mevr. Lieters

Rechtters in sociale zaken: de hh. Jacobs en Van Den Steen
Advocaat: mr. Desmet loco Blancke

1. Geneeskundige verzorging en uitkeringen – Geneeskundige verstrekking – Verleend in het buitenland – Tegemoetkoming – Vereiste van voorafgaande instemming adviserend geneesheer – Overmacht – 2. Europees recht – Vrij verkeer van diensten – Belemmering – Gevolg

1 en 2. Een Belgisch ziekenfonds is ertoe gehouden de kosten van een heelkundige ingreep uitgevoerd in Nederland, terug te betalen, ook wanneer zijn adviserend geneesheer geen toestemming had verleend voor de ingreep, als de gezondheidszorg in gunstigere medische omstandigheden in Nederland kon worden verstrekt en de adviserend geneesheer wegens

overmacht – nl. wegens de urgentie van de zorg – zijn toestemming niet voorafgaandelijk kon verlenen.

Daarenboven maakt het toestemmingsvereiste een door het E.G.-Verdrag verboden belemmering uit van het vrije verkeer van diensten, in die zin dat het de sociaal verzekerden afremt om zich te wenden tot een zorgverstrekker gevestigd in een andere lidstaat.

C. t/ L.C.M.

...

I. Voorwerp van de vordering

De vordering strekt ertoe de verwerende partij te horen veroordelen tot terugbetaling van de kosten van een heelkundige ingreep door de eisende partij ondergaan in het Universitair Ziekenhuis van de Vrije Universiteit te Amsterdam op 24 december 1996, volgens de tarieven die gelden in de Belgische socialezekerheidsregeling van de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

II. Feiten

Eiseres onderging op 23 oktober 1996 een excisie-biopsie van een kwaadaardige tumor in de linkerborst. De ingreep werd uitgevoerd door prof. S. in het Academisch Ziekenhuis van de V.U.B. Aan eiseres werd medegedeeld dat in een tweede therapeutische fase een volledige okselontruiming diende uitgevoerd te worden ter verwijdering van de lymfeklieren. Dit was de toenmalige gangbare operatieve techniek die door de chirurgische diensten in België werd uitgevoerd.

Het was evenwel bekend en dit werd aan eiseres door medische kringen bevestigd, dat deze techniek niet zelden een aantal functionele nadelen voor de patiënt voor gevolg kon hebben, zodat eiseres zich verder informeerde teneinde te vernemen of de voorgestelde ingreep de enige voorhanden zijnde therapie was. Zo werd zij ervan in kennis gesteld dat wetenschappelijk onderzoek en klinische toepassing zeer onlangs hadden uitgewezen dat voor kleine tumoren een volledig okselklieredement vermeden kon worden. Een recent verfijnde methode zou het immers mogelijk maken op relatief eenvoudige wijze alleen die lymfeklier waarmee het kankergezwell van de borstklier in verbinding staat, op te sporen en te onderzoeken. Worden in deze lymfeklier geen kankercellen gevonden, dan zijn uitzaaiingen in de overige klieren nagenoeg uitgesloten.

Het nieuwe procédé bestond uit de detectie van de zgn. «schildwachtknoop» en de selectieve verwijdering van deze okselklier na scintigrafische detectie. Dit schildwachtklieronderzoek zou bij vele vrouwen met borstkanker verder lichamelijk letsel vermijden. De methode werd uitgewerkt in het Kankercentrum van het Antonio Van Leeuwenhoek-ziekenhuis te Amsterdam. Vandaar dat eiseres de beslissing nam zich daar te laten behandelen.

De ingreep vond plaats op 24 december 1996. Voordien had eiseres op 10 december 1996 haar echtgenoot laten telefoneren naar de medische dienst van de verwerende partij teneinde te vernemen of er bezwaar was tegen de voorgenomen interventie in Nederland, waarna, dezelfde dag nog, de aanvraag schriftelijk werd bevestigd en ingediend. Een

beslissing kwam er evenwel niet meer vóór de datum gesteld voor de ingreep, ondanks verschillende contactnames door de echtgenoot van eiseres.

Aanvankelijk werd eiseres immers uitgenodigd haar aanvraag te staven aan de hand van wetenschappelijke gronden die bevestigen dat de ingreep niet in België kon worden uitgevoerd.

Eiseres voegde bij haar aanvraag een wetenschappelijke publicatie, namelijk de tekst van de rede uitgesproken door prof. S. Meyer bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar heilkunde, in het bijzonder in de chirurgische oncologie aan de faculteit der geneeskunde van de Vrije Universiteit te Amsterdam op 8 november 1996, over het thema van de minimaal invasieve chirurgie bij de behandeling van patiënten met kanker, en meer in het bijzonder over het «schildwachtklier concept» bij borstkanker. Verweerder achtte deze mededeling onvoldoende en drong aan op het bezorgen van een medisch getuigschrift uitgaande van een Belgische universiteit, dat eiseres echter niet meer tijdig kon verkrijgen.

Uiteindelijk ontving eiseres na de ingreep een brief van het verweerder van 5 februari 1997, waarin wordt gesteld dat de behandeling in het buitenland door een Belgische arts voorgeschreven moet worden, dat de Belgische ziekenfondsen in het buitenland verleende verzorging enkel ten laste nemen indien in België een gelijksoortige behandeling voorhanden is en dat, indien er in het buitenland inderdaad een betere medisch-technische behandeling bestaat, de aanvraag gestaafd dient te worden door een universitair specialist uit België die vertrouwd is met dit aspect.

...

III. Standpunt van partijen

Verwerende partij beweert dat:

- de adviserend geneesheer geen toestemming verleende voor verzekering van tussenkomsten voor zorgen verleend in een buitenlands centrum;
- de vraag die eisende partij aan het ziekenfonds stelde, ingegeven was door haar eigen beoordeling van de kwaliteit van de zorg zoals die wordt verleend in België en in het buitenland;
- het hier *in casu* zeker niet gaat om een technische onmogelijkheid een bepaalde ingreep of onderzoek te verrichten, maar om een verschil in medische opvatting over de te volgen therapeutische aanpak;
- de weigering van de adviserend geneesheer berust op het feit dat de behandeling die eisende partij onderging ook in België kan worden toegepast, hoewel de techniek hier niet gebruikelijk is wegens een verschil in medisch wetenschappelijke opvatting;

De medische noodzaak van de behandeling in het buitenland wordt volgens de verwerende partij niet medisch aangetoond of verantwoord.

...

Eisende partij verwijst naar de arresten Kohl en Decker van het Hof van Justitie van 28 april 1998, de wetenschappelijke publicatie van prof. dr. S. Meyer en het medisch attest van dokter F. De Weer, diensthoofd-Heilkunde van het Imeldaziekenhuis te Bonheiden.

Voorts beweert de eisende partij dat de verwerende partij niet binnen een redelijke termijn heeft gereageerd op haar

aanvraag die urgent was, en dit ondanks de verschillende aanmaningen van eisende partij.

IV. In rechte

...

Ten gronde

Art. 136, § 1, van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen bepaalde (vóór de wijziging van dit artikel door de wet van 24 december 1999) dat «behoudens uitzondering waarin de Koning voorziet, de in deze gecoördineerde wet bedoelde prestaties niet worden toegekend als de rechthebbende zich niet werkelijk op Belgisch grondgebied bevindt op het tijdstip dat hij om prestaties verzocht of als de geneeskundige verstrekkingen buitenlands zijn verstrekt.»

Ter uitvoering hiervan bepaalde art. 294, § 1, van de gecoördineerde wet, de buitenlands verleende verstrekkingen worden toegekend aan de rechthebbende, wanneer het herstel van zijn gezondheid een opname in een verplegingsinrichting vereist, welke in gunstiger geneeskundige voorwaarden in het buitenland kan geschieden en die door de adviserend geneesheer vooraf onontbeerlijk wordt geacht.

...

Art. 22, eerste lid, C en tweede lid, van de EG-Verordening nr. 1408/71 (...) vermeldt het volgende:

«1. De werknemer of zelfstandige die aan de door de wettelijke regeling van de bevoegde Staat gestelde voorwaarden voor het recht op prestaties voldoet, eventueel met inachtneming van artikel 18, en:

...

c) die van het bevoegde orgaan toestemming heeft ontvangen om zich naar het grondgebied van een andere lidstaat te begeven teneinde aldaar een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling te ondergaan, heeft recht op:

i) verstrekkingen, welke voor rekening van het bevoegde orgaan door het orgaan van de woon- of verblijfplaats worden verleend, volgens de door dit orgaan toegepaste wettelijke regeling, alsof deze werknemer of zelfstandige bij laatstbedoeld orgaan was aangesloten; het tijdvak gedurende hetwelk de verstrekkingen worden verleend, wordt evenwel bepaald door de wettelijke regeling van de bevoegde Staat;

2. De op grond van het eerste lid, onder c), vereiste toestemming mag niet worden geweigerd wanneer de desbetreffende behandeling behoort tot de prestaties waarin de wettelijke regeling van de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokkene woont voorziet, en bedoelde behandeling hem, gelet op zijn gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop, niet kan worden gegeven binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor de desbetreffende behandeling in de lidstaat waarin hij woont.»

In een arrest van 14 februari 1990 oordeelde het Arbeidshof te Antwerpen reeds dat de toestemming om zich naar het buitenland te geven om aldaar verzorging te ontvangen, volgens de tekst van de wet (...) kan worden gegeven wanneer de verzorging in «gunstiger geneeskundige voor-

waarden» kan gebeuren en dat de stelling van de verzekeringsinstelling dat dit slechts zou kunnen als de prestatie in België niet kan verricht worden of er slechts kan plaatsvinden in omstandigheden die de gewenste veiligheid of efficiëntie niet verzekeren, ingaat tegen de tekst van de wet (Arb. Antwerpen 14 december 1990, *T.S.R.* 1992, 57).

Te dezen is het derhalve enkel van belang te weten of het herstel van de gezondheid van eiseres, de opname in een verpleeginrichting (lees: een therapeutische behandeling) vereiste die in gunstigere geneeskundige voorwaarden in het buitenland kon geschieden.

Uit de wetenschappelijke publicatie die eiseres voorlegt (namelijk de hierboven nader omschreven rede van prof. dr. S. Meyer van de Vrije Universiteit te Amsterdam), blijkt dat de door deze geneesheer voorgestelde behandelingsmethode uitgaat van de vaststelling dat wanneer een tumor aanleiding geeft tot lymfogene metastasering er altijd een eerste klier is waarin deze metastasering zich manifesteert. Aldus werd het «schildwachtklierconcept» opgesteld dat uitmondde in de conclusie, aan de hand van wetenschappelijk onderzoek, dat wanneer de schildwachtklier geen tumor bevat, kan worden afgezien van de belastende okselklierdissectie. Deze laatste is volgens prof. Dr. S. Meyer immers verantwoordelijk voor de aanzienlijke morbiditeit van de chirurgische behandeling van het mammacarcinoom. Meer dan de helft van de geopereerde vrouwen zouden op een of andere manier levenslang klachten samenhangend met okselklierdissectie hebben zoals pijn, lymfoedeem, sensibiliteitsstoornissen en schouderklachten.

...

In een medisch attest van dr. F. De W., diensthoofd-Heelkunde, lector KUL, verbonden aan het Imeldaziekenhuis te Bonheiden, verklaart deze arts dat de techniek voorgesteld door prof. dr. Meyer in 1996 in België nog niet werd toegepast, maar dat dit anno 1999-2000 wel het geval is. De klassieke gangbare techniek die door de meeste chirurgische diensten anno 1996 in België werd toegepast had een aantal functionele nadelen voor de patiënt. Deze arts meent ook dat het absoluut verdedigbaar is dat eiseres, geïnformeerd door de beschikbare medische literatuur, de weg naar Amsterdam koos om daar een minder mutilerende ingreep te laten uitvoeren.

De toepassing van het zogenaamde «schildwachtklierconcept bij mammacarcinoom» maakte het eiseres mogelijk af te zien van een belastende okselklierdissectie. Het kan dus moeilijk worden betwist dat de therapeutische behandeling die eiseres nodig had, in gunstiger geneeskundige voorwaarden in het buitenland kon geschieden anno 1996.

Art. 294, § 1, 2° van het K.B. 3 juli 1996 vereist ook een voorafgaande beslissing van de adviserend geneesheer m.b.t. het onontbeerlijke karakter van de behandeling in het buitenland.

De verwerende partij kan zich niet beroepen op deze tekst om haar tegemoetkomingen in de kosten van de therapeutische behandeling in het buitenland te weigeren als de adviserend geneesheer wegens de bijzondere omstandigheden eigen aan de zaak (urgentie), deze toestemming niet kon geven vóór de behandeling.

Eiseres diende op 10 december 1996 een gemotiveerde aanvraag in bij de verwerende partij, gestaafd door een wetenschappelijke publicatie van prof. dr. S. Meyer. Uit een brief van 30 december 1996, uitgaande van de echtgenoot

van eiseres, blijkt dat de aanvraag niet zeer zorgvuldig werd behandeld (het dossier kon niet gelokaliseerd worden, geen duidelijk antwoord werd verschaft, bepaalde gegevens dienden herhaaldelijk te worden ingediend, enz.). N.a.v. de verschillende contactnames die de echtgenoot van eiseres met het ziekenfonds had, blijkt dat een beslissing bij urgentie werd gevraagd, aangezien de datum van de ingreep (24 december) nakend was.

Uiteindelijk werd op vrijdag 21 december 1996 aangedrongen op de voorlegging van het attest van een universitaire instantie in België, maar dit laatste kon niet of niet meer worden verkregen. Elke beslissing bleef dan ook uit.

Het is manifest dat eiseres enerzijds, gelet op het uiterst recente karakter van de wetenschappelijke publicatie m.b.t. de door prof. dr. S. Meyer voorgestelde therapie nagenoeg in de onmogelijkheid verkeerde in december 1996, vóór de datum gepland voor de ingreep, het gevraagde attest voor te leggen, aangezien redelijkerwijze kan worden aangenomen dat, daar de therapie in België nog niet werd toegepast, weinig geneesheren te lande bereid zouden geweest zijn te bevestigen dat de behandeling waarvoor werd geopteerd, «noodzakelijk in het buitenland diende te gebeuren». Anderzijds lijkt het evenmin twijfelachtig dat dezelfde vaststelling, nl. het recente karakter van de therapie, het de adviserend geneesheer zeer moeilijk maakte een oordeelkundige beslissing te nemen binnen de termijn die hem restte.

De rechtbank oordeelt dat het geheel van de omstandigheden waarin eisende partij verkeerde, overmacht uitmaakte, zodat er geen reden is om de tegemoetkoming te weigeren wegens de afwezigheid van de voorafgaande toestemming van de adviserend geneesheer.

Anderzijds en ten overvloede dient eraan te worden herinnerd dat het Europees Hof van Justitie zich onlangs boog over de vraag of een nationale wetgeving die een voorafgaande toestemming vereist voor het verkrijgen van geneeskundige verzorging in een andere lidstaat dan die waarin de patiënt verzekerd is, in strijd is met de bepalingen van het E.G.-Verdrag die het vrije verkeer van goederen en diensten regelen.

Het Hof van Justitie oordeelde dat een toestemmingsvereiste een door het E.G.-Verdrag verboden belemmering van het vrij verkeer van goederen en diensten is. Onder het nationale verzekeringspakket vallende zorg moet altijd worden vergoed tot ten hoogste de kosten die volgens het nationale verzekeringstarief van de betrokkene worden gemaakt, ook wanneer de zorg in een andere lidstaat wordt verleend (H.v.J. 28 april 1998, nr. C-120/95, inzake Decker, *Soc. Kron.* 1998, 495; H.v.J. 28 april 1998, nr. 158/96, inzake Kohl, *Soc. Kron.* 1998, 498). Een vooraf te verlenen toestemming schrikt de sociaal verzekerden af om zich tot medische hulpverleners in een andere lidstaat te wenden en vormt zowel voor laatstgenoemden als voor hun patiënten een belemmering van het vrij verrichten van diensten.

Het Hof van Justitie onderzocht vervolgens of voor een vooraf verleende toestemming een objectieve rechtvaardigheidsgrond bestaat, maar kwam tot een negatief besluit.

Voorafgaandelijk hieraan en i.v.m. de opwerping dat wie opkomt tegen de nationale bepalingen inzake vergoeding van de kosten van in het buitenland verleende hulp, daarmee tegelijkertijd de geldigheid van de bepaling van art. 22 van

Verordening nr. 1408/71 in twijfel trekt, overwoog het Hof dat art. 22 van die verordening niet voorschrijft, en er zich ook niet tegen verzet, dat de kosten van in een andere lidstaat zonder voorafgaande toestemming verleende hulp worden vergoed volgens de tarieven van de bevoegde lidstaat.

Deze rechtspraak van het Hof van Justitie, die geen onderscheid maakt naargelang het geval of de genoten zorg al of niet ambulant wordt verstrekt, houdt derhalve in dat een nationale wetgeving die de terugbetaling van in het buitenland gedane medische kosten volgens de tarieven geldend in de staat van de patiënt, onderwerpt aan het verkrijgen van een voorafgaande toestemming, strijdig is met het beginsel van het vrije verkeer van diensten.

...

De vordering is bijgevolg gegrond.

NOOT – *Medische verzorging: grensoverschrijdende aspecten*

1. Sociale zekerheid is nog steeds in hoofdzaak een nationaal gebeuren. De Europese lidstaten zijn in de regel vrij om hun sociale zekerheid naar eigen inzicht te organiseren. Een en ander heeft echter tot gevolg dat problemen in verband met de vergoeding van grensoverschrijdende medische verzorging niet louter aan de hand van dat nationale recht kunnen worden opgelost. Terzake betrof het een patiënte die behoefte had aan intramurale medische verzorging (kankerbestrijding) die wel behoorde tot de in België terugbetaalbare prestaties, maar niet tot de normale medische praktijk. De patiënte ontving bijgevolg deze verzorging in Nederland, maar zonder de noodzakelijke voorafgaande toestemming van de adviserende geneesheer, zodat de gemaakte kosten ten hare laste bleven.

De Arbeidsrechtbank te Brussel oordeelde hier echter dat de noodzakelijke toestemming (art. 136, § 1, van de wet van 14 juli 1994 *juncto* art. 294, § 1, 2e K.B. 3 juli 1996 en omzendbrief V.I.nr.81/125 (CRIZIV)) niet kon worden verkregen wegens overmacht. Bijgevolg diende de gemaakte kosten alsnog te worden vergoed.

2. Zoals gezegd beschouwen vele Europese lidstaten sociale zekerheid nog steeds als een nationaal gebeuren (niet onterecht want meermaals bevestigd, waarvan blijk: H.v.J., 7 februari 1984, Duphar e.a., nr. 238/82, *Jur.* 1982, 523; H.v.J., 17 juni 1997, Sodemare e.a., nr. C-70/95, *Jur.* I-3395 en H.v.J., 28 april 1998, R.Kohl t/ Union des caisses de maladie, nr. C-158/96, *Jur.* 1998, I-1931). Daarbij kan echter niet worden voorbijgegaan aan twee Europese elementen die van belang zijn voor het nationale socialezekerheidsrecht van elke lidstaat en waarmee ter dege rekening dient gehouden te worden.

3. Allereerst kan niet worden ontkend dat het voor een werknemer zeer moeilijk wordt indien hij zich verplaatst binnen de Europese Unie (Art. 39 (ex-art. 48) EG-verdrag), en er geen voorzieningen worden getroffen met betrekking tot zijn sociale zekerheid. Om problemen van zowel dubbele sociale voorzieningen (men heeft recht op een sociale uitkering in twee lidstaten) als het totale gebrek aan sociale voorziening (het land van oorsprong verwijst naar de werkstaat en *vice versa*, zodat men in geen van beide verzekerd is) te voorkomen werd op basis van art. 42 (ex-art. 51) van het EG-verdrag voorzien in een Europese regeling, nl.

Verordening nr. 1408/71 (Dit artikel bevat een verplichting voor de Raad om op basis van een verordening een coördinatie-systeem met betrekking tot de sociale zekerheid op te stellen. De bevoegde wetgevende procedure is die van art. 251 EG-verdrag, zijnde de medebeslissingsprocedure).

In Verordening nr. 1408/71 werd gepoogd invulling te geven aan deze problemen. Volgens algemeen aanvaarde rechtspraak (H.v.J., 5 februari 1963, Van Gendt & Loos/ Nederlandse administratie der belastingen, 26/62, *Jur.* 1963, I-21-22 en H.v.J., 15 juli 1964, Costa/E.N.E.L., 6/64, *Jur.*, 1964, 1219) en rechtsleer (bijvoorbeeld, Lenaerts, K. en Van Nuffel, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 611 e.v.) heeft het gemeenschapsrecht steeds voorrang op de eigen nationale wetgeving en kan en moet het steeds worden toegepast boven het eigen nationale recht. Verordening nr. 1408/71 (rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat, art. 249 (ex art. 189), 2°, EG-verdrag) bevat echter geen eigen «Europees sociaal zekerheidssysteem». Zij zorgt daarentegen voor coördinatie tussen de verschillende nationale socialezekerheidssystemen met de bedoeling migrerende werknemers en zelfstandigen te verzekeren van de nodige sociale uitkeringen en diensten (door aanwijzing van een bevoegde staat, samentellen van tijdvakken en dies meer), zodat voornoemde problemen tot een minimum kunnen worden herleid.

4. Recentelijk kan hieraan echter een tweede element worden toegevoegd. Sinds de zaken *Kohl & Decker* (H.v.J., 28 april 1998, R. Kohl t/ Union des caisses de maladie, nr. C-158/96, *Jur.* 1998, I-1931 en H.v.J. 28 april 1998, Decker t/ Caisse de maladie des employés privés, nr. C-120/95, *Jur.* 1998, I-1931) kunnen we spreken van een economische intrusie in het nationale socialezekerheidsrecht. Het belang van deze zaken mag in geen geval worden onderschat. Tot voor kort werd immers algemeen aangenomen dat sociale zekerheid slechts bij uitzondering kon worden gelinkt met de economische spelprincipes van de Europese Unie. Nu, als gevolg van bijvoorbeeld de zaak *Kohl*, het principe van het vrije dienstenverkeer kan worden toegepast op verstrekkers van medische en niet medische verzorging, dient ook hiermee terdege rekening gehouden te worden.

Dit alles heeft tot gevolg dat we vandaag twee mogelijkheden kunnen ontwaren die naast elkaar bestaan en kunnen worden toegepast in het raam van grensoverschrijdende medische en niet medische verzorging. De eerste loopt via de procedure bepaald door art. 22 Verordening 1408/71 en bevat dus het vereiste van de voorafgaande toestemming. De tweede mogelijkheid gaat uit van de idee dat het vereiste van voorafgaande toestemming in de nationale wetgeving een belemmering (naar analogie met H.v.J., 5 oktober 1994, Commissie/Frankrijk, C-381/93, *Jur.*, I, 5145) vormt van het vrij dienstenverkeer (zaak *Kohl*), dan wel het vrij goederenverkeer (zaak *Decker*). Deze kan echter in bepaalde gevallen worden gerechtvaardigd. Deze rechtvaardiging kan op twee wijzen worden verantwoord, ten eerste kan men steunen op de art. 45 en 46 EG-verdrag, zijnde openbaar gezag en openbare orde, veiligheid en volksgezondheid (H.v.J. 14 november 1995, Svensson en Gustavsson, C-484/93, *Jur.*, 1995, I, 3976-3977). Worden bijvoorbeeld niet aanvaard als rechtvaardiging voor een eventuele belemmering: doelstellingen van economische aard. Ten tweede kan men zich beroepen op grond van de *rule of reason* op het algemeen belang, bijvoorbeeld: de noodzaak van financieel

evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, zoals recentelijk nog mocht blijken (H.v.J., 12 juni 2001, B.S.M. Geraets t/ Stichting Ziekenfonds VGZ en H.T.M. Peerbooms t/ Stichting CZ F Groep Zorgverzekeringen, nr. C-157/99, nog niet gepubliceerd).

In de gevallen waarin dit echter niet kan worden gerechtvaardigd, kan men dus ook gebruik maken van deze tweede weg, waarvoor het nationale vereiste van voorafgaande toestemming dan niet meer kan worden volgehouden.

5. *Eerste mogelijkheid.* Art. 22 van Verordening nr. 1408/71 behandelt onder meer de noodzaak om zich voor behandeling naar het grondgebied van een andere lidstaat te begeven (wat hier *de facto* het geval was.). Wil men van deze mogelijkheid gebruik kunnen maken, dan dient men vooraf toestemming te verkrijgen om zich naar het buitenland te begeven om aldaar de nodige verzorging te kunnen ontvangen. In deze hypothese dient de patiënt(e) zelf niets rechtstreeks te betalen. Het ziekenfonds waarbij men is aangesloten, zal instaan voor de directe betaling van de kosten, en dit volgens de regeling van de lidstaat waar men de zorg ontvangt. In zijn omzendbrief (Omsendbrief R.I.Z.I.V.: V.I. nr. 81/125, 18 juni 1981) stelde het Riziv het toestaan van een grensoverschrijdende medische behandeling afhankelijk van de voorwaarde dat de behandeling medisch-technisch niet kon worden uitgevoerd in België, en bovendien dat de adviserend geneesheer zelf de verzorgingsinstelling en/of de geneesheer-specialist diende aan te wijzen en de te voorziene verzorgingsperiode uitdrukkelijk diende te vermelden.

Maar bij het al dan niet verlenen van deze toestemming mag in eerste instantie enkel rekening worden gehouden met volgende principes. Ten eerste dient men vast te stellen of de voorgestelde behandeling behoort tot het pakket van terugbetaalde prestaties in de lidstaat waarin de belanghebbende woont (*in casu* België). Ten tweede moet men nagaan of de behandeling, gelet op de gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop, sowieso niet kan worden gegeven binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor desbetreffende behandeling in de lidstaat waarin betrokkene woont (urgentie). Als aan beide voorwaarden is voldaan, mag men de toestemming niet weigeren, in alle andere gevallen kan men dit wel (Art. 22, tweede lid, Verordening nr. 1408/71, *PB L 149*, mei 1971, 2.). Het is pas dan dat nationale voorwaarden op de voorgrond treden (cf. tweede optie). Over deze toestemmingsprocedure kan veel worden gezegd. Belangrijk is echter te weten dat het Hof in de zaak *Pierik* (H.v.J., 16 maart 1978, *Pierik*, nr. 117/77, *Jur.*, 1978, 825) aan het toestemmingsvereiste een zeer extensieve interpretatie heeft gegeven. Deze liberale interpretatie werd echter al zeer snel aangepast door amendementen ingediend door verschillende lidstaten. Het resultaat daarvan is de interpretatie als hierboven beschreven.

6. *Tweede mogelijkheid.* De tweede optie is gebaseerd op de rechtspraak in de zaken *Kohl & Decker*. Volgens deze methode ontvangt de patiënt(e) verzorging in een andere lidstaat dan de woonstaat, maar betaalt hij/zij, in tegenstelling tot de regeling in Verordening nr. 1408/71, de behandeling zelf, om nadien terugbetaling te vorderen in de woonstaat, volgens de aldaar geldende regelen. Volgens deze methode is er geen voorafgaande toestemming vereist.

In de zaak *Kohl* werd het toestemmingsvereiste, opgeworpen door de Luxemburgse wetgeving, in strijd geacht met het vrij dienstenverkeer (*in casu* betrof het een extramurale orthodontische behandeling in een andere lidstaat waarvoor terugbetaling werd geweigerd volgens de nationale wetgeving, omdat er geen voorafgaande toestemming verkregen was.). In de zaak *Decker* werd de vraag gesteld naar de verenigbaarheid van het nationale toestemmingsvereiste met het vrij goederenverkeer (*in casu* betrof het een in een andere lidstaat op voorschrift aangekocht brilmontuur waarvoor terugbetaling werd geweigerd volgens de nationale wetgeving omdat er geen voorafgaande toestemming gevraagd was.).

In beide gevallen werd de nationale wetgeving in strijd geacht met deze Gemeenschapsprincipes, voor zover terugbetaling werd geweigerd omdat voorafgaande toestemming vereist was maar niet verkregen of niet aangevraagd werd. Zoals reeds gezegd, dient dit principe echter met de nodige terughoudendheid te worden benaderd. Niet elk toestemmingsvereiste ingeschreven in de nationale wetgeving, is *ipso facto* in strijd met het beginsel van het vrij diensten of het goederenverkeer.

7. Voorliggende casus kan dus op twee manieren behandeld worden. Een eerste mogelijkheid bestaat erin na te gaan of de nationale wetgeving in de lijn ligt van de bepalingen van Verordening nr. 1408/71. Daartoe dient men na te gaan of de procedure ter verkrijging van de toestemming, opgenomen in art. 136, § 1, van de wet van 14 juli 1994 *juncto* art. 294, § 1, 2e, K.B. 3 juli 1996, alsook in de interpretatieve omsendbrief van het R.I.Z.I.V., niet strijdig is met wat wordt vereist in art. 22, eerste lid, c, Verordening nr. 1408/71.

Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat men bij het onderzoeken van de toestemming tot vergoeding van grensoverschrijdende medische verzorging steeds eerst dient na te gaan of men de toestemming wel mag weigeren overeenkomstig de bepalingen van Verordening nr. 1408/71. Enkel in de veronderstelling dat toestemming geweigerd mag worden, kunnen eigen nationale voorwaarden een rol beginnen spelen. Maar ook dan is men niet verlost van de Europese bemoeienissen.

Zelfs al mag men toestemming weigeren, dan kan steeds worden opgeworpen dat de opgelegde voorwaarden ter verkrijging van toestemming, of het toestemmingsvereiste zelf, ingeschreven in de nationale wetgeving, een belemmering vormen van het vrij dienstenverkeer. (cf. Zaak *Kohl*) of het vrij goederenverkeer (cf. Zaak *Decker*). Daarbij verlaat men dan strikt genomen de route van de verordening en verandert dus ook de manier waarop de kosten gedekt worden. De kans op welslagen van een dergelijke actie hangt echter af van de eventuele rechtvaardigingsgronden die gevonden kunnen worden om dergelijke toestemmingsvereiste in te schrijven in de nationale wetgeving. Daarop kan echter geen eenduidig antwoord worden gegeven.

Dat *in casu* uiteindelijk een beroep werd gedaan op de figuur van overmacht om terugbetaling toe te staan, mag dan ook ongewoon worden genoemd.

F. Corveleyn
Wetenschappelijk medewerker
Instituut Sociaal Recht KULeuven

POLITIËRECHTBANK TE GENT

15 MAART 1999

Rechter: de h. Van Trimpont

Advocaten: mrs. Cansse en Heymans

Onrechtmatige overheidsdaad – Openbare wegen – Verharde sneeuw en ijs – Gemeente die nalaat bij herhaling bestrooiingswerken uit te voeren.

Een gemeente die de gelegenheid had zich te vergewissen van de aanwezigheid van verharde sneeuw en ijs op een openbare weg, wat als een abnormaal gevaar moet worden beschouwd, maar nalaat bestrooiingswerken uit te voeren, komt tekort aan de op haar rustende verplichting enkel veilige wegen voor het verkeer open te stellen.

V. t/ Stad Gent

De eis strekt tot veroordeling van verweerster tot betaling van een schadevergoeding van 258.150 fr., vermeerderd met de intresten.

De vordering heeft betrekking op de voertuigschade en aanverwante schade die eiser leed ingevolge een ongeval aan de halfweg te Gent op 2 januari 1997.

Betreffende dat ongeval ligt een geseponneerd strafdossier van het parket van de procureur des Konings te Gent voor.

Het ongeval gebeurde op bovengenoemde datum rond 14.10 u. Eiser reed met zijn voertuig vanuit de Drongensesteenweg de Halfweg in. Ter hoogte van de Petanqueclub wou eiser op de parking gaan staan. Hij remde wat af, maar zijn voertuig begon te slippen en gleed met de voorzijde tussen twee bomen de gracht en het water in.

Eiser verklaart tijdens het strafonderzoek dat hij stapvoets reed, aangezien hij wist dat het spiegelglad was, maar dat hij toch werd verrast.

De situatieschets geeft duidelijk het traject van een onbestuurbaar geworden voertuig weer.

De verbalisanten noteerden als toestand van het wegdek: verharde sneeuw, ijsvlakte. Zij relateren dat de volledige straat herschapen was in een ijspiste.

De verbalisanten namen contact met de strooidiensten en kregen te horen dat enkel de hoofdwegen berijdbaar werden gemaakt. De verbalisanten lieten hun diensten «een strooiwagen vorderen om de straat opnieuw veilig te maken voor de bestuurders en bewoners».

Beoordeling

...

Al is de verplichting slechts veilige wegen open te stellen een inspanningsverbintenis, toch moet de gemeente door aangepaste maatregelen ieder abnormaal gevaar voorkomen, tenzij een vreemde oorzaak, die haar niet kan worden aangerekend, haar verhindert haar veiligheidsverplichting na te komen (Cass., 26 mei 1994, *R.W.*, 1994-95, 745 – arrest inzake gladheid wegens sneeuw en ijs).

De aanwezigheid van de door de verbalisanten vastgestelde verharde sneeuw en ijsvlakte vormde duidelijk een abnormaal gevaar (Rb. Gent, 11 februari 1997, 10e kamer,

A.R. 537/96, niet gepubliceerd, dat het vonnis Pol. Gent, 18 december 1995 bevestigt).

In casu kan de rechtbank niet anders dan op overtuigende wijze vaststellen dat verweersters diensten in de Halfweg niet strooiden, hoewel zij daarbuiten wel strooiden, niet omdat een vreemde oorzaak die haar niet kan worden aangerekend haar daarvan weerhield, maar op grond van een wel-overwogen beslissing. De hierboven geciteerde gegevens van het strafdossier bewijzen dat op onomstootbare wijze: de verbalisanten, die de strooidiensten contacteerden, kregen te horen dat alleen de hoofdwegen berijdbaar werden gemaakt en de strooidiensten kwamen pas tussen nadat zij werden opgevorderd.

In het strafdossier leest de rechtbank dat de Halfweg een verbindingsweg is tussen de Noorderlaan en de Drongensesteenweg en dat op die plaats eveneens de ingang van de recreatiewoningen «Assels» is gelegen en aan de overzijde de Petanqueclub. Nog iets verder op de Noorderlaan, naast de Petanqueclub is er bebouwing (zie situatieschets). Er kan dus niet zomaar worden gezegd dat de Halfweg een onbereden verlaten weg is.

Mede daarvan uitgaande wijst de rechtbank op de meest recente (haar bekende) rechtspraak van het Hof van Beroep te Gent, die naar het aanvoelen van de rechtbank volkomen aansluit bij het bovengeciteerde cassatiearrest.

Als verantwoordelijke voor het veilig wegbeheer moest verweerster, die zeker de gelegenheid had zich te vergewissen van de toestand, gelet op het abnormaal gevaar, bij herhaling bestrooiingswerken uitvoeren, te meer daar dit wel werd gedaan op andere plaatsen die berijdbaar werden gehouden en waarvan de toestand in schril contrast was met de «ijsvlakte» waarin de Halfweg was herschapen (Hof Gent, 6 april 1998, *T.A.V.W.*, 1998, p. 162).

Van overmacht is geen sprake, omdat primo niet bewezen is dat er een toestand bestond die hier te lande omzeggens nooit voorkomt, en secundo en vooral omdat, zoals hierboven uiteengezet, de toestand niet teruggaat op een plotse situatie die ontsnapt aan de menselijke wil en waartegen verweerster machteloos stond.

Blijft het aspect van de eventuele eigen fout van eiser.

Allereerst dienen drie punten duidelijk te worden gesteld:

- ingevolge de equivalentieleer kan, daar op grond van het bovenstaande de aansprakelijkheid van verweerster wordt aangenomen de eventuele eigen fout van eiser leiden tot gedeelde aansprakelijkheid, niet tot opheffing van verweersters aansprakelijkheid;
- omdat geen vreemde oorzaak, die verweerster niet kan worden ten laste gelegd en die haar verhinderde haar veiligheidsverplichting na te komen, aanwezig is, komt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid de zichtbaarheid van de toestand door de benadeelde niet in aanmerking (Cass., 26 mei 1994, *R.W.*, 1994-95, 745);
- evenmin komt voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid in aanmerking de kennis die de benadeelde had van de toestand (Cass., 21 oktober 1993, *R.W.*, 1995-96, 12).

Wat de rechtbank dient te beoordelen, is of eiser al dan niet een eigen fout beging die mede in causaal verband staat tot het ongeval (en voor de beoordeling van eisers fout kunnen bovengenoemde elementen eventueel wel in aanmerking komen).

Opnieuw verwijst de rechtbank naar het reeds geciteerde arrest van het Hof van Beroep te Gent van 6 april 1998.

Snelheid is een relatief begrip, in die zin dat de snelheid moet aangepast zijn aan de concrete omstandigheden. Zoals het geciteerde arrest het treffend schetst: ook al reed eiser niet snel, hij reed nog te snel, in acht genomen de weersomstandigheden en de mogelijkheid tot slipgevaar. Er moet immers op worden gewezen dat eiser, aan het kruispunt gekomen, begon te slippen en het hele kruispunt over gleed, wat dan toch op een niet noodzakelijk hoge, maar dan toch te grote snelheid wijst om het meesterschap over het voertuig te bewaren;

Naar het oordeel van de rechtbank droegen de tekortkoming van verweerster, waardoor de gevaarstoestand bleef bestaan, en de niet aangepaste snelheid van eiser in ongelijke mate bij tot het ontstaan van het ongeval en van de schade.

Het laten bestaan van de gevaarstoestand was de determinerende oorzaak van het ongeval, terwijl de fout van eiser is gelegen op het vlak van de vermijdbaarheid van het ongeval ten gevolge van de door verweerster ongemoeid gelaten situatie.

Het komt de rechtbank passend voor verweerster voor 2/3 en eiser van 1/3 aansprakelijk te stellen (wat in de lijn ligt niet alleen van bovengeciteerd arrest van het Hof van Beroep, maar ook van de rechtspraak van deze zetel).

...

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinatie: Johan Meeusen

Hof van Justitie 6 juni 2000 en Hof van Justitie 3 oktober 2000

Vrij verkeer van werknemers – Verbod van nationaliteitsdiscriminatie – Horizontale werking

Hoewel ook andere aspecten vermeldenswaard zijn, schuilt het belang van de arresten Angonese (6 juni 2000) en Ferlini (3 oktober 2000) vooral in de uitspraken van het Hof van Justitie over de horizontale werking van het communautairrechtelijk verbod van nationaliteitsdiscriminatie.

Het eerstgenoemde arrest betrof de interpretatie van art. 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 39 EG), dat het beginsel van het vrij verkeer van werknemers uitdrukt en daartoe elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten verbiedt. De in de Italiaanse provincie Bolzano wonende Italiaan Angonese studeerde in Oostenrijk en solliciteerde vervolgens bij een particuliere bank in Bolzano. Hij werd evenwel niet tot het vergelijkend onderzoek toegelaten, omdat hij niet in het bezit was van het specifieke, door de bank geëiste tweetaligheidsattest Italiaans/Duits; dit attest werd afgeleverd door een overheidsdienst van de provincie Bolzano na een examen dat enkel in die provincie werd georganiseerd. In Bolzano wordt het behalen van dit attest blijkbaar beschouwd als een normale, bijna verplichte fase van de normale opleiding. De perfect

tweetalige Angonese stelde dat de bank, door het bezit van dit taalattest als specifieke voorwaarde op te leggen aan sollicitanten, het vrij verkeer van werknemers schond. In zijn antwoord op de prejudiciële vraag terzake van de Pretore di Bolzano sprak het Hof zich niet uit over de eventuele kwalificatie van de concrete situatie waarin Angonese zich bevond als een niet door het vrij werknemersverkeer beïnvloede interne situatie, maar onderzocht het eerst of het discriminatieverbod van art. 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 39 EG) wel van toepassing was op particulieren, en vervolgens of de genoemde verplichting een met dat art. 48 strijdige discriminatie opleverde. Telkens kwam het Hof tot een bevestigend antwoord.

Met betrekking tot het eerste aspect oordeelde het Hof dat, gelet op de verschillende juridische reglementering van de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten, een beperking van de werkingssfeer van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie tot het overheidsoptreden, in ongelijkheid zou kunnen resulteren. Mede verwijzend naar het bekende Defrenne-arrest (arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, *Jur.*, 1976, 455; bevestiging van de horizontale rechtstreekse werking van art. 119 EG-Verdrag, thans na wijziging art. 141 EG) besloot het Hof dan ook in ruime bewoordingen dat «het in artikel 48 van het Verdrag geformuleerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit derhalve ook van toepassing (is) op particulieren» (rechtsoverweging 36). Met betrekking tot het tweede aspect wees het Hof erop dat, aangezien iemand die niet in de provincie Bolzano woont moeilijk het attest kan behalen en aangezien de meeste inwoners van Bolzano de Italiaanse nationaliteit bezitten, de verplichting om het vereiste attest te verwerven de onderdanen van andere lidstaten benadeelt tegenover de Italiaanse. Ofschoon de gestelde eis geen formeel nationaliteitscriterium inhield, kwam ze dus wel degelijk neer op een schending van art. 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 39 EG). Ofschoon het volgens het Hof rechtmatig kan zijn van een sollicitant talenkennis te verlangen, wordt de onmogelijkheid om deze kennis met enige ander middel dan het genoemde attest te bewijzen, met name met in andere lidstaten behaalde gelijkwaardige kwalificaties, onevenredig aan het nagestreefde doel geacht.

Aangezien het algemene nationaliteitsdiscriminatieverbod van art. 6 EG (thans, na wijziging, art. 12 EG) slechts van toepassing is voor zover er geen bijzonder discriminatieverbod geldt, beperkte het Hof zich in *Angonese* tot een uitspraak over de horizontale werking van art. 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 39 EG). In *Ferlini* sprak het Hof zich wel uit over het algemene verbod van nationaliteitsdiscriminatie. De echtgenote van Ferlini, een te Luxemburg wonende ambtenaar van de EG-Commissie, beviel in een Luxemburgs ziekenhuis. Het hiervoor aangekende bedrag, dat werd bepaald op grond van de door de «Entente des hôpitaux luxembourgeois» (hierna: EHL) vastgestelde tarieven voor niet bij het nationale sociaalzekerheidsstelsel aangesloten personen, was beduidend hoger dan het bedrag dat werd aangerekend aan de bij de Luxemburgse verzekering voor ziekte en bevalling aangesloten personen. Aan het Hof van Justitie werd o.m. gevraagd of dit verschil een door art. 6 en 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, respectievelijk art. 12 en 39 EG) verboden nationaliteitsdiscriminatie inhield. Ofschoon het Hof uitdrukkelijk bevestigde dat EG-ambtenaren de bescher-

ming van de communautairrechtelijke regelen inzake vrij werknemersverkeer genieten, werd het genoemde art. 48 niet van toepassing geacht, omdat de tariefbepaling niet als een arbeidsvoorwaarde in de zin van dat artikel kan worden beschouwd. Daarentegen achtte het Hof art. 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 EG) wél van toepassing: dit verdragsartikel is immers van toepassing in gevallen «waarin een groep of een organisatie als de EHL een zekere macht uitoefent over particulieren en in staat is hun voorwaarden op te leggen waardoor de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden wordt bemoeilijkt» (rechtsoverweging 50). De toepassing van een verschillende tariefberekening naargelang de patiënt al of niet is aangesloten bij het nationale socialezekerheidsstelsel vormt voor het Hof een indirecte nationaliteitsdiscriminatie, aangezien dit criterium in de overgrote meerderheid van de gevallen nadelig uitvalt voor de onderdanen van andere lidstaten dan Luxemburg. Een rechtvaardiging op grond van objectieve en evenredige overwegingen was niet voorhanden.

Op het vlak van de horizontale werking van art. 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 EG) is de belangrijkste bijdrage van het Ferlini-arrest gelegen in de systematisering die het Hof doorvoert van zijn eerdere rechtspraak. Het is immers al bijna dertig jaar vaste rechtspraak van het Hof dat de in het verdrag neergelegde verboden van nationaliteitsdiscriminatie (de algemene clause, maar ook de specifieke bepalingen inzake personen- en dienstenverkeer) niet beperkt zijn tot het optreden van het openbaar gezag, maar zich ook uitstrekken tot «bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen» (zie o.m. arrest van 12 december 1974, zaak 36/74, Walrave en Koch, *Jur.*, 1974, 1405, rechtsoverweging 17 en arrest van 15 december 1995, zaak C-415/93, Bosman, *Jur.*, 1995, I-5040, rechtsoverweging 82). In rechtsoverweging 50 van *Ferlini* geeft het Hof een algemene omschrijving van het toepassingsgebied van art. 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 EG), dat duidelijk ook privaatrechtelijk is, maar waarbij het Hof zich wel beperkt tot situaties waarbij particulieren *de facto* niet op gelijke hoogte staan als hun contractpartner. Dit roept herinneringen op aan de bereidheid van het Hof van Justitie om de rechtstreekse werking van richtlijnen toe te staan tegenover «een lichaam, ongeacht zijn juridische vorm, dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden» (zie het arrest van 12 juli 1990, zaak C-188/89, Foster, *Jur.*, 1990, I-3313).

Hoewel hieraan in *Ferlini* niet werd gerefereerd, was het Hof enkele maanden eerder al verdergegaan door in *Angonese* zonder kwalificatie te bepalen dat het in art. 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 39 EG) neergelegde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit ook van toepassing is op particulieren. In *casu* werd een particuliere bankinstelling aan de verplichtingen van dit artikel gehouden. Het feit dat de bank voor het opleggen van de taalattestvoorwaarde steunde op een nationale collectieve overeenkomst voor spaarkassen, die de betrokken bankinstelling wel vrijliet de eigen examenmodaliteiten te

bepalen, werd door het Hof hierbij niet meer in overweging genomen. Aldus kende het Hof aan het verdragsrechtelijk discriminatieverbod een volledige horizontale werking toe. Aangezien het Hof hierbij nog eens beklemtoonde dat art. 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 39 EG) een specifieke toepassing vormt van het in art. 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 EG) neergelegde algemene discriminatieverbod, mag worden aangenomen dat dezelfde interpretatie geldt voor dit laatste verdragsartikel en voor de andere, specifieke toepassingen van dit beginsel in het verdrag (vrijheid van vestiging, vrij dienstenverkeer). Toch blijft er ook nog veel onzekerheid over de precieze draagwijdte van deze horizontale werking, bv. betreffende de toepassing ervan op maatregelen zonder onderscheid, de inroepbaarheid van uitzonderingen en de interpretatie van het vrij goederen- en kapitaalverkeer.

(Voltallig Hof – Zaak C-281/98 – Angonese; Voltallig Hof – Zaak C-411/98 – Ferlini)

Johan Meeusen

Hof van Justitie 26 september 2000

Vrij verkeer van goederen – Notificatierichtlijn – Verplichting tot uitstel van goedkeuring – Toepasselijkheid in burgerlijke procedures

In het Unilever-arrest onderzocht het Hof van Justitie de problematiek van de rechtsgevolgen ten aanzien van particulieren van een schending van de zgn. notificatierichtlijn. Dit vraagstuk kwam al eerder aan bod in het veelbesproken CIA Security-arrest van 30 april 1996 (zaak C-194/94, *Jur.*, 1996, I-2201).

Richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (inmiddels vervangen door richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, waarvoor het besproken arrest even relevant blijft) tracht belemmeringen van het vrij verkeer van goederen te voorkomen door de lidstaten te verplichten ontwerpen van «technische voorschriften» aan de Commissie en de andere lidstaten mee te delen. In geval van twijfel bij die laatsten over de verenigbaarheid van het ontwerp met het vrij goederenverkeer, moet de betrokken lidstaat de goedkeuring van het ontwerp zes maanden uitstellen; het verplichte uitstel bedraagt twaalf maanden indien de Commissie haar voornemen te kennen geeft zelf een richtlijn over het onderwerp te willen voorstellen of vaststellen.

In *CIA Security* onderzocht het Hof van Justitie, n.a.v. een prejudiciële verwijzing door de Belgische stakingsrechter (wet handelspraktijken), de gevolgen van een verzuim van kennisgeving door de lidstaat: een dergelijk verzuim brengt volgens het Hof de niet-toepasselijkheid van de betrokken technische voorschriften mee, zodat deze niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen. Het Hof erkende dat particulieren zich op de artikelen 8 en 9 van de notificatierichtlijn kunnen beroepen voor de nationale rechter, die een nationaal technisch voorschrift dat niet overeenkomstig de richtlijn is meegedeeld, buiten toepassing moet laten. In het latere Lemmens-arrest (16 juni 1998, zaak C-226/97, *Jur.*,

1998, I-3711) preciseerde het Hof dat het niet meedelen van technische voorschriften tot niet-toepasselijkheid daarvan leidt, voor zover zij het gebruik of de verhandeling belemmeren van een product dat niet aan die voorschriften voldoet.

In *Unilever* stond een andere overtreding van de richtlijn ter discussie. De Italiaanse wetgever had namelijk op 3 augustus 1998 een wet aangenomen over de etikettering inzake de geografische oorsprong van olijfolie, hoewel de Commissie enkele dagen eerder aan de Italiaanse overheden had meegedeeld dat zij daarover zelf een regeling zou vaststellen en hen overeenkomstig de notificatierichtlijn had verzocht de goedkeuring van het Italiaanse wetsontwerp twaalf maanden uit te stellen. Op 22 december 1998 stelde de Commissie inderdaad verordening (EG) nr.2815/98 betreffende de handelsnormen voor olijfolie vast.

Op 29 september 1998 voerde Unilever een bestelling van Central Food voor de levering van 648 liter olijfolie uit. Central Food weigerde te betalen, aangezien de olijfolie niet volgens de Italiaanse wet van 3 augustus 1998 was geëtiketteerd. Unilever voerde evenwel aan dat de Commissie de Italiaanse Republiek had aangemaand om tot 5 mei 1999 geen wettelijke regeling terzake uit te vaardigen, en stelde onder verwijzing naar het *CIA Security*-arrest dat de genoemde Italiaanse wet niet mocht worden toegepast. De Pretore te Milaan, bij wie Unilever beroep had ingesteld tot verkrijging van een betalingsbevel, stelde hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

Het Hof oordeelde eerst dat de wettelijke etiketteringsregels technische voorschriften in de zin van de notificatierichtlijn waren en onderzocht vervolgens of de niet-nakoming van de verplichting een uitstelperiode in acht te nemen, dezelfde rechtsgevolgen heeft als het verzuim de kennisgevingsplicht na te leven. Met verwijzing naar het *CIA Security*-arrest stelde het Hof dat beide verplichtingen op dezelfde wijze moeten worden behandeld. Ook de niet-nakoming van de uitstelverplichting is een schending van een wezenlijk vormvoorschrift en heeft de niet-toepasselijkheid van de technische voorschriften tot gevolg. Het Hof stelde vervolgens vast dat in het raam van een burgerlijke procedure, zoals in *casu*, de toepassing van technische voorschriften die in de genoemde omstandigheden zijn aangenomen tot gevolg kan hebben dat het gebruik of de verhandeling van een product dat niet aan die voorschriften beantwoordt, wordt belemmerd. Het besluit was dan ook dat de niet-toepasselijkheid kan worden aangevoerd in een geding tussen particulieren: er bestaat geen reden om geschillen tussen particulieren inzake oneerlijke mededinging, zoals in *CIA Security*, anders te behandelen dan geschillen tussen particulieren met betrekking tot contractuele rechten en verplichtingen. De nationale rechter moet derhalve in het raam van een burgerlijke procedure tussen particulieren betreffende contractuele rechten en verplichtingen weigeren een nationaal technisch voorschrift toe te passen dat is vastgesteld tijdens een uitstelperiode als bedoeld in de notificatierichtlijn.

Het Hof week aldus af van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs, die om redenen van rechtszekerheid en billijkheid, had gepleit tegen de niet-toepassing van de Italiaanse wetgeving in de beschreven burgerlijke procedure. Volgens Jacobs mag een dergelijke niet-toepassing niet afhangen van de niet-naleving van procedurele eisen, maar

enkel van de materieelrechtelijke niet-overeenstemming met het in art. 28 EG neergelegde beginsel van vrij verkeer van goederen.

De terughoudendheid van Jacobs wordt allicht verklaard door de potentieel grote invloed van het Unilever-arrest op de beslechting van private geschillen. In antwoord op opmerkingen van de Italiaanse en de Deense regering, en ongetwijfeld ook als reactie op vroegere doctrinale kritiek op het *CIA Security*-arrest en op de afwijzende opmerkingen van de advocaat-generaal, beklemtoonde het Hof van Justitie wel het verschil met de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen die het in vaste rechtspraak weigert te aanvaarden (zie b.v. arrest van 14 juli 1994, C-91/92, Faccini Dori, *Jur.*, 1994, I-3325). De notificatierichtlijn bepaalt geenszins de materiële inhoud van de rechtsregel op basis waarvan de nationale rechter het bij hem aanhangige geschil moet beslechten; zij creëert voor particulieren rechten noch plichten. Er was volgens het Hof dan ook geen sprake, noch in *CIA Security* noch in *Unilever*, van horizontale rechtstreekse werking van de notificatierichtlijn.

Dit laatste belet uiteraard niet dat het besproken arrest eens te meer duidelijk maakt dat de afwijzing door het Hof van de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen niet zomaar betekent dat de naleving door de lidstaten van de door richtlijnen opgelegde verplichtingen betekenisloos is voor de concrete beslechting door de nationale rechter van een horizontaal geschil.

(Votallig Hof – Zaak C-443/98 – Unilever Italia)

Johan Meeusen

Hof van Justitie 1 februari 2001

Vrijheid van vestiging – Verbod voor opticiens om bepaalde optische onderzoeken te verrichten

Volgens de Belgische wetgeving mag een opticien slechts bepaalde activiteiten verrichten, zoals de verkoop, het onderhoud en de herstelling van optische artikelen en het uitvoeren van voorschriften afgeleverd door oogartsen. Daarnaast is het verboden de geneeskunde uit te oefenen zonder wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel-, en verloskunde. Een persoon die zonder het vereiste diploma handelingen verricht die neerkomen op een geneeskundige diagnose of behandeling, maakt zich schuldig aan onwettige uitoefening van de geneeskunde. Het Hof van Cassatie heeft deze wettelijke regeling in zijn arrest van 28 juni 1989 (*Arr. Cass.*, 1988-89, 1293) zo uitgelegd dat opticiens, die geen oogarts zijn, geen objectieve onderzoeken van het gezichtsvermogen mogen doen. Zij mogen het gezichtsvermogen van hun klanten wel onderzoeken op een wijze waarbij alleen de klant zelf de optische gebreken aangeeft waaraan hij lijdt.

De Belgische vennootschap Grandvision, een dochteronderneming van de Engelse vennootschap Vision Express, biedt optische producten en diensten aan. Grandvision maakte in België reclame voor een aantal objectieve onderzoeken van het gezichtsvermogen die in haar winkels werden uitgevoerd. Op basis van deze reclame diende de Belgische beroepsvereniging van oogheekundigen klacht in tegen Grandvision wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde. Vier werknemers werden samen met Grandvision in het raam van een strafprocedure naar de Correc-

tionele Rechtbank te Brussel verwezen. Omdat de strafrechter twijfels had over de overeenstemming met het gemeenschapsrecht van de Belgische wetgeving zoals uitgelegd door het Hof van Cassatie, heeft hij twee prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie.

Het Hof diende te antwoorden op de vraag of het verbod op het verrichten van een objectief onderzoek van het gezichtsvermogen door opticiens verenigbaar is met art. 5, 52 en 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 10, 43 en 49 EG) en of de belemmeringen voor de verkoop van apparaten voor objectief onderzoek, die voortvloeien uit dit verbod, verenigbaar zijn met art. 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 28 EG).

Omdat de zaak echter geen aanknopingspunten vertoont met het vrij verkeer van goederen of diensten noch met de gemeenschapstrouw van de lidstaten, gaat het Hof enkel na of het verbod in overeenstemming is met de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging. De lidstaten zijn, bij gebreke aan een toepasselijke gemeenschapsregeling, in principe vrij om de uitoefening van het beroep van opticiens te regelen. Hun bevoegdheid terzake moet wel worden uitgeoefend overeenkomstig de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden. In de context van de vrijheid van vestiging betekent dit dat de wettelijke bepalingen die voor de eigen onderdanen gelden, ook van toepassing zijn op EG-onderdanen die zich op basis van art. 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 43 EG) in die lidstaat hebben gevestigd. Onderdanen van andere lidstaten moeten de regelen inzake de toegang tot of de uitoefening van een bepaalde werkzaamheid in de lidstaat van ontvangst in beginsel ook naleven als ze dezelfde werkzaamheid willen uitoefenen.

Nationale bepalingen die de uitoefening van de Verdragsvrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, moeten wel de vier *Gebhard*-voorwaarden (zie arrest van 30 november 1995, zaak C-55/94, *Gebhard, Jur.*, 1995, I-4165) respecteren. De eerste twee voorwaarden zijn *in casu* vervuld. Het verbod op het verrichten van objectief onderzoek door opticiens is van toepassing ongeacht de nationaliteit en de lidstaat van vestiging. Bovendien vormt de bescherming van de volksgezondheid een dwingende reden van algemeen belang die de uit het verbod voortvloeiende belemmering van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen.

Het Hof laat echter in het midden of aan de twee overige voorwaarden is voldaan, namelijk de vraag of het verbod noodzakelijk en evenredig is ter verwezenlijking van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid. De maatregel kan volgens het Hof worden beschouwd als een passend middel om de verwezenlijking van een hoog niveau van bescherming te granderen. De Belgische regeling lijkt dus niet in strijd met art. 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 43 EG), maar de nationale rechter moet zelf de conformiteit met de laatste twee voorwaarden verder onderzoeken. Hierbij dient hij in overweging te nemen dat het verbod niet voortvloeit uit een expliciete wettelijke bepaling maar het gevolg is van een uitlegging van de Belgische wetgeving door het Hof van Cassatie. Een dergelijke uitlegging, die gebaseerd is op een beoordeling van de risico's voor de volksgezondheid bij de uitoefening van een objectief onderzoek door de opticiens, kan volgens het Hof van Justitie onder invloed van nieuwe technische en wetenschappelijke bevindingen veranderen. Zo verwijst het Hof

naar een recente beslissing van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* waarin werd geoordeeld dat een verbod op de uitvoering van bepaalde objectieve onderzoeken door opticiens niet langer gerechtvaardigd kan worden door de eraan verbonden risico's. De Belgische rechter moet daarom, met inachtneming van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en de vereisten van rechtszekerheid en de bescherming van de volksgezondheid, zelf beoordelen of de uitlegging van het Hof van Cassatie een geldige basis blijft vormen voor strafvervolgning in dit verband.

Het is opmerkelijk dat het Hof van Justitie voor de beoordeling van de evenredigheidstoets door de nationale rechter, de rechtspraak van een andere lidstaat in overweging geeft.

(Vijfde Kamer – Zaak C-108/96 – Mac Quen)

Jeroen Capiau

Hof van Justitie 20 september 2001

Mededinging – Verboden mededingingsbeperkende overeenkomst – Recht op schadevergoeding van partij bij overeenkomst

In dit prejudiciële arrest gaat het Hof in op de vraag in hoeverre een lidstaat in zijn nationaal recht het recht op vergoeding van schade, geleden ingevolge een overeenkomst die strijdig is met de communautaire mededingingsregels, mag ontzeggen aan een particulier die zelf partij was bij die overeenkomst. Deze vraag was gerezen in een geding in het Verenigd Koninkrijk tussen Bernard Crehan, een pubhouder, en de brouwerij Courage. Crehan was contractueel ertoe gehouden zich exclusief bij Courage te bevoorraden en was verplicht een minimumhoeveelheid af te nemen. Courage vorderde van Crehan de betaling van onbetaald gebleven bierleveringen. Crehan stelde echter een tegenvordering in en eiste schadevergoeding: hij pleitte daarbij dat de afnameverplichting strijdig is met art. 85 EG-verdrag (thans art. 81 EG). Naar Engels recht kan een partij bij een onwettige overeenkomst echter geen schadevergoeding vorderen van de tegenpartij, wat de *Court of Appeal* ertoe noopte aan het Hof van Justitie de vraag voor te leggen of dit verenigbaar was met gemeenschapsrecht.

Het Hof oordeelt dat elke particulier zich op een schending van art. 85 EG-Verdrag (thans art. 81 EG) kan beroepen, ook wanneer hij zelf partij is bij een overeenkomst die deze bepaling schendt. Dit vloeit in wezen voort uit het fundamentele karakter van het genoemde verdragsartikel en de absolute nietigheidssanctie die het bevat. Het Hof bevestigt vervolgens zijn eerdere rechtspraak waarin het oordeelde dat het aan het nationale recht toekomt om vast te stellen onder welke voorwaarden een particulier schadevergoeding kan vorderen wegens schendingen van het Gemeenschapsrecht. Die regelen mogen echter niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor soortgelijke vorderingen gebaseerd op het nationale recht (gelijkwaardigheidsbeginsel) en mogen de uitoefening van de op communautair niveau verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel). Het Hof wijst evenwel ook op het in vroegere arresten erkende beginsel dat een rechtzoekende geen voordeel mag halen uit zijn eigen onrechtmatig handelen. Advocaat-generaal Mischo citeert in

zijn conclusie (voetnoot 12) in dat verband letterlijk het beginsel *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* dat, zo stelt hij, in de meeste ontwikkelde rechtssystemen en ook in de communautaire rechtsorde is erkend.

In het licht van dit alles komt het Hof tot de slotsom dat een lidstaat een particulier niet kan beletten vergoeding te vorderen van de schade veroorzaakt door de uitvoering van een verboden overeenkomst op de enkele grond dat hij partij was bij die overeenkomst. Een lidstaat kan het recht op schadevergoeding echter wel ontzeggen aan een partij die zelf in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging.

Om na te gaan of dit in een concreet geval zo is, moet de nationale rechter bij zijn beoordeling rekening houden met de economische en de juridische context van de overeenkomst, erin begrepen de onderhandelingspositie en het gedrag van de partijen. Zo zal een partij die zich ten opzichte van haar wederpartij in een zwakkere positie bevond en weinig onderhandelingsmarge had of slechts in beperkte mate de schending kon voorkomen, wellicht slechts in geringe mate verantwoordelijk zijn voor de verstoring van de mededinging. Dit kan met name het geval zijn wanneer zij toetreedt tot een netwerk waarbij de voorwaarden van de overeenkomst haar *de facto* door de houder van het netwerk worden opgelegd.

Dat dit eventueel leidt tot een gedifferentieerde beoordeling van de onderscheiden verantwoordelijkheden voor een mededingingsbeperkende overeenkomst, is niet strijdig met de rechtspraak van het Hof die, voor wat de toepassing van art. 85 EG-Verdrag (thans art. 81 EG) zelf betreft, de betrokken partijen op voet van gelijkheid beschouwt. De gemaakte differentiatie betreft immers enkel de civielrechtelijke gevolgen van schendingen van dat verdragsartikel.

(Voltallig Hof – Zaak C-453/99 – Courage)

Yves Montangie

Hof van Justitie 20 september 2001

Non-discriminatiebeginsel – Burgerschap van de Unie – Verblijfsrecht voor studenten – Recht op bestaansminimum

Iedere Belg heeft in bepaalde omstandigheden recht op een bestaansminimum. Dit recht wordt uitgebreid tot buitenlanders die onder het toepassingsgebied vallen van verordening 1612/68 van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (*Pb.L.*, 19 oktober 1968, nr. 257, 2).

In 1995 begon Grzelczyk, een Fransman, een opleiding lichamelijke opvoeding aan de Université Catholique de Louvain-la-Neuve. De eerste drie jaar van zijn studie kon hij zelf bekostigen door een aantal jobs uit te oefenen en dankzij aangepaste betalingsvoorwaarden. Bij de aanvang van het vierde jaar, dat veel zwaarder is dan de vorige drie omdat de studenten een scriptie moeten schrijven en stage moeten lopen, vroeg Grzelczyk het bestaansminimum aan bij het O.C.M.W. Dit werd hem in eerste instantie toegekend, maar nadien ontzegd omdat hij een EG-onderdaan is die ingeschreven staat als student en dus niet onder het toepassingsgebied van verordening 1612/68 valt. Grzelczyk tekende beroep aan tegen deze beslissing bij de Arbeids-

rechtbank te Nijvel, die het noodzakelijk achtte om twee prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Het Hof moest zich in essentie uitspreken over de vraag of het non-discriminatiebeginsel van artikel 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 EG) en het burgerschap van de Unie vervat in art. 8 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 17 EG) zich ertegen verzetten dat het recht op een bestaansminimum slechts wordt toegekend aan onderdanen van andere lidstaten indien zij binnen de werkingssfeer vallen van verordening 1612/68, terwijl deze vereiste niet geldt voor eigen onderdanen.

Volgens het Hof gaat het hier om een manifeste discriminatie op grond van nationaliteit, omdat een Belgische student in identiek dezelfde omstandigheden wel een bestaansminimum krijgt. Binnen de werkingssfeer van het Verdrag is elke discriminatie in beginsel verboden, en burgers van de Unie die zich in dezelfde situatie bevinden, kunnen een beroep doen op dit non-discriminatiebeginsel. Studenten die burgers van de Unie zijn en die in een andere lidstaat een universitaire studie volgen, genieten ook de door het Verdrag aan de burgers van de Unie toegekende rechten. In de lidstaat waarin zij legaal verblijven, kunnen zij zich dus beroepen op het algemene discriminatieverbod van art. 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 EG).

Hoewel het non-discriminatiebeginsel voor alle burgers van de Unie geldt in situaties die binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, kan het recht van deze burgers om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven echter wel worden onderworpen aan de beperkingen en voorwaarden die bij het Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld. Zo kunnen de lidstaten volgens art. 1 van richtlijn 93/96 (*Pb.L.*, 18 december 1993, nr. 180, 30) het verblijfsrecht van studenten van andere EG-lidstaten afhankelijk stellen van een verklaring dat zij over de nodige bestaansmiddelen beschikken. Daarnaast kan de ontvangende lidstaat ook nog eisen dat de student bij een erkende instelling is ingeschreven om daar als hoofdbezigheid een beroepsopleiding te volgen en dat hij een ziektekostenverzekering heeft die alle risico's op zijn grondgebied dekt.

Richtlijn 93/96 verlangt niet dat de student een bepaald bedrag aan bestaansmiddelen kan bewijzen en evenmin dat het bewijs hiervoor wordt geleverd aan de hand van specifieke documenten. Wanneer een buitenlandse student echter een beroep heeft gedaan op de sociale bijstand, kan de ontvangende lidstaat van oordeel zijn dat de betrokkene niet meer voldoet aan de voorwaarden om op zijn grondgebied te verblijven. In dat geval mag de ontvangende lidstaat, binnen de door het Gemeenschapsrecht gestelde grenzen, maatregelen nemen om de verblijfsvergunning van de betrokkene in te trekken of om deze niet te verlengen. Dit mag echter geen automatisme zijn. Richtlijn 93/96 aanvaardt immers een zekere financiële solidariteit tussen de onderdanen van de ontvangende lidstaat en die van de andere lidstaten, in het bijzonder wanneer de problemen van de verblijfsgerechtigde van tijdelijke aard zijn. Bovendien kan de financiële situatie van een student gaandeweg veranderen door omstandigheden waarop hij geen vat heeft. Daarom mag de juistheid van zijn verklaring inzake zijn bestaansmiddelen ook enkel worden beoordeeld op het ogenblik waarop ze is afgelegd.

Het Hof besluit dan ook dat de Belgische regeling die studenten van andere lidstaten op voorhand uitsluit van de

mogelijkheid om een beroep te doen op sociale bijstand, in strijd is met het non-discriminatiebeginsel en het burgerschap van de Unie.

(Voltallig Hof – Zaak C-184/99 – Grzelczyk)

Jeroen Capiau

Hof van Justitie 20 september 2001

Gemeenschapsmerk – Onderscheidend vermogen – Merken die uitsluitend bestaan uit beschrijvende tekens of aanduidingen

In deze zaak vernietigt het Hof een arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 8 juli 1999 (T-163/98, Baby-dry, *Jur.*, 1999, II-2383) voor zover daarin wordt beslist dat de woordcombinatie Baby-dry geen gemeenschapsmerk kan vormen voor wegwerpluiers van papier of cellulose en voor luiers van stof, o.m. omdat de woordcombinatie Baby-dry uitsluitend bestaat uit woorden die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van de bestemming van de waar. Bovendien wordt de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 31 juli 1998 vernietigd voor zover daarin op de genoemde grond de inschrijving van het teken Baby-dry als gemeenschapsmerk wordt geweigerd.

Het Hof oordeelt dat uit art.7, eerste lid, b en c, en art.12 van de verordening inzake het gemeenschapsmerk volgt dat het verbod om zuiver beschrijvende tekens of aanduidingen als merk in te schrijven tot doel heeft te voorkomen dat als merk tekens of aanduidingen worden ingeschreven die, wegens hun overeenkomst met de gebruikelijke wijze van aanduiding van de betrokken waren of diensten of van de eigenschappen daarvan, niet de functie kunnen vervullen van identificatie van de onderneming die ze op de markt brengt, en dus het onderscheidend vermogen missen die voor het vervullen van deze functie vereist is. Wel onderstreept het Hof dat dergelijke tekens en aanduidingen enkel dan niet als gemeenschapsmerk kunnen worden ingeschreven, wanneer zij geen andere tekens en aanduidingen bevatten en ze niet gepresenteerd of geschikt worden op een wijze die het geheel onderscheidt van de gebruikelijke wijze van aanduiding van de betrokken waren of diensten of van de essentiële eigenschappen daarvan.

Het Hof oordeelt meer specifiek m.b.t. merken die uit woorden bestaan, zoals het geval is bij Baby-dry, dat het eventueel beschrijvend karakter niet alleen moet worden vastgesteld ten aanzien van elk van de woorden afzonderlijk, maar ook ten aanzien van het geheel dat zij vormen. Elk merkbaar verschil tussen de formulering van de woordcombinatie waarvoor de inschrijving als gemeenschapsmerk wordt gevraagd, en de terminologie die in het normale taalgebruik van de betrokken categorie consumenten wordt gebezigd om de waar of dienst of de essentiële eigenschappen daarvan aan te duiden, is geschikt om de woordcombinatie onderscheidend vermogen te verlenen, zodat zij als merk kan worden ingeschreven.

M.b.t. het merk Baby-dry oordeelt het Hof dat vanuit het oogpunt van de Engelstalige consument de nevenschikking van de twee woorden waaruit het merk bestaat, die qua structuur ongebruikelijk is, geen uitdrukking vormt die in de

Engelse taal bekendstaat als aanduiding van de producten waarvoor men het merk wil inschrijven of een weergave is van de essentiële eigenschappen van deze producten. Het Hof oordeelt dan ook dat het merk Baby-dry niet geacht wordt een beschrijvend karakter te bezitten, maar voortvloeit uit een taalkundige vondst, die het merk in staat stelt een onderscheidende rol te spelen.

(Voltallig Hof – Zaak C-383/99P – Procter&Gamble t/ BHIM)

Hendrik Vanhees

Hof van Justitie 27 september 2001

B.T.W. – Economische activiteit – Holding – Beheer van dochterondernemingen – Inning van dividenden

Recentelijk heeft het Hof van Justitie zich opnieuw moeten uitspreken over de vraag of een holdingvennootschap kan worden geacht een economische activiteit uit te oefenen in de zin van de Zesde BTW-Richtlijn en zo ja, in welke mate deze vennootschap dan het recht heeft om de door haar betaalde voorbelasting in aftrek te brengen. De aan dit arrest ten grondslag liggende feiten kunnen als volgt worden samengevat. De vennootschap Cibo Participations SA (hierna ook «de vennootschap» te noemen) verwerft op een bepaald ogenblik belangrijke participaties in drie (dochter)ondernemingen. Hoewel Cibo Participations SA hierdoor de hoedanigheid van holdingvennootschap krijgt, is haar activiteit niet beperkt tot het beheer van deze aandelenportefeuille. Zij verricht ten behoeve van haar dochterondernemingen ook advies- en beheerswerkzaamheden waarvoor zij een vergoeding ontvangt. Om die reden moet zij als een gemengde holding worden aangemerkt. Op een bepaalde ogenblik ontstaat een discussie met de Franse BTW-administratie, omdat de vennootschap om BTW-aftrek verzocht voor een aantal door derden verrichte en in rekening gebrachte diensten in verband met de verwerving van voornoemde deelnemingen in haar dochterondernemingen (o.a. due-diligence activiteiten, bemiddeling bij de onderhandelingen over de aankoopprijs, juridische en fiscale bijstand). Cibo Participations SA betoogt dat zij zich in het beheer van haar dochterondernemingen mengt en dat zij hierdoor de hoedanigheid van BTW-belastingplichtige verkrijgt (met recht op aftrek van de voorbelasting). De administratie daarentegen meent dat er geen sprake kan zijn van een inmenging in het beheer van de dochterondernemingen, aangezien de vennootschap zich beperkt tot het tegen betaling adviseren en sturen van het beleid van de groep. De kwestieuze kosten hebben volgens de administratie uitsluitend betrekking op het houden van de deelnemingen en de inning van dividenden, wat niet aan B.T.W. is onderworpen. Gelet op deze impasse, besloot Cibo het geschil aanhangig te maken bij het *Tribunal Administratif* te Rijsel, dat op zijn beurt besliste tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. De door het Hof gemaakte analyse van het betrokken geschil is drieledig.

Allereerst buigt het Hof zich over de vraag wanneer de inmenging van een holding in het beheer van de maatschappijen waarin zij deelnemingen heeft, een *economische activiteit* vormt in de zin van art. 4, tweede lid van de Zesde Richtlijn. Deze vraag is niet zonder belang, omdat het uit-

gangspunt blijft dat een holdingvennootschap wier enige doel erin bestaat een deelneming te houden in andere ondernemingen, zonder dat zij zich direct of indirect mengt in het beheer van die ondernemingen, niet de hoedanigheid heeft van BTW-belastingplichtige en dus ook geen recht op aftrek heeft. Deze conclusie is gebaseerd op de vaststelling dat het enkele verwerven en houden van aandelen niet als een economische activiteit in de zin van de Zesde Richtlijn kan worden beschouwd. De financiële deelneming in andere ondernemingen is als zodanig niet aan te merken als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat het eventuele dividend – zijnde de opbrengst van de deelneming – voortvloeit uit de loutere eigendom van het goed (arrest van 22 juni 1993, C-333/91, *Sofitam*, *Jur.* 1993, I-3513, rechtsoverweging 12). De zaken liggen uiteraard anders wanneer de deelneming gepaard gaat met een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen. Gaat zo'n inmenging immers gepaard met BTW-belastbare handelingen ex art. 2 van de Zesde Richtlijn, zoals het verrichten van administratieve, financiële, commerciële en technische diensten ten behoeve van de betrokken dochterondernemingen, dan moet de inmenging als een economische activiteit in de zin van art. 4, tweede lid, van de Zesde Richtlijn worden beschouwd (arrest van 20 juni 1991, C-60/90, *Polysar Investments Netherlands*, *Jur.* 1991, p-3111, r.o. 14; arrest van 14 november 2000, C-142/99, *Floridienne* en *Berginvest*, *Jur.* 2000, p-9567, r.o. 18-19 en door de auteur besproken in *R.W.*, 2001-2002, 896).

Vervolgens gaat het Hof na of een holding de B.T.W. mag aftrekken die drukt op de uitgaven voor de verschillende diensten die zij heeft laten verrichten in het raam van de verwerving van een deelneming in een dochteronderneming. Voor de beantwoording van deze vraag brengt het Hof allereerst het doel van de gemeenschappelijke BTW-aftrekregeling in herinnering, namelijk het waarborgen aan de ondernemer van een volstrekte neutraliteit van de fiscale druk op het geheel van zijn economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteiten, maar mits die activiteiten in beginsel zelf aan B.T.W. zijn onderworpen. Voorts verwijst het Hof naar zijn vaste rechtspraak naar luid waarvan het recht op aftrek van de voorbelasting maar kan worden toegekend indien er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de verkregen goederen of diensten en een of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat (arrest van 8 juni 2000, C-98/98, *Midland Bank*, *Jur.* 2000, I-4177, r.o. 24; arrest van 22 februari 2001, C-408/98, *Abbey National*, *Jur.* 2001, I-1361, r.o. 26). Uit deze regel volgt dat het recht op aftrek van de B.T.W. vooronderstelt dat de voor de verwerving van die goederen of diensten gedane uitgaven zijn opgenomen in de prijs van de handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat; die uitgaven moeten m.a.w. een onderdeel zijn van de kosten van de in een later stadium verrichte handelingen waarbij van die goederen en diensten gebruik wordt gemaakt en waarvoor recht op aftrek bestaat. *In casu* ontbreekt een dergelijk rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de diverse door de vennootschap gebruikte diensten bij de verwerving van de deelnemingen in haar dochterondernemingen en de in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat (*in casu* de inmenging in

het beheer van die vennootschappen). De kosten voor de eerder genoemde diensten maken echter wel deel uit van de algemene kosten van de vennootschap; er is derhalve in beginsel een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang tussen de bedoelde diensten en de volledige bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige. Aldus kan de vennootschap, indien zij zowel handelingen uitvoert waarvoor een recht op aftrek bestaat als handelingen waarvoor dat recht niet bestaat, op grond van art. 17, vijfde lid van de Zesde Richtlijn aanspraak maken op een *prorata* BTW-aftrek.

Een laatste aspect dat het Hof onderzoekt, is of de inning van dividenden binnen het toepassingsgebied van de B.T.W. valt. Onder verwijzing naar zijn vroegere rechtspraak, beantwoordt het Hof deze vraag ontkennend. De inning van dividenden vormt geen tegenprestatie voor enige economische activiteit en valt dus niet binnen het toepassingsgebied van de B.T.W. Bijgevolg staan de dividenden die voortkomen uit het houden van deelnemingen volledig los van het stelsel van het recht op B.T.W. Een en ander vindt zijn verklaring in de kenmerken van het dividend zelf. Het feit dat het bedrag van het dividend voor een deel onvoorzienbaar is en de omstandigheid dat het recht op dividend enkel het gevolg is van het houden van de deelneming, maken bovendien dat tussen het dividend en een dienst – zelfs indien deze wordt verricht door een aandeelhouder die dit dividend ontvangt – niet het rechtstreekse verband bestaat dat noodzakelijk is om het dividend als de tegenprestatie voor de dienstverrichting te kunnen aanmerken. Derhalve concludeert het Hof dat de dividenden verkregen door een holdingvennootschap die voor andere activiteiten aan de B.T.W. is onderworpen en die ten behoeve van haar dochterondernemingen beheersdiensten verstrekt, moeten worden uitgesloten van de noemer van de breuk die dient voor de *prorata* berekening van de BTW-aftrek.

Uit het *Cibo*-arrest kunnen de volgende, voor de praktijk relevante conclusies worden getrokken.

Wat de vraag naar de BTW-belastingplichtigheid van holdingvennootschappen betreft, moet worden vastgesteld dat het arrest volledig in lijn is met vroegere uitspraken van het Hof van Justitie (zie terzake: V. Vermeersch, «Het begrip BTW-belastingplichtige toegepast op holdingstructuren: overzicht van Europese rechtspraak», *A.F.T.* 2001, 457-470).

De visie van het Hof met betrekking tot de BTW-aftrek terzake de kosten voor de verwerving van aandelen kunnen daarentegen innoverend worden genoemd. Het Hof lijkt immers terug te komen op zijn standpunt ingenomen in het BLP Group-arrest (arrest van 6 april 1995, C-4/94, *Jur.* 1995, I-983), namelijk dat de BTW-aftrek alleen kan worden toegestaan indien de B.T.W. betrekking heeft op goederen en diensten die een directe en rechtstreekse band hebben met *belaste handelingen*. In het hier besproken arrest geeft het Hof evenwel (opnieuw) een ruimere interpretatie aan het bestemmingsbeginsel. Vanuit het economisch oogpunt van de neutraliteit van de BTW-heffing moet de aftrek van B.T.W. worden gekoppeld aan het gebruik van de ontvangen goederen en diensten voor de uitoefening van de *volledige bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige*. In plaats van een precieze allocatie van de input-B.T.W. aan de output-B.T.W. na te streven, dient derhalve veeleer rekening te worden gehouden met de vraag of de door een belastingplichtige verrichte leveringen of diensten kaderen binnen

zijn aan B.T.W. onderworpen activiteit (zie L. Vandenbergh, *Aftrek en teruggaaf van BTW*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 34-40). Terecht stelt deze auteur dat «zelfs al zou men bijvoorbeeld het verband tussen de aankoop van investeringsgoederen (bedrijfsmiddelen) en de verrichting van belaste handelingen (leveringen van goederen en dienstverrichtingen) niet als direct beschouwen, dan nog wordt die aankoop verricht, precies met het oog op het verrichten van de belaste handelingen, in de uitoefening van een aan de B.T.W. onderworpen activiteit. Aldus komt de op een dergelijke aankoop verschuldigde B.T.W. wel voor aftrek in aanmerking (...)».

Het hier besproken arrest is tenslotte ook voor de Belgische praktijk niet zonder belang. Vooralsnog gaat de Belgische BTW-administratie er immers vanuit dat de B.T.W. in verband met kosten voor de verwerving van deelnemingen in principe niet aftrekbaar is (Parl. Vr. nr. 525 van 29 november 2000, *Vr. en Antw. Kamer 2000-2001*, afl. 75, p. 8464). In het licht van het Cibo-arrest kan men echter verwachten dat de Belgische BTW-administratie haar standpunt terzake zal moeten herzien. Wellicht kan een nieuwe parlementaire vraag over deze materie het snelst klaarheid en rechtszekerheid scheppen.

(Eerste Kamer – Zaak C-16/00 – Cibo Participations SA)

Tim Wustenberghs

BOEKEN

A. VERBEKE, I. PETERS, K. CHRISTIAENS en J. BYTTEBIER, *Voorrechten, hypotheek en andere zekerheden 1996 – 97*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 258 p.

Dit boek is het vervolg op *Vijf jaar voorrechten, hypotheek en andere zekerheden 1991 – 1995*. Opnieuw wordt getracht de lezer een overzicht te beiden van de belangrijkste evoluties in de materie tijdens de jaren 1996 en 1997. In een eerste deel behandelen de auteurs het vermogen als onderpand van de schuldeisers. Bijzondere aandacht wordt hierbij besteed aan de verschillende beschermingsmechanismen tegen de insolventie van de schuldenaar. De relevante bepalingen uit de (nieuwe) Faillissementswetgeving, de Wet Gerechtelijk Akkoord en de Wet betreffende de Collectieve Schuldenregeling worden hier reeds besproken. Inspiratie voor oplossingen van nieuwe praktische problemen wordt gezocht in andere rechtstelsels. We denken hier bijvoorbeeld aan de *Source Code Escrow*-overeenkomst die de koper van software beschermt tegen het faillissement van de softwareleverancier.

Een tweede deel van het boek belicht de relevante rechtsleer en rechtspraak inzake de hypothecaire inrichting en onroerende publieiteit. De auteurs bespreken vervolgens de belangrijkste bijzondere en algemene voorrechten. De lezer krijgt hier onder meer een kort en helder overzicht van de fiscale voorrechten.

Deel vier van het boek besteedt aandacht aan actualia betreffende de hypotheek. Onder dit deel vallen onder meer de kenmerken, de inschrijving, het tenietgaan van de hypotheek en de wettelijke hypotheek. Het omvangrijkste deel van het boek is de bespreking van de andere zekerheden. In een eerste hoofdstuk komen de persoonlijke zekerheden aan bod. Waar dit relevant is wordt de Franse cassatierechtspraak vermeld. De overheidswaarborg wordt hierbij grondig besproken. Diverse aspecten van deze zekerheid verleend door de overheid worden bestudeerd. Hierbij komen niet alleen het privaatrecht, maar ook het publiekrecht en het Europese mededingingsrecht in het vizier. Bij de bespreking van de zakelijke zekerheden wordt stilgestaan bij de invloed van het vernieuwde insolventierecht op de kennisgeving en het inningsrecht van de

pandhoudende schuldeiser. In het hoofdstuk over eigendom tot zekerheid wordt uitgebreid stilgestaan bij het mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 1996. De auteurs trachten de precieze draagwijdte te achterhalen van dit belangwekkende arrest, waarin het Hof van Cassatie de tegenwerpelijheid van het gebruik van het eigendomsrecht tot zekerheid verwierpt. Voorts wordt aandacht besteed aan alternatieve oplossingen en de gevolgen van dit arrest op wetgevend vlak.

Een laatste deel van het boek bespreekt enige internationaalrechtelijke aspecten van de zekerheden.

Dit boek biedt de lezer een helder overzicht van de belangrijkste rechtspraak en rechtsleer betreffende de zekerheidsrechten. Relevante rechtspraak van de hoogste rechtscolleges van onze noorder- en zuiderburen komt ook aan bod. Het boek wordt afgesloten met een rechtspraak- en trefwoordenregister.

Annick De Wilde

M. HUYBRECHTS, E. VAN HOOYDONK en C. DIERYCK (red.), *Marine insurance at the turn of the millennium*, Volume 2, The European Institute of Maritime and Transportlaw, Antwerpen, Intersentia, 2000, 259 p.

Van 16 tot en met 19 november 1999 organiseerde het Europees Instituut voor Zee- en Vervoerrecht te Antwerpen de *International Marine Insurance Conference*. De zeer talrijke lezingen die trouwens van een zeer groot gehalte getuigden, werden in twee volumes gebundeld.

Op p. 1326-1327 van de vorige jaargang van *dit tijdschrift* hadden wij de gelegenheid Volume 1 van bovenstaande verzameling voor te stellen. Ondertussen kwam ook Volume 2 van de pers.

De eerste in deze bundel gepubliceerde tekst is die van de lezing van prof. F. Stevens (K.U.L.), die handelt over de bijdrage van Antwerpen tot de ontwikkeling van de zeeverzekering in de zestiende eeuw. Het is hartverwarmend te mogen vaststellen welke invloed er van de Antwerpse gebruiken is uitgegaan. Zo hebben de Antwerpse costuymen bevruchtend gewerkt op de Amsterdamse verzekeringspraktijk en het is nog eens goed dat de invloed van de Zuidelijke op de Noordelijke Nederlanden o.m. bij de ontwikkeling van het zeeverzekeringsrecht op een internationaal forum in het daglicht wordt gesteld. De vaststelling van de spreker dat zelfs de Franse *Ordonnance de la Marine* van 1681 de Antwerpse invloed heeft ondergaan, zou ons van onze traditionele bescheidenheid moeten genezen. Het zou nog meer deugd hebben gedaan mocht voornoemde spreker in de uitgewerkte tekst van zijn lezing dieper op die invloed zijn ingegaan. Daarbij mag er tussen haakjes op gewezen worden dat de vandaag de dag toepasselijke algemene voorwaarden van de Antwerpse zeeverzekeringspolis van 1859 ruim geïnspireerd zijn op de gebruiken uit de zestiende eeuw.

Prof. A. von Ziegler (Zürich) handelt over de goede trouw in de continentale zeeverzekering. In Volume 1 werd reeds een bijdrage over de goede trouw vanuit een Anglo-Amerikaanse invalshoek gepubliceerd (prof. Y. Baatz, Southampton). De bijdrage van de Zwitserse hoogleraar herstelt het evenwicht tussen de Anglo-Amerikaanse maritieme verzekeringswereld en de continentale. Bij de behandeling van de Belgische situatie wordt terecht gewezen op het zeer stringente karakter van de Belgische Verzekeringswet van 1874, maar daarbij wordt evenwel geen gewag gemaakt van de mitigerende werking van makelaarsclausules. Evenmin als in de uiteenzetting van prof. Y. Baatz wordt gewag gemaakt van de goede trouw die zou moeten bestaan bij de verzekeraar en van de tussen partijen noodzakelijke geest van samenwerking bij de verwezenlijking van de schade.

Prof. B. Goemans (U.C.L.) bespreekt de interpretatie van zeeverzekeringspolissen onder toepassing van Engels respectievelijk Belgisch recht en stelt de vraag in hoever extrinsieke elementen bij de interpretatie kunnen worden ingeroepen.

Het zeer specifieke Engelse systeem van de *warranties* in de zeeverzekeringen is het thema van de lezing van prof. J. Hare (Kaapstad). De titel is alleszins veelzeggend: *The omnipotent warranty: England v. the world*. Het is een striemend betoog geworden tegen een systeem waarin ook bij ontstentenis van enige causaliteit tussen niet-naleving van de *warranty* en de schade, de verzekeraar bevrijd is van enige verplichting. Interessant is de vaststelling dat dit probleem aangesneden werd tijdens de conferentie over de eenmaking van de

zeeverzekering door het *Comité Maritime International* gehouden in Singapore in februari 2001, maar een algemene uitsluiting van de diep in het Engelse denkpatroon geankerde *warranties* bleek niet mogelijk (cf. het verslag van prof. Chr. Dieryck in de *News Letter* van de Belgische Vereniging voor Zeerecht, 2001, nr. 4).

De aansprakelijkheid van classificatiemaatschappijen met specifieke verwijzing naar het Griekse recht, is het thema van de uiteenzetting van prof. A. Antapassis (Athene). Het betreft hoofdzakelijk een vergelijking van de rechtspraak i.v.m. de contractuele en aquiliaanse aansprakelijkheid in de Verenigde Staten, Engeland, Frankrijk, Duitsland en Griekenland waarbij uiteraard de nadruk wordt gelegd op dit laatste land. De aansprakelijkheid van classificatiemaatschappijen is trouwens reeds geruime tijd aan de orde van de dag: getuigen daarvan de talrijke verwijzingen in de voetnoten, natuurlijk in grote meerderheid naar Griekse jurisprudentie, maar ook naar Franse en Britse publicaties. Jammer dat het Nederlands een internationaal zo weinig gekende taal is, anders zou er ook verwezen zijn naar de gezaghebbende bijdrage van prof. M. A. Huybrechts over deze materie («Classificatiemaatschappij of de schone schijn doorkruist?» in *Liber Amicorum J. Putzeys*, Brussel, Bruylant, 1996, 439-474).

Prof. B. Insel (U.L.B. en Antwerpse balie) handelt over het immer actuele probleem van het vervoer van gevaarlijke goederen, in het bijzonder de verzekeringsproblematiek, met een uitvoerige uiteenzetting van de momenteel nog niet van kracht zijnde HNS-conventie van 1996 (*carriage of hazardous and noxious substances at sea*).

De belangrijkste rol door de verzekeraars inzake hulp en berging gespeeld, wordt belicht door prof. G. Brice (Tulane University, Queens Counsel). In het bijzonder bespreekt hij de ontwikkeling van de zogeheten *Scopic Rules* (*Special Compensation Protection and Indemnity Clause*); de tekst van de desbetreffende clause en van de tussen de *International Salvage Union* en de *International Group of P&I Clubs* overeengekomen gedragscode vormt een bijlage bij deze uiteenzetting.

Mogen de overheidslichamen het stellen van een financiële zekerheid opleggen aan schepen die in een scheepvaartongeval betrokken waren? Deze vraag wordt gesteld en beantwoord door prof. E. Van Hooymdonk (UFSIA, UIA, Handelshogeschool Antwerpen en Antwerpse balie) in een zeer uitvoerige en bij zonder gedocumenteerde bijdrage. Deze studie beweegt zich even zeer op het gebied van het verzekeringsrecht (bv. de door de P&I Clubs verstrekte garanties met verwijzing naar de *Long Lin case* 1992, waarin België en Nederland betrokken waren) als op het gebied van het internationaal zeerecht (b.v. het recht van onschuldige doorvaart). En passant wordt de invloed van de *London Salvage Convention* 1989 onderzocht en ten slotte breekt de auteur een lans voor een verdragsregeling voor de toegang tot de havens van de zogeheten *casualty ships*, waarbij hij verklaart geen voorstander te zijn van de eis tot het stellen van een financiële zekerheid om de haven te mogen binnenvaren.

Prof. K. Bernauw (Universiteit Gent) bespreekt de vrijheid van dienstprestaties in de transportverzekering. Hij gaat nader in op de organisatie van de markt. Hij stelt evenwel vast dat er ook leven is buiten de Europese Unie, wat een eurocentristische instelling wel eens belet te zien. Hij behandelt de initiatieven genomen in het raam van de OECDE en de Wereldhandelsorganisatie en weidt uit over het door GATS (*General Agreement on Trade in Services*) toegepaste systeem.

Prof. M.F. Sturley, die reeds een eerste bijdrage leverde over de zeeverzekeringen in de Verenigde Staten, inzonderheid de vraag naar het toepasselijke recht in het licht van de *Wilburn boat-zaak*, gaat thans nader in op een voorstel van *Restatement of the Law of Marine Insurance* om de in de *Wilburn boat-case* aan de oppervlakte gekomen problemen op te lossen.

De hervorming van de zeeverzekeringen in Australië is het voorwerp van de bijdrage van R. Salter en Ph. Fow (Melbourne). De tekst van het ontwerp tot wijziging van de Australische *Marine Insurance Act* 1909, bijna een gelijkluidend afschrift van de Britse *Marine Insurance Act* 1906, wordt als bijlage van de uiteenzetting zelf gevoegd. En ook hier wordt er kritiek geuit op het systeem van de *warranties*, dat volgens bovenvermelde sprekers een *inequitable treatment* van de verzekerde inhoudt. Daarom gaan er stemmen op voor de noodzaak van een oorzakelijk verband tussen de niet-naleving van de *warranty* en de schade. Een dergelijk voorstel ligt volledig in de lijn van het door prof. J. Hare vertolkte standpunt. De

uiteenzetting van prof. S. Pavic (Universiteit Split) geeft enkele beschouwingen over de zeeverzekeringen in Kroatië, met vermelding van enkele voorstellen *de lege ferenda*, waarbij veel aandacht wordt besteed aan de noodzaak van een rechtstreekse vordering voor niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen (bv. voor de aansprakelijkheid bij aanvaringen, aansprakelijkheid voor schade aan vervoerde goederen, enz.).

Twee slotcommentaren besluiten Volume 2: een eerste namens de *common law*-juristen door prof. J. Hare (Kaapstad) en een tweede namens de continentale juristen door prof. A. Vialard (Bordeaux). Volume 2 bevat nog enkele nabeschouwingen bij in Volume 1 gepubliceerde teksten nl. ISM en STCW (prof. R. Shaw) en de verzekeringsbemiddeling (prof. Y. Tassel, Nantes). Als bijlagen worden twee teksten gevoegd, de Italiaanse *cascopolis* Camagoli 1988 en de *Corvette Underwriters Warranties* 1999.

De grote verdienste van de twee volumes van *Marine Insurance at the turn of the Millennium* is dat ze een bijzonder goed overzicht geven van de *status quaestionis* van verschillende aspecten van het zeeverzekeringsrecht internationaal gezien, en dat ze tevens een degelijke inleiding bieden tot verschillende desbetreffende nationale rechtsselsels. Het congres zelf dat aanleiding heeft gegeven tot de publicatie van het besproken verzamelwerk is een juridische *happening* van formaat geworden (280 deelnemers uit 34 verschillende landen). Het is reeds een begin van vervulling van de wens door de toenmalige voorzitter van het Europees Instituut voor Zee- en Vervoerrecht, prof. M.A. Huybrechts, in het woord vooraf tot Volume 2 neergeschreven, nl. dat Antwerpen de uitgelezen plaats moge zijn voor wetenschappelijke beoefening van het zeerecht en het treffpunt van maritieme juristen uit alle 's Heren landen voor de voorbereiding van internationale maritiemrechtelijke verdragen. Aldus kan opnieuw aangeknoopt worden met een vroegere traditie.

Hubert Libert

R. BARENTS, *Arbeidsverhoudingen, Serie E.U.-wetgeving, rechtspraak en documentatie*, deel 12, Deventer, Kluwer, 2001, 428 p.

Dit boek van documentaire waarde bevat, uiteraard in het Nederlands, een selectie van artikelen van het E.G.-verdrag, de volledige relevante sociaalrechtelijke richtlijnen en een selectie van belangrijke arresten van het Hof van Justitie, bv. inzake de overgang van onderneming en het collectief ontslag.

Te betreuen valt dat het materiaal inzake het vrije verkeer van werknemers niet opgenomen is.

W. Rauws

ERRATUM

Onrechtmatige daad – Oorzakelijk verband – Samenlopende fouten van verscheidene personen

In de samenvatting van het op p. 1388 van de lopende jaargang gepubliceerde cassatiearrest van 24 november 1999 is in de voorlaatste regel het woord «niet» weggevalen. Er dient te worden gelezen: «Uit de enkele omstandigheid dat één van beide, bij het ongeval betrokken bestuurders een fout heeft begaan die niet kon worden voorzien, kan niet worden afgeleid dat de samenlopende fout van de andere bestuurder *niet* in een oorzakelijk verband staat met de schade».

Verbintenis – Betaling van geldsom – Anatocisme

In het op p. 1401 van de lopende jaargang gepubliceerde vonnis van het vrederecht te Wolvertem van 22 maart 2001 dient op de laatste regel van het kopje het woord «kapitalisme» te worden gelezen als «kapitalisatie» en dient in punt 2, vierde regel, van de samenvatting het woord «schuldeiser» te worden vervangen door «schuldenaar».

Zoekt u iets in een vorig nummer ? Verlies vanaf nu geen tijd meer !

Elektronische Registers (RWE) en RW Opbergbanden

Elektronische Registers (RWE) | 2001 | ISBN 90-5095-212-7 | cd-rom | verschijnt rond de jaarwisseling
Abonnees op het tijdschrift: € 48,50 , niet-abonnees € 86

RW Opbergbanden | ISBN 90-5095-160-0 | € 37,50 per set van 2 banden

Om optimaal rendement uit uw tijdschrift te halen zou u bepaalde items of artikels snel en makkelijk moeten kunnen terugvinden.

Dat kan!

Met de **Elektronische Registers** (RWE) raadpleegt u snel en efficiënt alle registers vanaf jaargang 1988-1989 tot en met de laatst afgelopen jaargang. U zoekt uw trefwoord op in het trefwoordenregister, waar u meteen de juiste verwijzing naar uw Rechtskundig Weekblad vindt, zijnde jaargang, nummer en pagina. Elk jaar rond de jaarwisseling ontvangt u een geactualiseerde versie.

Als u bovendien uw Rechtskundig Weekblad klasseert in de **handige opbergmappen**, dan hebt u het betreffende nummer ook in een oogwenk gevonden. Uw stapels oude jaargangen kunnen nu netjes en onbeschadigd bewaard worden. Om één jaargang op te bergen, hebt u één set, zijnde twee mappen, nodig.

Indien professionalisme ook voor u synoniem is voor georganiseerd en efficiënt werken, aarzel dan niet langer en bestel nu.

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchilllaan 108 | B-2900 Schoten (Antwerpen) | België



Of fax de coupon naar ++32 (0)3 658 71 21



Of stuur een berichtje naar mail@intersentia.be

ANTWOORDCOUPON



Hebt u vragen? Bel ++32 (0)3 680 15 50

☐ Ja, ik abonneer mij op de

Elektronische Registers (RWE)
(ISBN 90-5095-212-7)

☐ ik betaal als abonnee op het tijdschrift € 48,50 ;

☐ ik betaal als niet-abonnee € 86 .

Ik ontvang jaarlijks de geactualiseerde versie.

☐ Stuur mij ____ sets van de **RW Opbergbanden** (ISBN 90-5095-160-0) tegen de prijs van € 37,50 per set van 2 banden.

Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling wordt bezorgd.

de heer | mevrouw

naam: _____ voornaam: _____

firma: _____

straat: _____ nr.: _____

postnummer: _____ gemeente: _____

land: _____

telefoon: _____ fax: _____

e-mail: _____ btw: _____

datum: _____ handtekening: _____

Intersentia nv respecteert uw privacy. De persoonsgegevens die u doorgeeft, mag het gebruiken om u op de hoogte te houden van zijn uitgaven. Wilt u geen commerciële informatie van Intersentia nv? Kruis dan dit vakje aan: ☐ U kunt uw gegevens ook opvragen en laten verbeteren via fax of per brief.



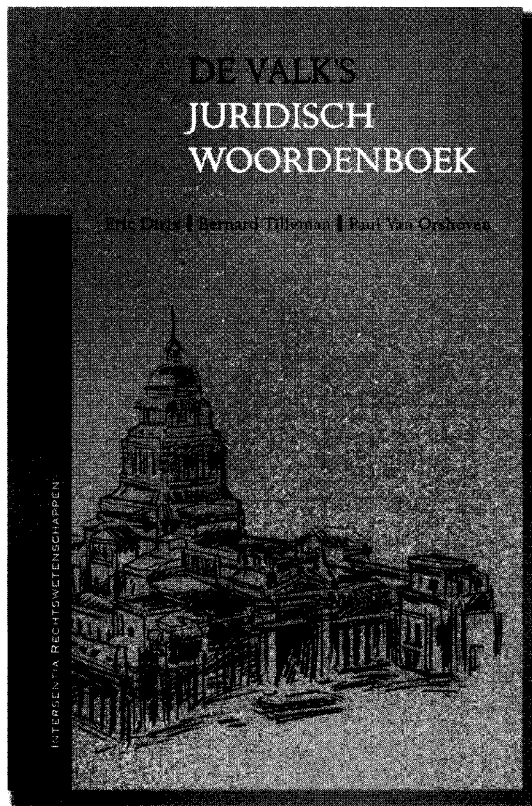
intersentia

NIEUW!

De Valks Juridisch Woordenboek

Redactie : E. DIRIX, B TILLEMANN en P. VAN ORSHOVEN

2001 | ISBN 90-5095-148-1 | 431 blz. | € 75



In alle ons omringende landen bestaan er uitstekende verklarende juridische woordenboeken. Zo beschikken onze noorderburen vanouds over "FOCKEMA ANDREAE'S Juridisch Woordenboek", terwijl in Frankrijk, Duitsland en de Verenigde Staten respectievelijk "CORNU", "CREIFELDS" en "BLACK'S LAW" een stevige reputatie genieten. In België bestond een dergelijk algemeen juridisch woordenboek - enige sectoriële woordenboeken en lexicons niet te na gesproken - nog niet. Het nut en het succes van de buitenlandse voorbeelden heeft de redactie geïnspireerd om ook voor Vlaanderen een dergelijk boek samen te stellen. In dit woordenboek wordt het bij ons geldende recht, het weze van Belgische, internationale, Europese of Vlaamse oorsprong, volledig bestreken. Bij elk lemma worden ook de Franse vertaling, de belangrijkste subtitelwoorden, de pertinente wetgeving en eventuele synoniemen of verwante begrippen vermeld.

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchilllaan 108 | B-2900 Schoten (Antwerpen) | België



Of fax de coupon naar ++32 (0)3 658 71 21



Of stuur een berichtje naar mail@intersentia.be

ANTWOORDCOUPON



Hebt u vragen? Bel ++32 (0)3 680 15 50

☐ Ja, ik bestel ____ ex. van het boek **De Valks Juridisch Woordenboek** (ISBN 90-5095-148-1) tegen de prijs van € 75 per exemplaar.

Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling wordt bezorgd.

de heer | mevrouw

naam: _____ voornaam: _____
firma: _____
straat: _____ nr.: _____
postnummer: _____ gemeente: _____
land: _____
telefoon: _____ fax: _____
e-mail: _____ btw: _____
datum: _____ handtekening: _____

Intersentia nv respecteert uw privacy. De persoonsgegevens die u doorgeeft, mag het gebruiken om u op de hoogte te houden van zijn uitgaven. Wilt u geen commerciële informatie van Intersentia nv? Kruis dan dit vakje aan: ☐ U kunt uw gegevens ook opvragen en laten verbeteren via fax of per brief.



intersentia

2-B-A-R