

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

SAMENLOOP, REFLEXWERKING EN AANVULLENDE WERKING VAN INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN EN DE ALGEMENE NORM INZAKE EERLIJKE HANDELSGEBRUIKEN

1. Eén van de minst opgeklarde bepalingen van de Wet op de Handelspraktijken (hierna WHP) is wel artikel 56. Dit artikel luidt : «Artikel 55 vindt geen toepassing op daden van namaking die onder toepassing vallen van de wetten betreffende de uitvindingsoctrooien, de fabrieks- of handelsmerken, de nijverheidstekeningen of -modellen en de auteursrechten.» Artikel 55 WHP, ten aanzien waarvan art. 56 WHP een uitzonderingsbepaling vormt, geeft aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel de bevoegdheid de staking te bevelen van onder meer (en dit is voor de verdere bespreking van belang) elke daad die in strijd is met de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken, neergelegd in art. 54 WHP.

Wie de rechtspraak nakijkt, zal vlug tot de vaststelling komen dat een mogelijke onbevoegdheid van de voorzitter omdat de gewraakte handeling een inbreuk vormt op intellectuele eigendomsrechten, in talrijke gevallen gewoonweg niet ter sprake komt¹. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat de eiser dikwijls speculeert op de mogelijke onwetendheid van de verweerder en dat de voorzitter, waar hij zulks ambtshalve kan, de bewuste vergetelheid niet ontmaskert om zich niet op het gladde ijs van de interpretatie van art. 56 WHP te moeten begeven. Dat het verzwijgen van de problematiek niet zal bijdragen tot een meer precieze afbakening van het toepassingsgebied van art. 56 WHP, hoeft hier geen betoog.

¹ Enkele voorbeelden : Voorz. Kh. Brussel, 31 juli 1974, *B.R.H.*, 1978, 314-317, met noot van L. BALLON; Voorz. Kh. Brussel, 31 januari 1975, *R.W.*, 1976-77, 436-440, met noot van J. STUYCK die op deze tekortkoming wijst; Voorz. Kh. Turnhout, 20 januari 1978, *Ing.-Cons.*, 1978, 305-310, *B.R.H.*, 1978, 573-578, met noot van A. BRAUN. Verwijzingen naar niet gepubliceerde vonnissen vindt men in het rechtspraakoverzicht van J. EVRARD en T. VAN INNIS, *J.T.*, 1978, nrs. 101-102, p. 44. Zie ook Hof Gent, 9 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 1716 met noot van R. VAN DEN BERGH.

Naast het nog al te vaak wegmoffelen van art. 56 WHP, staat genoemde wetsbepaling de laatste tijd meer en meer aan kritiek bloot. In zijn onlangs in dit tijdschrift gepubliceerde commentaar stelde I. Verougstraete voor de woorden «handels- of fabrieksmerken» uit de opsomming van art. 56 WHP te schrappen. Voornamelijk inzake merken zou art. 56 WHP «bijzonder hinderlijk» werken. Nu de WHP toch aan een globale herziening toe is, zou men van de gelegenheid gebruik kunnen maken om de ongewenste beperkingen van het handhavingsmodel (de vordering tot staken) op te ruimen. In dat perspectief zou ook art. 56 WHP aan een schoonmaakbeurt toe zijn².

2. Om de juiste draagwijdte van art. 56 WHP te vatten, moet men duidelijk de verschillpunten voor ogen houden tussen de specifieke beschermingsmodellen van intellectuele eigendomsrechten en het algemene beschermingsmodel der «eerlijke handelsgebruiken». Onder beschermingsmodel dient te worden verstaan de materiële en de formele voorwaarden voor de bescherming en de verleende beschermingsomvang. Reeds een vluchtig vergelijkend onderzoek van beide aspecten brengt aan het licht dat de beschermingsmodellen sterk verschillen.

Hierna worden de mogelijke probleemsituaties dan ook in drie hoofdcategorieën ingedeeld, naar gelang alleen de specifieke wet of alleen de algemene norm, dan wel beide van toepassing schijnen. Meteen moet erop worden gewezen dat art. 56 WHP niet alleen een procesrechtelijke betekenis heeft. Art. 55 WHP, t.a.

² I. VEROUGSTRAETE, «Bevoegdheid van de voorzitter der rechtbank van koophandel rechtdoende op grond van art. 55 WHP», *R.W.*, 1978-79, 835-841.

waarvan art. 56 een uitzonderingsbepaling vormt, bevat ook het handhavingsmodel van de WHP: het bevel tot staken. Wanneer alleen aan de toepassingsvoorwaarden van de specifieke wet voldaan is, rijzen er geen problemen. Art. 56 WHP komt dan gewoonweg niet ter sprake. Dergelijke gevallen zijn talrijker dan de kritiek op deze wetsbepaling zou doen vermoeden. In dit opzicht is de «hinderlijke» werking van art. 56 WHP dan ook enigszins overroepen. Wanneer alleen aan de toepassingsvoorwaarden van art. 54 WHP voldaan is, liggen de zaken heel wat moeilijker. Men dient in zo'n situatie immers rekening te houden met de mogelijke reflexwerking van de specifieke norm. Deze term is ontleend aan het proefschrift van Boukema³, die onderscheid maakt tussen de eigenlijke samenloop en de zogenaamde reflexwerking van wetsnormen. In geval van samenloop zijn op een zelfde rechtsfeit verschillende normen van toepassing. Bij reflexwerking is slechts één norm van toepassing. Een niet van toepassing zijnde wetsnorm heeft toch invloed op de toepasselijkheid of de werking van andere wetsnormen, die wel op de casuspositie van toepassing schijnen⁴. In de derde hypothese zijn op hetzelfde rechtsfeit beide normen van toepassing. Het betreft hier gevallen van samenloop in de eigenlijke zin, die de meeste problemen opleveren. Wanneer verschillende rechtsfeiten voorkomen binnen een zelfde casuspositie, kan de algemene norm een aanvullende bescherming geven. Daarbuiten zullen de problemen, bij gebreke aan uitdrukkelijke wetsbepalingen, aan de hand van algemene beginselen opgelost moeten worden. Deze onderscheiden probleemgebieden zullen in de hiernavolgende bespreking per intellectueel eigendomsrecht telkens afzonderlijk onderzocht worden. De volgorde waarin de verschillende uitsluitende rechten worden besproken werd bepaald vanuit de trapsgewijze opbouw der conclusievorming t.a.v. de juiste draagwijdte van art. 56 WHP.

Modellen

3. Om de gestelde problematiek ter zake van modellen te analyseren, dient niet alleen rekening te worden gehouden met art. 56 WHP. Een spelbepaling is hier art. 14, 5°, van de Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (hierna BTMW) dat luidt: «Voor feiten die alleen 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.»

Bij een vordering tot staken die *alleen* gebaseerd is op een schending van de BTMW, moet de voorzitter zich

onbevoegd verklaren. In zo'n geval beschikt hij trouwens over geen enkele juridische basis om er zijn stakingsbevel op te gronden.

De specifieke norm verlost de modelhouder van een aantal onzekerheden die het bescherming zoeken via de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken met zich brengt. In de eerste plaats is het weinig waarschijnlijk dat het louter nabootsen zonder bijkomende omstandigheden (zoals verwarringstichting en parasiteren) door de voorzitter als voldoende grondslag voor zijn stakingsbevel zou worden aanvaard⁵. Deze verbetering zal vooral door de Nederlandse beschermingzoekenden gewaardeerd worden. Op het vlak van het nabootsen van produkten is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het slaafs nabootsen slechts onrechtmatig is in de zin van art. 1401 Nederlands B.W. wanneer daarbij *nodeloos* verwarringsgevaar wordt geschapen⁶. Ten tweede is schade of mogelijke schade aan de beroepsbelangen geen voorwaarde voor toepassing van de BTMW. In ditzelfde perspectief kan er tevens op gewezen worden dat op het vlak van de onrechtmatige daad in Nederland de *Schutznormtheorie* wordt aangekleefd⁷. De in de BTMW neergelegde bescherming tegen namaking van modellen brengt dus een aanmerkelijke verbetering van de rechtspositie van de modelhouder met zich in vergelijking met de bescherming die hij onder de algemene norm (in België de artt. 54-55 WHP, in Nederland art. 1401 BW) kon verkrijgen.

4. Art. 14, 5°, BTMW belet eveneens dat middels een bevel tot staken bescherming tegen namaking wordt verleend aan iets wat als model gedeponeerd *had kunnen worden*. Deze mogelijkheid moest uitgesloten worden om de doelstellingen van de BTMW niet te doorkruisen. Het doel van de eenvormige wet bestaat

⁵ Over het probleem of nabootsing op zichzelf volstaat als daad van onrechtmatige mededinging, leze men de noot van R. VAN DEN BERGH onder Hof Gent, 9 november 1978, R.W., 1978-79, 1716. Aldaar wordt ook het begrip «parasitaire mededinging» toegelicht.

⁶ In het bekende Hyster Krane I-arrest overwoog de Hoge Raad dat de nabootsing ongeoorloofd is «indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht»: H.R., 26 juni 1953, N.J., 1954, 90; B.I.E., 1953, 113 e.v.; W.P.N.R., 4443. Zie voor een beknopt overzicht van het Nederlandse recht ter zake: D. VERKADE, *Ongeoorloofde mededinging*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1978, pp. 46-55.

⁷ Men weet dat de Hoge Raad sinds 1928 verdedigt dat een daad, die in strijd is met een rechtsnorm en derhalve onrechtmatig is, de dader slechts aansprakelijk maakt voor de door de daad veroorzaakte schade, wanneer de overtrede norm de benadeelde beschermt in het geschonden belang. Zie voor een beknopt commentaar: ASSER-RUTTEN-III (*De verbintenis uit de wet*), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1975, pp. 113-123. De Nederlandse rechter zal derhalve spontaan de schade aan de concurrentiebelangen onderzoeken. Art. 54 WHP is in vergelijking met art. 1401 Nederlands B.W. aanmerkelijk ruimer: niet de omschrijving van de fout wordt beperkt, maar het vereiste van concurrentieschade als gevolg van de fout moet ongerechtvaardigde claims voorkomen. Daarover uitvoerig: H. SWENNEN en I. VEROUGSTRAETE, «Kroniek van Belgisch economisch recht 1976», S.E.W., 1977, 686-689.

³ C. BOUKEMA, *Civielrechtelijke samenloop* (in het bijzonder tussen artikel 1401 B.W. en andere wetsbepalingen), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1966, XI + 191 pp. Voornamelijk van belang voor deze bijdrage bleken de pp. 19-58 en 138-170.

⁴ C. BOUKEMA, *a.w.*, p. 54.

er immers in een afdoende bescherming van modellen te verzekeren en daarover — tevens in het belang van de rechtszekerheid — een zo volledig mogelijke documentatie te verschaffen. De mogelijkheid dat de concurrenten er zich van vergewissen of een bepaald model al dan niet bescherming geniet, wordt uitgesloten wanneer het toegelaten blijft zich te beroepen op de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken, wanneer men bijvoorbeeld geen depot neemt wegens de eraan verbonden kosten⁸. Er anders over beslissen zou overigens een onredelijke penaliserende inhoud van degenen die wel de nodige voorzorgen hebben genomen. De reflexwerking van de BTMW werd dus in de wettekst zelf geregeld.

In zijn arrest van 2 december 1977 maakte het Hof van Beroep te Gent een juiste toepassing van deze beginselen. Het betrof hier een vordering tot staken wegens nabootsing van een openlijk gebruikt, maar niet gedeponeerd model (ski-blouson). Alle nagebootste karakteristieken van het produkt (schuine sluitingslijn, grote borstzak, sluiting om het middel e.d.) maakten precies het model uit. De eis werd dan ook afgewezen⁹.

De sanctie op de nalatigheid om zijn rechten via een depot te beveiligen, komt bij modellen dubbel hard aan. Niet alleen kan de eiser zich niet op de WHP beroepen, maar daarenboven kan hij zich achteraf evenmin met behulp van de BTMW redden door het model alsnog te deponeren. Immers, bij depot na de bekendwording van zijn produkt is het model niet meer nieuw, zodat nietigverklaring van het depot mogelijk is¹⁰. Alleen de auteurswet kan hier nog uitkomst bieden, wanneer het model een duidelijk kunstzinnig karakter heeft. Op de specifieke problemen van samenloop tussen de BTMW en de auteurswet kan in het bestek van dit artikel niet verder worden ingegaan¹¹. Toch zij vermeld dat de houder van een model, in geval van nietigverklaring van het depot, een bijzondere verkla-

ring kan afleggen om zijn auteursrechten te behouden (artt. 21, 3°, en 24 BTMW).

De reflexwerking van de BTMW toont zich onder verschillende aspecten. Men dient steeds voor ogen te houden dat in de specifieke wet vervatte beperkingen, zowel op het vlak van de voorwaarden voor de bescherming als op het vlak van de verleende beschermingsomvang, niet via een algemenere norm omzeild mogen worden. Zo belemmert de reflexwerking tevens dat via de WHP bescherming tegen namaak wordt verleend aan een model, waarvan de maximale geldigheidsduur van 15 jaar (art. 12, 2°, BTMW) verstreken is. Hetzelfde geldt wanneer de vernieuwing van de inschrijving niet werd aangevraagd.

5. Ondertussen mogen alvast twee zaken duidelijk geworden zijn. Materieelrechtelijk gezien heeft de eiser er geen belang bij het gemene recht in te roepen om de slaafse namaak van een model te doen verbieden. Het beschermingsmodel van de BTMW is ten belope van de erin verleende beschermingsomvang gunstiger wat de toepassingsvoorwaarden voor de bescherming betreft. Om onder dit beschermingsstatuut te komen moet de modelhouder evenwel een aantal toegevingen doen (formele beschermingsvoorwaarden) die van die aard zijn dat ze het inroepen van de algemene norm uitsluiten voor het verlenen van een zelfde bescherming. Het specifiek beschermingsstatuut heeft anders geen zin meer.

Wat evenwel wanneer een zelfde handeling tegelijkertijd door de specifieke én de algemene norm kan worden beteugeld (eigenlijke samenloop)? Kan men een stakingsbevel verkrijgen wanneer de slaafse namaak van een gedeponeerd model de beroepsbelangen van de modelhouder schaadt? De memorie van toelichting bij de BTMW biedt op deze vraag een duidelijk negatief antwoord¹². Een logische interpretatie van art. 56 WHP dwingt tot een zelfde conclusie. Wanneer men ervan uitgaat dat het artikel alleen maar bedoelt te zeggen dat wie een stakingsbevel wil verkrijgen tegen een handeling die *alleen* een modelinbreuk is, afgewezen moet worden, heeft de bepaling geen zin. Een dergelijke handeling kan alleen gesanctioneerd worden wanneer art. 54 WHP geschonden is. De beschermingsomvang van de BTMW beperkt zich tot daden van namaking; art. 56 WHP sluit de sanctie van art. 55 WHP uit wanneer dezelfde daden een inbreuk vormen op art. 54 WHP. Geconcludeerd mag dus worden dat de BTMW een exclusieve werking heeft t.a.v. de WHP.

De exclusieve werking van de BTMW t.a.v. de WHP betreft alleen de in de BTMW uitgewerkte beschermingsomvang. Men vindt deze beperkend omschreven

⁸ H. MOLIJN, «Benelux-Verdrag inzake Tekeningen of Modellen, met Bijlage: Brussel, 25 oktober 1966», B.I.E., 1975, p. 38. Deze auteur wil de bescherming van het gemene recht ook uitsluiten «wanneer men geen bescherming krijgt via de BTMW» (t.a.p.). Zoals verderop zal blijken is deze stelling in zijn algemeenheid en ongenueanceerdheid onjuist. Zie ook: D. VERKADE, «Aantekeningen bij de modellenwet», W.P.N.R., 1975, 5289, nr. 21.

⁹ Hof Gent, 2 december 1977, *Ing.-Cons.*, 1978, 115, B.R.H., 1978, 569-570, met noot van A. BRAUN.

¹⁰ D. VERKADE, «Aantekeningen bij de modellenwet», WPNR, 1975, 5289, nr. 21.

¹¹ Men leze hierover F. GOTZEN, «De eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen», R.W., 1974-75, 2119-2126; W. HAARDT, «Het recht op een tekening of model en het auteursrecht», N.J.B., 1974, 1173-1180; H. COHEN JEHOAM, «Nogmaals: auteursrecht op modellen», N.J.B., 1974, 1181-1185; J. 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*, Deventer, 1974, pp. 265-271; H. MOLIJN a.w., pp. 38-39; W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, 1975, pp. 273-274; D. VERKADE, «Aantekeningen bij de modellenwet», W.P.N.R., 1975, 5289, nrs. 23-31.

¹² Punt 6 van de algemene toelichting op de eenvormige wet luidt *in fine*: «Tenslotte, wanneer het gaat om namaak, zelfs slaafse namaak, van een model in de zin van artikel 1, is het niet toegestaan het gemene recht in te roepen, afgezien van het feit of er een depot is geweest.»

in het eerste lid van art. 14 BTMW. De houder van een model kan zich verzetten tegen «elke vervaardiging, invoer, verkoop, het te koop aanbieden, verhuur, het te huur aanbieden, tentoonstelling, levering, gebruik of het in voorraad hebben voor een van deze doeleinden, met industrieel of commercieel oogmerk, van een voortbrengsel dat hetzelfde uiterlijk vertoont als de gedeponeerde tekening of het gedeponeerde model dan wel daarmee slechts ondergeschikte verschillen vertoont».

6. Daarnaast belet echter niets dat via de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken aan het model een *aanvullende* bescherming wordt verleend. Zo zal men bijvoorbeeld een onrechtmatige vergelijking van produkten — waarbij een model betrokken is, met een stakingsbevel kunnen sanctioneren. De memorie van toelichting bij de BTMW noemt het uiten van afbrekende kritiek als voorbeeld. In dezelfde zin kan het Hof van Beroep te Gent begrepen worden, waar het in het reeds vermelde arrest over de nabootsing van een ski-blouson stelde: «Het zou wel als oneerlijke mededinging kunnen worden aangemerkt indien zou blijken dat geïntimeerde niet alleen het model nagebootst heeft maar dat zij bovendien middelen heeft aangewend om in de geest van de potentiële koper verwarring te stichten nopens de oorsprong van het model om aldus op een parasitaire wijze haar voordeel te doen met de faam van een concurrent of met diens publicitaire inspanningen of om beslag te leggen op diens klandizie»¹³.

Het zoëven vermelde arrest kan tevens gezien worden als een toepassing van de leer der «begeleidende handelingen»¹⁴, die op dit stuk nuttig kan worden ingeroepen. Wanneer handelingen van onrechtmatige mededinging de namaking vergezellen, moet de voorzitter zijn stakingsbevel op die begeleidende handelingen richten. Alleen wanneer het al dan niet gedeponeerde model niet alleen wordt nagebootst, maar daarenboven verwarring wordt gesticht *buiten de beschermingsomvang van het model om*, kan een inbreuk op

art. 54 WHP voorliggen. De WHP kan dus ook de houders van modellen beschermen, maar dan voor zover de BTMW niet van toepassing is. Art. 56 WHP mag derhalve niet geïnterpreteerd worden in die zin dat de houders van modellen hun belangen alleen met behulp van de BTMW kunnen beveiligen. Zo zal art. 20 WHP van groot nut zijn: het exclusief modelrecht bevat immers geen verbodsbevoegdheid tegen het gebruik van een model in publiciteit.

7. Het beschermingsmodel van de WHP behoudt daarnaast zijn volle betekenis voor voortbrengselen die niet krachtens de BTMW kunnen worden beschermd omdat ze niet voldoen aan de daartoe gestelde materiële voorwaarden (artt. 1-2 BTMW). Volgens Verkade moet op basis van de wetsgeschiedenis worden aangenomen dat onvoldoende «nieuwe» modellen geen bescherming onder het gemene recht kunnen krijgen. Daarentegen zou art. 14, 5°, BTMW niet verhinderen dat bescherming wordt verleend aan objecten die niet als model in aanmerking komen wegens gebrek aan nieuwigheid, maar omdat zij geen «gebruiksfunctie» hebben¹⁵.

De stelling van Verkade lijkt ons verdedigbaar omdat anders via de omweg van een depot met daaropvolgende nietigverklaring door de WHP bescherming kan worden verleend aan openlijk gebruikte, maar niet gedeponeerde modellen (zie nummer 4). Omgekeerd staat niets de aanwending van de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken in de weg ten gunste van om een andere reden nietig verklaarde modellen.

Merken

8. Ook hier geldt dat vorderingen tot staken die uitsluitend gebaseerd zijn op de Eenvormige Beneluxwet inzake de warenmerken (hierna BMW), afgewezen moeten worden. Het specifieke beschermingsstatuut is aanmerkelijk gunstiger dan de bescherming via de artt. 54-55 WHP. Dit zal voornamelijk verderop blijken wanneer het beperkte domein van de aanvullende bescherming zal worden toegelicht.

Eerst zij nog opgemerkt dat de problemen rondom de juridische relatie van merkbescherming en het recht inzake onrechtmatige mededinging niet alleen de zaak van de voorzitter van de rechtbank van koophandel is. Het probleem is niet alleen van procesrechtelijke aard¹⁶.

¹³ Hof Gent, 2 december 1977, *Ing.-Cons.*, 1978, 115, B.R.H., 1978, 569, met noot van A. BRAUN.

¹⁴ In een commentaar op het bekende cassatiearrest van 16 maart 1939 (*Pas.*, 1939, I, 150) dat ten grondslag ligt aan art. 56 WHP specificerde J. RONSE de visie van het Hof als volgt: «De onbevoegdheid zal o.i., althans in de zienswijze van het Hof van Verbreking, slechts dan bestaan wanneer er gevaar zou zijn dat de beslissing van de voorzitter een inbreuk zou betekenen op de bevoegdheid van andere jurisdicties, met uitzondering van de rechtbank die over de schade moet oordelen en de correctionele rechtbank die de herhaling moet beteugelen» (J. RONSE, «De onrechtmatige mededinging — Het omstreden toepassingsgebied van het K.B. nr. 55 van 23 december 1934», R.W., 1948-49, 894). Ook na de totstandkoming van art. 56 WHP blijft dit een erg dienstbare overweging, afgezien dan van de in art. 61 WHP vervatte gekke omkering van het beginsel «le criminel tient le civil en état». Wanneer de voorzitter met zijn stakingsbevel een zelfde bescherming geeft als die welke in de BTMW werd neergelegd, pleegt hij een inbreuk op de uitsluitende bevoegdheid van de rechter van het modellenproces. Dit zal naar de termen van art. 16 BTMW de burgerlijke rechter en niet de rechtbank van koophandel of de voorzitter ervan zijn.

¹⁵ D. VERKADE, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle, 1978, pp. 24-25.

¹⁶ In het rechtspraakoverzicht van J. STUYCK, m.m.v. L. DEMEYERE en F. POTVIEGE vindt men de stelling dat art. 56 alleen de bevoegdheid van de voorzitter beperkt. Deze auteurs zien dan ook geen graten in de overweging van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren (niet gepubliceerd) «dat het verkopen van produkten onder een merk dat hetzelfde is als of gelijkend is op dat van een concurrent, ongetwijfeld een daad van oneerlijke mededinging uitmaakt, voornamelijk omwille van de verwarring die daardoor wordt

Om de hierboven aangegeven stelling te verduidelijken is het vooreerst noodzakelijk de verschilpunten tussen het merkenrechtelijk beschermingsstatuut en de artikelen 54-55 WHP naar voren te brengen. De in artikel 13 BMW vervatte bescherming is ruimer en is aan minder strenge voorwaarden onderworpen dan die van art. 54 WHP. Wat merken betreft zou men zich, veel meer dan zulks t.a.v. modellen het geval is, kunnen aansluiten bij de in de toelichting op de BTMW vermelde overwegingen dat de bescherming van de specifieke wet doeltreffend is en dat ze de bescherming op basis van onrechtmatige mededinging overbodig maakt.

Een eerste onderscheid dat met betrekking tot de beschermingsmodellen van de WHP en van de BMW moet worden gemaakt betreft de toepassingsvoorwaarden van de bescherming. Nemen wij een «klasieke» merkinbreuk als voorbeeld: het gebruik door de niet-merkhouders van een overeenstemmend teken voor soortgelijke waren. Wanneer zo'n teken geringe verschillen vertoont met het gedeponeerde merk¹⁷, kan de rechter een merkinbreuk vaststellen op basis van art. 13 A sub 1 van de BMW. De in het merkproces oordelende rechter moet o.i. geen verder onderzoek doen dan het zoëven vermelde. Het inbrengen van een subjectieve component in de besluitvorming door het verwarringsgevaar te beoordelen in hoofde van de afnemers van de producten is overbodig en wordt overigens niet vereist door de formulering van art. 13 A sub 1 dat het gebruik van een overeenstemmend teken (o.i. is dit een objectieve formulering) voor soortgelijke waren verbiedt. De Nederlandse rechtspraak oordeelt trouwens in de hier verdedigde zin, zulks in tegenstelling met een aantal Belgische uitspraken¹⁸. Zijn de verschillen onvoldoende groot, dan is er merkmaking en kan de rechter het verdere gebruik van het gewraakte overeenstemmend teken verbieden.

De beoordelingsbasis van art. 54 WHP is een andere: is er parasitaire mededinging of verwarringsgevaar? Eisen dat iets slaafs wordt nagebootst beperkt het toepassingsgebied van de bescherming gevoeliger dan wanneer men zich tevreden stelt met geringe verschillen. Over het verwarringsgevaar werd zoëven reeds gehandeld. Toch zijn dit nog niet de meest in het oog springende verschilpunten tussen art. 13 A sub 1 van de BMW en art. 54 WHP. Het belangrijkste verschil is dat voor de toepassing van art. 54 WHP aan het supplementaire vereiste van schade aan de beroepsbelangen voldaan moet zijn. Uit een merkinbreuk volgt zeker niet automatisch schade. Dat blijkt uit meerdere uitspraken waarbij schadevergoeding bij inbreuk op art. 13 A sub 1 BMW werd afgewezen¹⁹. In tegenstelling tot art. 54 WHP speelt het schadevereiste daar echter alleen een rol om samen met de ophouding een schadevergoeding te kunnen verkrijgen. Onder art. 54 WHP is het daarentegen een al te vaak verwaarloosde voorwaarde om de inbreuk met een stakingsbevel te kunnen treffen. Al te vlug wordt aangenomen dat schade aan de beroepsbelangen voorhanden is. De omstandigheid dat het bestaan van een concurrentieverhouding geen voorwaarde is voor de toepassing van art. 54 WHP onthefte de eiser in de vordering tot staken niet van de bewijslast dat hij in zijn concurrentiepositie werd geschaad. De merkhouders hoeft, in geval van inbreuk op art. 13 A sub 1 BMW, geen bewijs van concurrentieschade te leveren. Zo kan hij, ook wanneer degene die de merkinbreuk pleegt op een verschillende geografische markt opereert, zich verzetten tegen het gebruik van een overeenstemmend teken voor soortgelijke waren. Een op basis van art. 54 WHP ingestelde vordering zou daarentegen stranden op het vereiste van schade aan de beroepsbelangen.

De regel dat bij merkinbreuken geen schade aangevoeld moet worden, geldt enkel wanneer art. 13 A sub 1 BMW wordt ingeroepen. Zoals men weet reikt de merkbescherming verder dan het gebruik van hetzelfde of van een overeenstemmend teken voor soortgelijke waren. Art. 13 A sub 2 BMW verbiedt elk ander gebruik in het economisch verkeer zonder gel-

geschapen bij de verbruikers» (*Jura Falconis*, 1975-76, 582-583). Het spreekt nochtans vanzelf dat het schadevereiste in geval van oneerlijke mededinging niet opzij kan geschoven worden naar gelang de rechterlijke instantie die uitspraak doet.

¹⁷ Men vindt talrijke voorbeelden bij G. VAN HECKE en F. GOTZEN, «Overzicht van rechtspraak (1970-1975) Industriële eigendom, Auteursrecht», *T.P.R.*, 1977, nr. 28, pp. 722-723. Zie ook L. VAN BUNNEN, «Six ans d'expérience de la loi uniforme Benelux sur les marques», *J.T.*, 1977, 286.

¹⁸ G. VAN HECKE en F. GOTZEN, *a.w.*, nr. 28, p. 720. Duidelijke exponenten van deze Belgische opvattingen zijn recent nog: Hof Luik, 23 november 1976, *Ing.-Cons.*, 1977, 76-78, en Kh. Brussel, 19 december 1977, *Ing.-Cons.*, 1978, 110-113. In de volgende uitspraken werd gesteld dat het verwarringsgevaar dient te worden beoordeeld in hoofde van de «gemiddelde» koper: Kh. Antwerpen, 6 mei 1976, *Ing.-Cons.*, 1977, 80-82, Hof Gent, 2 december 1977, *Ing.-Cons.*, 1978, 23-26. Aan het verwarringsgevaar werd geen aandacht besteed in Kh. Gent, 24 maart 1977, *Ing.-Cons.*, 1977, 180-182, en in Kh. Brussel, 3 februari 1977, *Ing.-Cons.*, 1977, 319-326.

Vanzelfsprekend zijn «verwarring» en «overeenstemming» nauw verwante begrippen. Zo is het ene een middel om het andere vast te stellen. Zie het recente arrest van het Benelux-Gerechtshof, 1 juni 1978, *Ing.-Cons.*, 1978, 246-254. De woordmerken «Lady» en «Mimosept Lady», beide gebruikt voor maandverband, waren als zodanig niet overeenstemmend. Zij werden het pas door de voorstelling van het merk op de verpakking. «Mimosept» werd in kleine

onopvallende letters gedrukt. Het Benelux-Gerechtshof oordeelde dat de merkhouders zich niet kon verzetten tegen het gebruik van het woordmerk «Mimosept Lady», dat hij dientengevolge onder art. 14 BMW evenmin de nietigheid ervan kon inroepen en dat alleen de overeenstemmende voorstellingswijze een inbreuk op art. 13 BMW uitmaakte. (Vgl. een oudere Belgische uitspraak in andere zin: Kh. Brussel, 3 februari 1977, *Ing.-Cons.*, 1977, 319-326). De verwarring nopens de oorsprong van de producten, die wegens de voorstellingswijze van het woordmerk mogelijk werd, was een middel om de overeenstemming der tekens vast te stellen. Uit dit arrest dient te worden onthouden dat een teken niet op zichzelf, maar ook door zijn voorstelling overeenstemmend kan zijn. Men kan er echter niet uit afleiden dat de verwarring een cumulatief vereiste is dat moet worden uitgelegd zoals in de Belgische rechtspraak.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch, 17 december 1976, *Ing.-Cons.*, 1977, 10-13; Kh. Brussel, 3 februari 1977, *Ing.-Cons.*, 1977, 175-179; Kh. Gent, 24 maart 1977, *Ing.-Cons.*, 1977, 180-182. In het laatste geval werd de «symbolische frank» toegekend.

dige reden dat aan de merkhouder schade toebrengt of kan toebrengen. Wat het schadevereiste betreft, biedt de rechtspraak inzake art. 13 A sub 2 BMW een aantal toepassingsgevallen die op dit stuk ruimer zijn dan wat tot nog toe als schade aan de beroepsbelangen in de zin van art. 54 WHP werd gecatalogeerd. In de «leading-case» ging het om het gebruik van een overeenstemmend teken («Klarein») voor een schoonmaakmiddel terwijl het gedeponeerde merk («Claeryn») betrekking had op jenevers. Geoordeeld werd dat hierdoor het «kooplust opwekkend vermogen» van het gedeponeerde merk werd geschaad²⁰. Hierbij aansluitend kan tevens nuttig gewezen worden op een recentere zaak, waarbij aan de fabrikant van een bekende frisdrank, waarvan de vorm van het flesje tevens als merk is gedeponeerd, schade werd toegebracht door een scène in een pornofilm. Tijdens de bewuste scène werd de halsopening van het flesje, waarop daarenboven duidelijk de merknaam afgelezen kon worden, in de vagina van een vrouw gebracht. Het hof oordeelde dat deze vertoning de aantrekkelijkheid van het merk niet ten goede kwam²¹. Vóór het Claeryn-arrest was reeds uitspraak gedaan in de zaak «Technisch Bureau Kamper naast C&A». Doordat Kamper zich in de door hem gevoerde publiciteit localiseerde naast de bekende kledingszaak, werd het publiek op een associatie gebracht van het gedeponeerde merk met de zaak van Kamper. Het hof te Amsterdam oordeelde dat daardoor aan de merkhouder bepaalde voordelen dreigden te ontgaan. Belangrijk voor onze stellingname is de overweging van het hof dat art. 13 A sub 2 BMW niet beperkt mag worden tot de gevallen waarin met het gebruik van het merk aan de merkhouder oneerlijke concurrentie wordt aangedaan²².

9. Wie een beroep wil doen op het beschermingsstatuut van de BMW moet in het bezit zijn van een gedeponeerd merk. Een teken dat aan de materieelrechtelijke voorwaarden voor bescherming voldoet maar niet werd gedeponeerd (de formele voorwaarden voor bescherming werden dus niet vervuld) kan geen aanspraak maken op een zelfde bescherming via de algemene norm. Ook niet op een deel van die bijzondere beschermingsomvang. Het merkenrecht wordt anders zinloos.

Ook in de BMW is deze reflexwerking uitdrukkelijk geregeld. Art. 12, A stelt in zijn eerste lid: «Niemand kan, welke vordering hij ook instelt, in rechte bescherming inroepen voor een teken, dat als merk beschouwd wordt in de zin van artikel 1, tenzij hij het op regelmatige wijze heeft gedeponeerd en zo nodig de inschrijving ervan heeft doen vernieuwen.» De sanctie

voor de nalatige merkhouder is evenwel aanzienlijk minder streng dan in het geval van een openlijk gebruikt, maar niet gedeponeerd model. In de eerste plaats blijft het mogelijk het teken tijdens het geding, dus nadat art. 12 BMW door de verweerder ingeroepen werd, te deponeren. Toch zal dit depot geen recht geven op schadeherstel voor aan het depot voorafgegane feiten. Ten tweede verschaft de BMW zelf reeds enige bescherming aan openlijk gebruikte maar niet gedeponeerde merktekens. Art. 4, 6°, BMW bepaalt dat geen recht op een merk wordt verkregen door een te kwader trouw verricht depot. Als voorbeeld noemt het artikel onder meer de nietigheid van een depot zonder toestemming van de voorgebruiker, wanneer het voor gebruik normaal, kenbaar en te goeder trouw was en binnen de drie aan het depot voorafgaande jaren in het Beneluxgebied werd uitgeoefend²³. Belangrijk is nog dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel art. 12 BMW ambtshalve kan inroepen. In de BTMW is geen gelijkaardige bepaling te vinden.

10. Het moeilijkste probleem betreft de gevallen van eigenlijke samenloop. De vorige nummers hebben evenwel reeds aangetoond dat dit probleem zelden zal voorkomen. Men mag niet vergeten dat in zo'n geval op een zelfde handeling, een zelfde rechtsfeit, zowel de specifieke als de algemene norm van toepassing moet zijn. De hiernavolgende beschouwingen slaan dus duidelijk alleen maar op gedeponeerde merken. Het gaat hier om (uitzonderlijke) gevallen van merkinbreuk die tevens alle materieelrechtelijke toepassingsvoorwaarden van art. 54 WHP bevatten.

Art. 56 WHP regelt deze problematiek niet volledig. Anders dan bij modellen, bevat het specifieke beschermingsstatuut ook andere regels dan alleen maar inzake namaking. De vraag of een onder art. 13 A sub 2 BMW vallende inbreuk met een bevel tot staken kan worden gesanctioneerd moet dan ook naar algemene beginselen beantwoord worden.

Principiële bezwaren die zich tegen het toepassen van de algemene norm zouden verzetten, zijn niet zo onmiddellijk aanwijsbaar. Deze overweging geldt ook voor het sanctioneren van merknamakingen in de zin van art. 13 A sub 1 BMW²⁴ met een bevel tot staken. Wanneer op een zelfde rechtsfeit twee normen van toepassing zijn, zal de eiser normalerwijze de toepassing vragen van de norm die hem de gunstigste rechtsgevolgen oplevert. Materieelrechtelijk gezien is dit zonder enige twijfel art. 13 A van de BMW. Naast het doen ophouden van het wederrechtelijk gebruik van

²³ Daarover o.m. I. WICHERS HOETH, *Kort Commentaar op de Benelux-Merkenwet*, Zwolle, 1970, pp. 57-60.

²⁴ De problematiek van de samenloop wordt hier vooreerst behandeld alsof art. 56 WHP niet bestond. Deze benadering waarbij de specifieke wettelijke oplossing van het probleem buiten beschouwing gelaten wordt, biedt het voordeel dat achteraf over de waarde van die wettelijke regeling beter zal kunnen worden geoordeeld.

²⁰ Benelux-Gerechtshof, 1 maart 1975, R.W., 1974-75, 2059-2087, met noot van P. EECKMAN.

²¹ Hof Amsterdam, 18 december 1975, B.I.E., 1976, 214 e.v.

²² Hof Amsterdam, 17 mei 1973, B.I.E., 1974, 189 e.v.

het gedeponeerde merkteken, kent deze bepaling aan de merkhouders schadevergoeding toe «voor elke schade, die hij door dit gebruik lijdt». Wanneer de merkhouders zich op de WHP beroept, vraagt hij slechts een fractie van de hem door de BMW verleende beschermingsomvang. Hij kan dit doen om processuele redenen: de snelle, een beslissing ten gronde vragende, vordering tot staken ingeleid «op de wijze van het kort geding». De BMW sluit — in tegenstelling tot art. 16 BTMW — het bewandelen van deze procesweg niet uit.

Het beginsel «lex specialis derogat legi generali» dat bij samenloop van wetsnormen de toepassing van de algemene norm uitsluit, kan hier niet worden ingeroepen. Boukema is tot de conclusie gekomen dat van uitsluiting van een rechtsnorm door een andere slechts sprake kan zijn wanneer dit noodzakelijk uit de tekst of de strekking der normen voortvloeit. Dit laatste is het geval wanneer de toepassing van de lex generalis de voorschriften van de lex specialis zinloos zou maken²⁵. Op het vlak van de beschermingsomvang kan dit het geval zijn wanneer de rechtsgevolgen van de lex specialis minder gunstig zijn. De materiële en formele beschermingsvoorwaarden stellen geen problemen aangezien zij voor de toepassing van beide normen vervuld zijn. Wanneer dit niet het geval is, gaat het trouwens om een probleem van reflexwerking. Kan men deze formele vereisten dan nog langer hanteren om te zeggen dat een bescherming via de algemene norm (een bescherming die overigens minder ver reikt) het specifieke beschermingsmodel zinloos zou maken? Naar ons aanvoelen is het aan bijzondere voorwaarden onderworpen beschermingsstatuut van de BMW voldoende beveiligd door een zelfde bescherming uit te sluiten voor openlijk gebruikte, deponeerbare, maar niet gedeponeerde merken. De reflexwerking gaat niet verder.

Wanneer de merkhouders in de hier beschreven situatie een beroep doet op de artt. 54-55 WHP, kan hem niet worden tegengeworpen dat alleen art. 13 A van de BMW van toepassing is, aangezien deze bepaling hem meer rechten geeft dan hetgeen hij via zijn vordering tot staken eist²⁶.

In gevallen van eigenlijke samenloop is de exclusiviteit van de BMW dus irreëel. Daarom moet zij ook beperkt worden tot dat domein, waarop een uitdrukkelijke wettekst haar bestaan dwingend vooropstelt. Art. 56 WHP spreekt alleen over «dadens van namaking die onder toepassing vallen van de wetten betreffende de fabrieks- of handelsmerken». Dit zijn de termen van

de oude wet van 1 april 1879²⁷, waarvan de strafbepalingen ook na de inwerkingtreding van de BMW geldig blijven. De stelling van M. Gotzen²⁸ en van I. Verougstraete²⁹ dat het begrip namaking moet worden begrepen in de enge betekenis van die strafbepalingen, kan dus worden bijgevalen, maar dan om andere redenen dan die door deze auteurs verdedigd werden. Men lette echter op: dit geldt alleen voor de niet zo onmiddellijk aanwijsbare gevallen, waarbij een zelfde handeling (een zelfde rechtsfeit, *niet* verschillende rechtsfeiten binnen een zelfde casuspositie) tegelijkertijd een merkinbreuk én een door art. 54 WHP verboden daad is.

Hoe hoog de verwarring nopens de precieze draagwijdte van art. 56 WHP inzake merken zit, blijkt ook uit een vonnis van de Antwerpse voorzitter. In casu werd — overigens terecht — op basis van de WHP bescherming ontzegd aan een in Italië, maar niet bij het Benelux-bureau gedeponeerd merk. Merkwaardig is dat art. 12 BMW niet werd ingeroepen. De verweerder had wel opgeworpen dat van namaak in de zin van art. 56 WHP geen sprake was, daarbij steunend op Gotzen. De voorzitter antwoordde daarop dat elke daad die aan het merk schade kan berokkenen een daad van namaak is en dat een dergelijke stelling ertoe leidt elk nut aan het deponeren van een merk te ontzeggen³⁰. Noch de verweerder, noch de rechter hadden Gotzen goed nagelezen: deze auteur vermeldt uitdrukkelijk art. 12 BMW. Het zij nogmaals herhaald: wanneer een teken als merk deponeerbaar is, maar niet werd gedeponeerd, belet art. 12 BMW elke bescherming. De WHP komt dan gewoonweg niet ter sprake. Art. 56 WHP speelt alleen bij gedeponeerde merken. De tekst luidt trouwens niet: dadens die een namaking *kunnen* zijn. Het is dan ook een onzindelijke wetstoepassing de vordering niet op basis van art. 12 BMW, maar op basis van art. 56 WHP af te wijzen³¹. Art. 56 WHP regelt de situatie waarbij een merkinbreuk tevens in strijd komt met art. 54 WHP. In zo'n geval vraagt de merkhouders slechts een deel van de merkbescherming. Alleen om die reden moet de term «namaking» in art. 56 WHP t.a.v. merken strikt geïnterpreteerd worden.

Uit een in art. 13 A sub 1 BMW vervatte ruimere omschrijving van het begrip «namaking»³² kan geen enkel tegenargument geput worden. Zoals reeds gesteld, is een beweerde materieelrechtelijke exclusiviteit van de BMW irreëel en bevat zij evenmin ter zake

²⁷ Staatsbl., 3 april.

²⁸ M. GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux Merkenrecht*, Brussel, 1969, pp. 127-130.

²⁹ I. VEROUGSTRAETE, a.w., 838; Voorz. Kh. Brussel, 13 februari 1978, *B.R.H.*, 1978, 582-588, met afkeurende noot van A. BRAUN. Eveneens contra: A. DE CALUWÉ, A. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, I, Brussel, 1973, nr. 204.

³⁰ Voorz. Kh. Antwerpen, 20 oktober 1977, *Ing-Cons.*, 1977, 429-432.

³¹ Voorz. Kh. Brussel, 22 april 1977, *Ing-Cons.*, 1977, 249-251.

³² A. BRAUN, noot in *B.R.H.*, 1978, 603.

²⁵ C. BOUKEMA, a.w., pp. 26-30, 156.

²⁶ Ook wanneer de rechtsgevolgen dezelfde zijn, bijvoorbeeld een preventieve aanwending van de vordering tot staken waarbij geen bewijs van geleden schade kan worden gebracht, speelt het beginsel «lex specialis» niet. De vraag of er in zo'n geval exclusiviteit dan wel alternativiteit van wetsnormen bestaat is materieelrechtelijk zonder belang. De gerechtigde kan dan ook om processuele redenen een keuze maken. Zie: C. BOUKEMA, a.w., p. 27.

dwingende procesrechtelijke regelingen. Wanneer men, zoals hier wordt voorgesteld, art. 56 WHP ziet als een regeling van eigenlijke samenloop, zou deze t.a.v. merken dan ook best mogen verdwijnen.

11. Nadat in de vorige nummers de reflexwerking en de exclusieve werking van de BMW werd behandeld, wordt thans aandacht besteed aan de aanvullende werking van de WHP. Men kan de algemene norm inroepen om de beschermingsomvang van de BMW uit te breiden, voor zover de in laatstgenoemde wet gestelde beperkingen daardoor niet ontkracht worden. De voorzitter van de rechtbank moet daarbij zorgvuldig te werk gaan en zijn stakingsbevel uitsluitend op de begeleidende handelingen van onrechtmatige mededinging richten. Wanneer de voorzitter dit doet, kan hem niet verweten worden dat door zijn stakingsbevel onrechtstreeks tevens een merkinbreuk getroffen wordt. De Brusselse voorzitter geeft het volgende voorbeeld: «(...) le cas d'une interdiction de vente de produits dont la vente serait illicite en Belgique pour défaut d'agr  ation et qui seraient pourvus d'une marque contrefaite ; que l'effet de l'interdiction serait la cessation de la contrefaçon, l'objet de l'action étant par contre la cessation d'un acte illicite pour d'autres motifs» (onze cursivering)³³.

Wegens de ruime beschermingsomvang van de BMW is het niet zo eenvoudig voorbeelden aan te halen waarbij de WHP aan de merkhouders een aanvullende bescherming zou kunnen geven. Verkade vermeldt in dit verband de merkverwijdering omdat deze moeilijk als «gebruik» van een merkteken kan worden beschouwd³⁴. Anderzijds moet erop gewezen worden dat ook onder de BMW werd gevonnist tegen voortgezet merkgebruik waarbij de verpakking of de presentatie van het produkt werd gewijzigd³⁵.

12. Wat blijft wel uitsluitend ressorteren onder art. 54 WHP? Het antwoord op deze vraag ligt voor de hand: wat niet als merk kan worden beschouwd. Art. 12 B van de BMW laat de mogelijkheid tot het inroepen van bepalingen van het gemene recht, die zich verzetten tegen onrechtmatig gebruik van niet als merk in aanmerking komende tekens, onverlet. Krachtens art. 1 BMW zijn merken tekens die dienen om de waren van ondernemingen te onderscheiden. Hiermee zijn meteen de ontsnappingswegen aangeduid. Wat «tekens» betreft moet er echter meteen op gewezen worden dat de rechtspraak op dit punt zeer ruim is³⁶. Daarnaast blijft het mogelijk dat wat niet als teken

beschouwd wordt onder de auteurswet bescherming kan krijgen. Het begrip «onderneming» biedt een tweede mogelijke uitweg.

Van groot belang is verder dat merken dienen om de waren van ondernemingen aan te duiden. Dienstmerken kunnen dus wel bescherming krijgen onder art. 54 WHP³⁷. Een tweede gevolg hiervan is dat handelsnamen, die niet de waren maar wel de onderneming zelf aanduiden, via de WHP kunnen worden beschermd. Meerdere auteurs wijzen erop dat deze regel ook geldt wanneer de handelsnaam tevens als warenmerk gebruikt wordt³⁸. Op dit punt zij eraan herinnerd dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel in zo'n geval zijn stakingsbevel zorgvuldig zal moeten formuleren zodat hij niet het merk treft.

Het belangrijkste materiële geldigheidsvereiste van een merk is zijn onderscheidende kracht. Deze kan geleidelijk aan door het gebruik van het teken ontstaan, net zoals een merk omgekeerd zijn identifi  tiewaarde kan verliezen. Oordeelt de rechter dat de onderscheidende kracht aanwezig is, dan moet hij art. 12 A BMW toepassen. Op het ogenblik dat aan alle materiële geldigheidsvereisten voldaan is, kan het teken als merk gedeponeerd worden en verhindert de reflexwerking van de BMW een bescherming op basis van de algemene norm.

13. Hoewel dit buiten het kader van dit artikel valt, leek het ons toch nuttig te wijzen op de verhouding tussen art. 13 BMW inzake reclame³⁹ en art. 20 WHP. Men weet dat die bepaling van de WHP een *per se*-norm is. Schade of mogelijke schade aan de beroepsbelangen dient niet te worden aangetoond. De merkhouders kan er dus belang bij hebben, wanneer art. 13 A sub 1 niet kan worden ingeroepen, een vordering tot staken in te leiden op basis van de WHP. Een mogelijke reflexwerking van art. 13 A sub 2, dat wel een schadevereiste stelt, kan hem niet worden tegenovergesteld. De tekst van art. 13 BMW sluit die zelf uitdrukkelijk uit («Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad...»).

Octrooien

14. Wie zich alleen baseert op de octrooiwet, kan niets van wat behoort tot het octrooirechtelijk be-

³³ Voorz. Kh. Brussel, 5 mei 1978, B.R.H., 1978, p. 591.

³⁴ D. VERKADE, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle, 1978, p. 27.

³⁵ G. VAN HECKE en F. GOTZEN, *a.w.*, nr. 30, pp. 732-733, met de aldaar opgenomen verwijzingen.

³⁶ Zie in dit verband P. ECKMAN, «Kleur, kleurencombinatie of tint als merk — Beschouwingen bij de arresten van het Benelux-Ge-

rechtshof van 9 februari en 9 maart 1977», R.W., 1977-78, 1153-1170. Wel sluit het tweede lid van art. 1 BMW bepaalde vormmerken uit.

³⁷ D. VERKADE, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle, 1978, p. 57; I. VEROUGSTRAETE, *a.w.*, 838.

³⁸ J. EVRARD en T. VAN INNIS, *a.w.*, nr. 99; R. KRASSER, «Grundzüge des Benelux-Warenzeichenrechts», in *Das Benelux-Warenzeichenrecht*, GRUR-Abhandlungen, Heft 7, Weinheim, 1973, p. 13.

³⁹ Zonder geldige reden kan men in publiciteit geen merken van anderen vermelden wanneer deze daardoor geschaad kunnen worden. Zie bijv. Rb. Den Haag, 25 november 1976, *Ing.-Cons.*, 1977, 8-9.

schermingsstatuut via het recht betreffende de oneerlijke mededinging verkrijgen. De beschermingsomvang van een octrooi vindt men in art. 4 van de octrooiwet⁴⁰.

15. Wat is het lot van uitvindingen die aan de materiële geldigheidsvereisten voor deze bescherming voldoen, maar die desondanks niet geïntrooieerd werden? Anders dan in de BTMW en in de BMW vindt men in de octrooiwet geen aanknopingspunten voor het beantwoorden van deze vraag. De reflexwerking is dus niet uitdrukkelijk geregeld. Volgens meerdere auteurs kunnen vorderingen gebaseerd op octrooieerbare know-how via art. 55 WHP bescherming krijgen⁴¹. Wij kunnen het met deze zienswijze niet eens zijn. Er is geen reden om ter zake van octrooien een andere houding aan te nemen dan in het geval van modellen of merken. Ook de octrooihouder moet bepaalde toegevingen doen om een uitsluitend recht te verkrijgen: vervullen van formaliteiten, betalen van een jaartaxe⁴². Ook octrooien worden ten behoeve van de rechtszekerheid van concurrenten bekendgemaakt (publikatie in de «Bijzondere Verzameling van Uitvindingsoctrooien»). Wie zich niet de moeite getroost heeft om onder de wettelijke bescherming te komen kan zijn nalatigheid nadien niet goedmaken door een bescherming die behoort tot het specifieke statuut van het uitsluitend recht, via een andere juridische weg te eisen. De voorwaarden die voor de verkrijging van een octrooirechtelijke bescherming zijn gesteld, worden anders zinloos. Bovendien worden diegenen die wel de nodige inspanningen hebben gedaan om onder de wettelijke bescherming te komen, op onredelijke wijze gepenaliseerd.

Sommigen zullen opwerpen dat een werknemer die fabrieksgeheimen van zijn werkgever aan een concurrent doorspeelt, niet mag worden aangemoedigd. Daarmee kunnen wij het volledig eens zijn. Alléén in de gevallen waarbij het gaat om octrooieerbare gegevens moet een *octrooibescherming* worden uitgesloten. De contractuele aansprakelijkheid van de werknemer, of nog art. 309 Sw. met de daaruit voortvloeiende burgerlijke vordering, blijven onverminderd spelen⁴³. Er zal echter niet opgetreden kunnen worden tegen de

namakingsdaden zelf omdat dit tot het specifiek octrooirechtelijke beschermingsstatuut behoort.

Het argument dat een industrieel het verkieslijker kan vinden octrooieerbare know-how geheim te houden, dan wel via een octrooi-aanvraag een specifieke bescherming te verkrijgen maar tegelijkertijd gegevens bekend te maken waarop concurrenten kunnen voortbouwen, kan valabel zijn om een specifieke wettelijke bescherming van know-how in te voeren⁴⁴. Toch kan dit geen reden zijn om *de lege lata* via de algemene norm ongewenste beperkingen van de specifieke norm te omzeilen. De meesten zullen het niet moeilijk hebben om in te zien dat een ondernemer, die het na de verhoging van de octrooitaxen verkieslijker vindt geen octrooi aan te vragen, zich niet op art. 54 WHP kan beroepen om de namaak van zijn producten stop te zetten. Wie een bepaalde keuze maakt, moet de gevolgen van die keuze dragen. Wie een octrooi bezit in de materieelrechtelijke zin van het woord, moet zich conformeren aan de bepalingen van de octrooiwet wanneer hij op het aldaar uitgewerkte beschermingsstatuut aanspraak wil maken. Zolang de octrooiwet formele vereisten stelt, kunnen deze niet ontkracht worden door de toepassing van een algemenere norm.

De houder van een octrooieerbare, maar niet geïntrooieerde uitvinding kan dus geen bescherming krijgen tegen daden van namaking in de zin van art. 4 octrooiwet. Deze visie wordt blijkbaar niet gedeeld door W. Van Gerven, die stelt dat octrooieerbare technische know-how bescherming kan krijgen op grond van het gemene recht, maar dan volgens de daar geldende regelen. Als voorbeeld noemt de auteur de namaking die principieel vrij is⁴⁵. Wanneer een namakingsdaad als een daad van parasitaire mededinging kan worden omschreven en de beroepsbelangen van de houder van een niet geïntrooieerde, maar octrooieerbare uitvinding schaadt, kan in deze visie bevolen worden op te houden met die daden van namaking. De formele geldigheidsvereisten van een octrooi worden daardoor ontkracht. In de huidige beschikingspraktijk zal het voordeel voor de octrooihouder beperkt blijven tot de omstandigheid dat hij niet moet aantonen door de namaking schade te lijden of te kunnen lijden. Bij het namaken van octrooieerbare uitvindingen zal immers gemakkelijk een daad van parasitaire mededinging voorliggen.

⁴⁰ Loi sur les brevets d'invention, 24 mei 1854, *Staatsbl.*, 25 mei. Men leze hierover L. REMOUCHAMPS, *Octrooien*, A.P.R., nrs. 448-544.

⁴¹ W. VAN GERVEN, *a.w.*, p. 259; I. VEROUSTRATE, *a.w.*, 839.

⁴² Deze taxes werden onlangs fors verhoogd door de W. 26 juni 1978 (*Staatsbl.* 30 september). Zie daarover het korte commentaar van G.V. (Guy Vrijdags) in R.W., 1978-79, 685-686.

⁴³ Het is gebruikelijk een clause tot geheimhouding van de know-how op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Van zijn kant bepaalt art. 309 Sw.: «Hij die geheimen van de fabriek waarin hij werkzaam geweest is of nog is, kwaadwillig of bedrieglijk aan anderen meedeelt, wordt gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot drie jaar en met geldboete van vijftig frank tot drieduizend frank.» Hierover o.m. G. SCHRANS, «The protection of know-how under Belgian Law», in H. COHEN JEHOIRAM (Ed.), *The protection of know-how in 13 countries*, Kluwer, Deventer, 1972, pp. 1-11.

⁴⁴ Art. 53 van de BIRPI Loi-type pour les pays en voie de développement concernant les inventions bepaalt:

«1. Sous réserve des droits conférés par les brevets en vigueur et des dispositions de l'alinéa 2 du présent article, les procédés de fabrication ou les connaissances relatives à l'utilisation et l'application de techniques industrielles sont dans le domaine public.

2. Toutefois, pour autant que ces procédés et connaissances n'ont pas été publiés ou rendus accessibles au public, ils sont protégés contre l'utilisation, la divulgation ou la communication illicite par des tiers, à condition que celui qui les a développés ait pris les mesures nécessaires pour préserver leur caractère secret.»

⁴⁵ W. VAN GERVEN, *a.w.*, pp. 259 en 267.

Naar ons gevoelen worden de formele beschermingsvoorwaarden van octrooien op die wijze niet afdoende beveiligd. Als regel moet gelden dat men niet via de algemene norm een bescherming kan krijgen die precies door de specifieke norm uitgesloten wordt. Onder art. 54 WHP moet dan ook iets anders gevraagd worden dan het ophouden van de namaking. Ook wanneer men zich op art. 1382 B.W. beroept, zal het schadeherstel niet het staken van die daden kunnen omvatten. Een voorbeeld: wie de plagiërende onderneming op basis van medeplichtigheid aan de contractbreuk van de werknemer die de geheimen heeft overgesmokkeld wil aanspreken, zal zijn eis tot een schadevergoeding moeten beperken.

Verder moge nog gewezen worden op een aantal andere aspecten van de reflexwerking. De wettelijke beschermingsduur (artt. 3, 14 en 18 octrooiwet) kan niet met een omweg over de artt. 54-55 WHP verlengd worden. De reflexwerking van de octrooiwet verhindert o.i. eveneens dat een aangevraagd, maar nog niet verleend octrooi via de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken bescherming krijgt. Alleen de formele voorwaarden van de aanvraag worden immers beoordeeld, niet de grondvereisten. De reflexwerking is nu precies gekoppeld aan die formele vereisten. Meteen kan vermeld worden dat dit probleem in de kweekwet een uitdrukkelijke wettelijke regeling kreeg (zie nummer 17 van deze bijdrage).

16. Daden die tegelijkertijd een octrooïnbreuk en een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad zijn, vallen onder de wettelijke regeling van art. 56 WHP. Wegens deze norm die de eigenlijke samenloop regelt, krijgt art. 4 van de octrooiwet een exclusieve werking.

Dat aanvullende bescherming op basis van het onrechtmatige mededingingsrecht mogelijk blijft, wordt in de octrooiwet niet uitdrukkelijk met zoveel woorden gezegd als in art. 13 A van de BMW. Niets verzet zich evenwel tegen een zelfde oplossing. Een voorbeeld. Wanneer de namaking van een octrooi gepaard gaat met verwarringstichtende of afbrekende reclame, kan tegen de namaking worden opgetreden op basis van de octrooiwet en tegen de begeleidende handelingen op basis van de WHP.

Herhaald zij dat het voor de toepassing van de leer der begeleidende handelingen of der aanvullende bescherming minstens vereist is dat zich binnen een zelfde casuspositie verschillende rechtsfeiten voordoen. Is er slechts één rechtsfeit (de namaking) dan kan de algemene norm niet ingeroepen worden. Zo moet de verwarringstichting, waartegen op basis van de WHP kan worden opgetreden, *buiten* de namakingsdaad liggen. Wanneer de verwarring precies uit de namaking voortvloeit, heeft de octrooiwet exclusieve werking. In een recent vonnis vindt men de volgende overweging: «Overwegende dat derhalve heel het geschil dient gezien en beoordeeld te worden uit het oogpunt van de

mogelijke verwarring, nl, of ter zake verwarring kan ontstaan tussen enerzijds de produkten van de eiseres en anderzijds de produkten van de verweerster, d.w.z. verwarring wat de oorsprong van deze respectievelijke produkten betreft»⁴⁶. Wanneer men voor ogen houdt dat het in casu ging om een door het Ministerie van Economische Zaken verleend octrooi, begrijpt men dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel zijn toegelaten onderzoeksdomein daarmee onvoldoende nauwkeurig afgrensde.

Kwekersrechten

17. Sinds de wet van 20 mei 1975 kent België een nieuw industrieel eigendomsrecht: het kwekersrecht⁴⁷. Ook hier rijzen gelijkaardige problemen. Het is opmerkelijk dat art. 56 WHP op dit punt niet werd aangepast.

In grote lijnen kunnen de met betrekking tot octrooirechten gegeven oplossingen worden gevolgd. Op de verschilpunten wordt hierna in het bijzonder gewezen. Een daad van namaking in de zin van art. 35 van de kweekwet kan niet met een bevel tot staken worden vervolgd. Wie nagelaten heeft de voor het verkrijgen van een kwekerscertificaat vereiste formaliteiten te vervullen, kan niet de in art. 35 uitgewerkte bescherming genieten, ook niet langs de omweg van de artt. 54-55 WHP. De kweekwet beteugelt alleen namaking te kwader trouw⁴⁸. Daaruit volgt dat inbreuken te goeder trouw niet via art. 55 WHP gesanctioneerd mogen worden. De beperking van de specifieke norm wordt anders zinloos⁴⁹. Wat de enkele namakingsdaad betreft kan de algemene norm derhalve in dat opzicht geen aanvullende bescherming geven. Begeleidende handelingen blijven wel vervolgbaar.

Vermeldenswaard is verder de bijzondere regeling van art. 37 van de kweekwet. Wie schade ondervindt ten gevolge van daden van namaak alvorens een kwekerscertificaat werd toegekend, kan toch reeds de ophouding vragen bij de burgerlijke rechter. Wordt het kwekerscertificaat uiteindelijk niet toegekend, dan moet hij de veroordeelde concurrent schadeloosstellen. Deze bepaling stelt belangrijke problemen, waarvan wij er hier alvast één ter overweging willen meegeven. Het onderzoek dat aan de verlening van een kwekerscertificaat voorafgaat, omvat ook de materiële geldigheidsvoorwaarden. Een kwekerscertificaat kan dus ook op die grond geweigerd worden. Gebeurt dit, dan moet degene die ondertussen wegens namaak veroor-

⁴⁶ Voorz. Kh. Dendermonde, 1 maart 1978, B.R.H., 1978, 572.

⁴⁷ Staatsbl., 5 september 1975. Voor een basiscommentaar, zie G. VRIJDAGS, «Een nieuw industrieel eigendomsrecht in België: Het Kwekersrecht», R.W., 1977-78, 2113-2152 en 2177-2200.

⁴⁸ G. VRIJDAGS, a.w., 2188.

⁴⁹ Vgl. C. BOUKEMA, a.w., p. 54.

deeld werd, schadeloos worden gesteld. Valt hieruit *a contrario* af te leiden dat een kweekprocédé dat niet voldoet aan de materiële beschermingsvoorwaarden van de kweekwet ook geen bescherming onder het gemene recht kan verkrijgen? Als men dit aanvaardt zou deze oplossing afwijken van wat tot hiertoe voor de overige intellectuele eigendomsrechten werd verdedigd.

Blijft de hypothese van eigenlijke samenloop. Omdat art. 56 WHP op dit punt niet werd aangepast, moet dit probleem aan de hand van de kweekwet zelf opgelost worden. Materieelrechtelijke bezwaren zijn niet aanwijsbaar; wel stelt art. 38 (waarvan de precieze draagwijdte door de rechtspraak zal moeten worden verduidelijkt) processuele moeilijkheden.

Auteursrechten

18. Het belangrijkste verschilpunt tussen het auteursrecht en de overige intellectuele eigendomsrechten is het ontbreken van formele vereisten. Het auteursrecht ontstaat door de enkele schepingsdaad. Een depot of een inschrijving van auteursrechten bestaat in ons land niet⁵⁰.

Wie alleen zijn auteursrecht inroept, kan geen bevel tot staken verkrijgen. Wanneer de auteurswet niet van toepassing is, kan het recht inzake onrechtmatige mededinging praktisch onbeperkt spelen. Aangezien in de auteurswet geen formele beschermingsvereisten gesteld zijn, heeft men alvast één mogelijke bron van reflexwerking minder. Wel zal bescherming op basis van de artt. 54-55 WHP ontzegd moeten worden aan intellectuele creaties die de auteurswet uitdrukkelijk «vrij» heeft willen laten. In de Belgische auteurswet kan men naar ons gevoelen geen dergelijke bepalingen aanwijzen⁵¹. Wel zullen de door deze wet aangegeven beperkingen op het domein van de beschermingsomvang moeten worden gerespecteerd. Gelet op de toch al lange beschermingsduur, is ook deze beperking van weinig praktisch belang.

De algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken heeft derhalve een belangrijke rol te vervullen op een duidelijk aanwijsbaar domein van niet door het auteursrecht beschermde intellectuele creaties. Buiten de door I. Verougstraete aangegeven «neven-

rechten»⁵² kan tevens gewezen worden op niet voldoende originele titels⁵³, nieuwsfeiten⁵⁴, ideeën en methodes⁵⁵. Wel zal telkens moeten voldaan zijn aan de specifieke vereisten van art. 54 WHP. Ook hier geldt dat deze vereisten strenger zijn. In de zin van de auteurswet ligt reeds een «namaking» voor wanneer een origineel werk geheel of ten dele in een later werk wordt overgenomen, zelfs bij afwezigheid van verwarringsrisico tussen beide werken⁵⁶. Onder art. 54 WHP moet daarenboven nog de schade of mogelijke schade aan de beroepsbelangen aangetoond worden.

Elke inbreuk op het auteursrecht is een daad van namaking (men leze art. 22 van de auteurswet; kwade trouw is alleen vereist voor de strafvervolgning). Art. 56 WHP sluit dus het aanwenden van de vordering tot staken uit bij alles wat als een inbreuk op het auteursrecht kan worden beschouwd, ook wanneer hetzelfde rechtsfeit een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad is die de beroepsbelangen van de auteur schaadt. Ook in deze gevallen verzet niets zich tegen het verlenen van een aanvullende bescherming op basis van de algemene norm.

Besluiten

19. Een zinvolle interpretatie van art. 56 WHP moet rekening houden met de onderliggende filosofie van de wetten die intellectuele eigendomsrechten beschermen. Art. 56 WHP heeft niet alleen een procesrechtelijke draagwijdte, maar stelt ook beperkingen aan het gebruik van het door de WHP opgebouwde beschermingsmodel, het bevel tot staken, voor onrechtmatige handelingen die via een specifiek beschermingsstatuut beteugeld kunnen worden. Art. 56 WHP dient daarom steeds samen te worden gelezen met de artikelen uit de onderscheiden wetten die de beschermingsomvang van de uitsluitende rechten afgrenzen en met de bepalingen die de verhouding tot het onrechtmatige mededingingsrecht regelen.

Een vergelijkende analyse van het beschermingsstatuut van intellectuele eigendomsrechten en de be-

⁵² I. VEROUGSTRAETE, *a.w.*, 840; Voorz. Kh. Kortrijk, 5 mei 1977, *B.R.H.*, 1978, 578-582.

⁵³ Wanneer deze vatbaar zijn voor private toeëigening en er verwarringsgevaar is kan tegen onrechtmatige publiciteit opgetreden worden op basis van art. 20 WHP. Buiten die gevallen kan art. 54 WHP spelen. Zie bijvoorbeeld Voorz. Kh. Brussel, 31 januari 1975, *R.W.*, 1976-77, 436-440, met noot van J. STUYCK.

⁵⁴ Art. 14 van de auteurswet bepaalt: «Elk dagblad mag een artikel verschenen in een ander dagblad overnemen mits de bron ervan vermeld wordt, tenzij dit artikel de bijzondere vermelding draagt dat de overname ervan verboden is» (vrije vertaling van de Loi sur le droit d'auteur van 22 maart 1886, *Staatsbl.*, 26 maart). Voor een commentaar: F. VAN ISACKER, *a.w.*, pp. 391-404. Het artikel van een journalist kan dus bescherming krijgen, maar niet de nieuwsfeiten zelf. Het overnemen van nieuwsfeiten van een nieuwsagentschap zonder enige bijdrage in de investeringskosten kan echter als daad van oneerlijke mededinging vervolgd worden (Vgl. Cass., fr., 23 mei 1900, *D.*, 1902, I, 405-406).

⁵⁵ Zie hierover punt 3 van onze noot onder Hof Gent, 9 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 1716.

⁵⁶ Hof Brussel, 8 juni 1978, *Ing-Cons.* 1978, 318-322.

⁵⁰ F. VAN ISACKER, *De exploitatierechten van de auteur*, Brussel, 1963, pp. 47-50.

⁵¹ Een aantal restricties van het auteursrecht zoals het citeren en het portret hebben voor de hier besproken problematiek weinig relevantie (artt. 13, 20 auteurswet). De ambtelijke akten van de overheid die aan het auteursrecht ontsnappen kunnen bescherming krijgen buiten het auteursrecht om (F. VAN ISACKER, *a.w.*, pp. 414-415).

Iets wat tot het openbaar domein behoort kan ook geen bescherming krijgen op basis van de WHP. Zo wordt inzake handelsnamen en slogans het vereiste gesteld dat deze «vatbaar zijn voor private toeëigening» (Kh. Antwerpen, 2 mei 1968, *R.W.*, 1968-69, 1520 e.v.; Voorz. Kh. Antwerpen, 17 oktober 1972, *B.R.H.*, 1973, 590 e.v.). Over journalistiek, zie noot 54.

scherming tegen oneerlijke handelsgebruiken brengt aan het licht dat de specifieke wetten voor de beschermingszoekende aanmerkelijk gunstiger zijn. Niet alleen is de beschermingsomvang soms ruimer, maar de materieelrechtelijke voorwaarden die de specifieke bescherming doen intreden zijn in elk geval minder streng. In dit opzicht kan art. 56 WHP dan ook geenszins als een «hinderlijke» bepaling ervaren worden.

Om op deze specifieke bescherming aanspraak te kunnen maken, moet de beschermingszoekende (behalve bij auteursrechten) een aantal formaliteiten vervullen. Wanneer niet aan de formele, maar wel aan de materiële toepassingsvoorwaarden voor de specifieke bescherming is voldaan, kan de algemene norm niet worden ingeroepen ten belope van die bijzondere beschermingsomvang. Deze reflexwerking is in de BMW en in de BTMW uitdrukkelijk geregeld, maar moet ook worden aangenomen voor de octrooiwet en de kweekwet. De voorwaarden die zijn gesteld om onder de specifieke bescherming te komen, worden zinloos indien een zelfde bescherming of een deel ervan via de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken kan worden verleend.

Wanneer een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten tegelijkertijd een inbreuk is op art. 54 WHP, staat men voor een geval van eigenlijke samenloop van wetsnormen. De toepassing van de algemene norm is niet mogelijk bij een van de in art. 56 WHP vermelde inbreuken⁵⁷. Uit het voorgaande is gebleken

⁵⁷ Vgl. W. VAN GERVEN die een uiteenzetting over art. 56 WHP en zijn verhouding tot intellectuele eigendomsrechten als volgt afrondt: «Zijn diezelfde daden (dus: de daden van namaking die onder toepassing vallen van de wetten betreffende de uitvindingsoctrooien, de fabrieks- of handelsmerken, de nijverheidstekeningen- of modellen en de auteursrechten) evenwel ook handelingen van onrecht-

matige mededinging, dan kan de bijzondere vordering wel worden ingesteld» (*a.w.*, p. 268). Deze formulering kan aanleiding geven tot verwarring, omdat nergens blijkt dat alleen maar de theorie inzake begeleidende handelingen wordt bijgevalen. Wanneer de houder van een intellectueel eigendomsrecht schade lijdt buiten de specifieke beschermingsomvang om, verzet inderdaad niets zich tegen een aanvullende bescherming op basis van de algemene norm. Is diezelfde daad echter een zelfde rechtsfeit waarop beide normen gelijktijdig van toepassing zijn, dan belemmert art. 56 WHP een bescherming tegen bovenvermelde daden van namaking.

Buiten het domein van de door de specifieke wet verleende of uitgesloten beschermingsomvang, mag de algemene norm een aanvullende bescherming geven. Het betreft hier dus gevallen, waarop de specifieke regeling niet van toepassing is. Soms zullen de concrete feiten waarop de algemene norm wel mag en kan worden toegepast moeilijk af te scheiden zijn. De in België reeds vroeger ontwikkelde theorie der «begeleidende handelingen» blijft in dit opzicht waardevol. In ieder geval zal de voorzitter van de rechtbank van koophandel zijn stakingsbevel op die handelingen moeten richten.

De WHP behoudt daarnaast haar volle betekenis voor intellectuele creaties die niet door de onderscheiden wetgevingen beschermd worden, omdat ze niet voldoen aan de materiële grondvoorwaarden voor bescherming. Wat geen merk of geen model is, wat niet beschermd kan worden door auteursrechten, octrooien of kwekersrechten⁵⁸ zal blijven ressorteren onder het (het zij nogmaals herhaald) aan strengere vereisten onderworpen beschermingsmodel van de WHP.

Roger VAN DEN BERGH
Assistent U.I.A.

matige mededinging, dan kan de bijzondere vordering wel worden ingesteld» (*a.w.*, p. 268). Deze formulering kan aanleiding geven tot verwarring, omdat nergens blijkt dat alleen maar de theorie inzake begeleidende handelingen wordt bijgevalen. Wanneer de houder van een intellectueel eigendomsrecht schade lijdt buiten de specifieke beschermingsomvang om, verzet inderdaad niets zich tegen een aanvullende bescherming op basis van de algemene norm. Is diezelfde daad echter een zelfde rechtsfeit waarop beide normen gelijktijdig van toepassing zijn, dan belemmert art. 56 WHP een bescherming tegen bovenvermelde daden van namaking.

⁵⁸ Onder voorbehoud van de in nummer 17 geformuleerde vraag t.a.v. de draagwijdte van art. 37 Kweekwet.

OVER DE UITGIFTE VAN CHEQUES ZONDER DEKKING

1. In zijn bekommernis om de ontwikkeling van scripturaal geld te bevorderen, heeft de wetgever met de wet van 25 maart 1929 een afzonderlijk misdrijf in ons rechtsbestel ingelast, een misdrijf dat onderscheiden dient te worden van dat van oplichting.

2. Het misdrijf van uitgifte van cheques zonder dekking wordt thans behandeld in de artikelen 61 en 66 van de wet van 1 maart 1961 houdende de invoering van de eenvormige wet op de cheque en in artikel 509bis van het Strafwetboek.

Deze artikelen straffen met een gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en een geldboete van 26 tot 3.000 fr. hij die :

1° wetens en willens, zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds, een cheque of enig ander met de cheque gelijkgesteld waardepapier uitgeeft ;

2° een cheque overdraagt wetende dat het fonds niet tevens toereikend en beschikbaar is ;

3° wetens en willens het fonds geheel of ten dele afhaalt hetzij tijdens de termijn van aanbidding van de cheque, hetzij binnen zes maanden na de uitgifte van postcheques en postoverschrijvingen ;

4° met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden de cheque herroept of het fonds ervan geheel of gedeeltelijk onbeschikbaar maakt na het verstrijken van de aanbiddingstermijn van de cheque of na de termijn van zes maanden.

3. Het is onze bedoeling in deze bijdrage de situatie van het slachtoffer van dit misdrijf na te gaan. De benadeelde zal zich inderdaad bij zijn stelling als burgerlijke partij voor de correctionele rechtbank in sommige gevallen de niet-ontvankelijkheid van zijn aanstelling horen tegenwerpen voor zover zij strekt tot de terugbetaling van het bedrag van de cheque.

Niettegenstaande op strafrechtelijk gebied de tenlastelegging bewezen wordt verklaard, zal de begunstigde van de cheque de uitbetaling van het volledig bedrag slechts kunnen krijgen door middel van een nieuwe vordering, ditmaal op burgerlijk gebied. Deze toestand is het gevolg van een traditionele rechtspraak gebaseerd op het onderscheid dat gemaakt wordt naar gelang van de oorzaak van uitgifte van de cheque. Deze rechtspraak werd onlangs nog bevestigd door een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 10 november 1977.

Wij zullen dan ook de argumenten van deze jurisprudentie onderzoeken na eerst de algemene principes die de materie beheersen opnieuw in het geheugen te hebben gebracht. Ten slotte willen wij trachten een mogelijk alternatief naar voren te brengen dat naast een vereenvoudiging tevens de rechtszekerheid in de hand zou werken en als zodanig in het voordeel zou zijn van zowel het slachtoffer als de verdachte.

I. Het misdrijf

4. Het misdrijf van uitgifte van een cheque zonder dekking is voltrokken vanaf het ogenblik dat de cheque aan de begunstigde is overhandigd of in omloop is gebracht (Cass., 19 januari 1976, R.W., 1976-77, 425 Cass., 24 januari 1977, R.W., 1976-77, 2617).

Voor het bestaan van het misdrijf is het dus onbelangrijk dat er een schuld bestond (Cass. 29 juni 1976, Arr. Cass., 1976, 1222 ; R.P.D.B., tw. «Cheque», nr. 98 ; zie ook Corr. Brussel, 9 januari 1978, R.W., 1977-78, 2163-2164, met noot van A. Vandeplas).

5. De uitgifte van een cheque aan order van de trekker zelf is dus strafbaar (Hof Brussel, 11 juni 1975, Pas., 1976, II, 71). Op dit vlak heeft er in de rechtspraak en rechtsleer een controverser bestaan, die echter als opgelost kan worden beschouwd sedert het arrest van het Hof van Cassatie van 28 september 1977 (R.W., 1977-78, 2663).

Sommige auteurs waren immers de mening toegedaan dat een dergelijke cheque niet als uitgegeven kon worden beschouwd in de zin van de wet (J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, p. 465). Dit standpunt werd door J. Messine gedeeld in zijn artikel «Aspects nouveaux de l'émission de chèque sans provision» (R.D.P., 1973-74, 135-150). Volgens hem was een uitgifte hetgeen hij noemt «le lancement dans la circulation monétaire». Bij uitgifte van de cheque ten voordele van de trekker zelf is er door de aard van de verrichting geen circulatie en dus kon enkel het misdrijf van oplichting ten laste gelegd worden.

6. Daartegenover stond de stelling dat de overhandiging van de cheque aan de bankier een uitgifte was. Zoals Henrion het zegt («Le délit d'émission de chèque sans provision peut-il être constitué lorsque le tireur émet le chèque à son ordre ?», *Revue de la Banque*, 1956, 802-810) : «... la création d'un chèque ne deviendra punissable que lorsqu'elle s'accompagnera d'un élément subséquent qui est l'usage de ce document : son émission. L'usage le plus fréquent est celui fait au dépens du bénéficiaire, d'où la définition généralement donnée par la doctrine. Mais cet usage peut se faire exceptionnellement au dépens du tiré, l'émission se confondant alors avec la présentation à ce dernier.» Dit standpunt dat destijds reeds door een gedeelte van de Franse rechtspraak werd gedeeld alsmede in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd verdedigd, werd thans door ons hoogste gerechtshof bevestigd (Cass.fr., 4 november 1972, J.C.P., 1973, II, 17336 ; zie ook noot van C. Gavalda bij Hof Reims, 4 juni 1971, J.C.P., 1972, II, 16948 ; H.D. Bosly, «Commentaires jurisprudentiels», bij Hof Brussel, 11 juni 1975, J.T., 1975, 637).

Het tegengestelde aannemen zou trouwens grote moeilijkheden in de praktijk teweegbrengen. De cheque zou dan enkel formeel als zodanig worden beschouwd, doch eigenlijk zou het erop neerkomen dat de bankier geld voorschiet aan zijn cliënt. Het misdrijf van uitgifte van cheques zonder dekking zou niet bestaan wanneer de cheque aan toonder is en niet kan worden uitgemaakt of hij aan een derde werd overhandigd, hetgeen zich zeer dikwijls voordoet.

7. De reden van uitgifte van de cheque maakt geen bestanddeel uit van het misdrijf, evenmin als de kennis van het gebrek aan dekking door de nemer het strafrechtelijk karakter wegneemt (Hof Antwerpen, 27 februari 1976, R.W., 1975-76, 2157 ; Hof Antwerpen, 3 maart 1976, Pas., 1977, II, 30 ; zie hierover ook E. Brewaeys, «De cheque — Overzicht van rechtspraak 1975-1977», R.W., 1977-78, 2539 e.v.).

8. Het misdrijf vereist geen bijzonder opzet. Het is dus zonder belang te weten wat de bedoeling was van de trekker. Vanaf de uitgifte «wetens en willens» is het misdrijf voltrokken (Hof Antwerpen, 3 november 1975, R.W., 1975-76, 1580).

II. De oplichting

9. De rechtsleer en de rechtspraak zijn het reeds geruime tijd erover eens dat de uitgifte van een ongedekte cheque een «listige kunstgreep» uitmaakt in de zin van artikel 496 van het Strafwetboek, aangezien men door dit maneuver doet geloven dat de cheque een geldig betalingsmiddel is. Er is dus oplichting wanneer dit maneuver bepalend was voor de afgifte van voorwerpen of fondsen (zie J. Messine, «Aspects nouveaux

de l'émission de chèque sans provision», *R.D.P.*, 1973-74, 135-150).

Deze stelling werd door een constante rechtspraak gevolgd sedert een arrest van het Hof van Cassatie van 2 november 1885 (*Pas.*, 1885, I, 268) en goedgekeurd door de rechtsleer (G. Beltjens, *Droit criminel*, art. 496 ; A. Marchal en J.P. Jaspar, *Droit criminel*, 2e ed., I, 1513).

In een arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 1974 (*Arr. Cass.*, 1975, 288) wordt duidelijk geponeerd dat «de overhandiging van een cheque zonder dekking een listige kunstgreep kan zijn, in de zin van art. 496 Sw., zelfs wanneer de trekker die de cheque heeft overhandigd geen andere arglistigheid heeft aangewend om de begunstigde te doen geloven aan het bestaan van een denkbeeldig krediet». In dezelfde zin zie ook : Cass., 12 februari 1974, *Pas.*, 1974, I, 616 ; H.D.Bosly, noot bij Cass., 4 november 1974, *R.D.P.*, 1974-75, 747.

De enige voorwaarde die wordt vereist is dat deze kunstgreep determinerend is voor de afgifte van de fondsen of de voorwerpen (zie G.-A. Dal, noot bij Cass., 4 november 1974, *J.T.*, 1975, 27). Dit zijn feitelijke omstandigheden die soeverein worden beoordeeld door de feitenrechter.

III. De burgerlijke-partijstelling

10. «De rechtsvordering tot herstel van de schade door een misdrijf veroorzaakt, behoort aan hem die de schade heeft geleden» (artikel 3 van de wet van 17 april 1878). Artikel 4 van deze wet stelt het principe voorop dat de burgerlijke rechtsvordering hetzij voor de strafrechter hetzij voor de burgerlijke rechter kan worden gebracht.

Wat de algemene principes inzake de burgerlijke partijstelling betreft verwijzen wij naar G. Schuind, *Droit Criminel*, t. II, p. 10, en R. Van Roye, *Manuel de la partie civile*.

11. Om zich burgerlijke partij voor de strafrechter te kunnen stellen, dient men te bewijzen dat een oorzakelijk verband bestaat tussen het misdrijf en de schade. Dit verband bestaat wanneer zonder het misdrijf de schade niet zou zijn ontstaan. «Que le dommage soit immédiat ou médiat, direct ou indirect, il doit être réparé du moment qu'il trouve sa cause dans le fait érigé en infraction» (R. Van Roye, *Manuel de la partie civile*, p. 33, nr. 18).

12. Toegepast op het misdrijf van uitgifte van cheques zonder dekking leiden deze beginselen tot een toestand die het best geresumeerd kan worden met de woorden van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 12 februari 1974 (*R.W.*, 1975-76, 2367, met noot) : «De houder van een cheque zonder dekking kan het bedrag van de cheque als schadevergoeding eisen telkens als zijn prestatie de uitgifte van de

cheque als enige, rechtstreekse en onmiddellijke oorzaak heeft ; is dit niet het geval dan is zijn eis voor de strafrechter niet ontvankelijk. De burgerlijke partij is evenwel gerechtigd de vergoeding te eisen van de kosten waartoe de uitgifte van de cheque aanleiding heeft gegeven ; aldus is de voor de protestakte gevorderde som gewettigd.»

13. Hierin ligt heel het onderscheid verrat dat gemaakt wordt met betrekking tot de oorzaak van uitgifte van de ongedekte cheque. Het oorzakelijk verband bestaat niet wanneer de cheque slechts een betalingsmiddel is voor een vooraf bestaande schuld. De schade is hier inderdaad niet het gevolg van de uitgifte van de ongedekte cheque, doch enkel van de niet-uitvoering van de betalingsverplichtingen van de trekker.

De toestand van de nemer van de cheque is niet te wijten aan het misdrijf : de schuld bestond los van de cheque zonder dekking.

Er is geen oorzakelijk verband noch rechtstreeks noch onrechtstreeks (zie Hof Brussel, 30 oktober 1970, *R.W.*, 1976-77, 313, met noot ; Hof Brussel, 26 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 92 ; Hof Antwerpen, 18 juni 1975, *Pas.*, 1975, II, 75 ; G.-A. Dal, «La constitution de la partie civile de la victime de l'émission de chèque sans provision», *J.T.*, 1975, 23).

In dit geval zal de burgerlijke partij enkel de kosten kunnen verhalen die werden veroorzaakt door de afwezigheid van dekking, namelijk de protestkosten, inningskosten en in sommige gevallen zelfs een morele schadevergoeding (zie Civ. Boulogne-Billancourt, 25 november 1970, *Gaz. Pal.*, 1971, II, nrs. 276 tot 279, p. 13).

14. Wanneer echter de uitgifte van de cheque determinerend is geweest voor de levering van de tegenprestatie, bestaat dit oorzakelijk verband wel, zodat de integrale schade, d.i. de kosten én het bedrag van de cheque, kan worden geëist. (Corr. Antwerpen, 24 januari 1934, *R.W.*, 1933-34, 459 ; Hof Brussel, 4 maart 1936, *P.A.*, 1936, 308 ; Hof Gent, 23 maart 1966, *R.W.*, 1966-67, 710 ; Hof Brussel, 26 juni 1975, *J.T.*, 1975, 507 ; J. Van Ryn en R. Henrion, «Examen de jurisprudence 1939-1950», *R.C.J.B.*, 1951, 232, nr. 31 ; *R.P.D.B.*, tw. «Chèque», 124-125 ; L. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, IX, p. 486 ; J. Hamel, *Banque et opérations de banque*, p. 774 ; J. Ghyssen, *Le chèque*, nr. 166 ; J. Lévy Morelle, *Le chèque*, in *Nov.*, *Droit commercial*, t. II, nr. 78bis ; G. Drouets, *La provision en matière de chèque*, p. 285).

15. Een deel van de rechtsleer (o.m. J. Lévy Morelle, *Le chèque*, in *Nov.*, *Droit commercial* ; *R.P.D.B.*, tw. «Chèque», nr. 126) wenst ook de bevoegdheid van de strafrechter uit te breiden tot de gevallen waar de cheque als een betalingsmiddel voor een reeds bestaande schuld wordt aangewend opdat het strafgerecht dan over de gehele schade kan beslissen. De voorstanders

van deze stelling baseren zich op cassatierechtspraak volgens welke de strafrechter voor wie een burgerlijke vordering, gebaseerd op een misdrijf, aanhangig werd gemaakt, bevoegd is om over alle schadelijke gevolgen van dit misdrijf uitspraak te doen (Cass., 23 januari 1922, *Pas.*, I, 139 ; Cass., 23 april 1956, *Pas.*, I, 883 ; Cass., 8 februari 1961, *Pas.*, I, 613 ; Cass., 27 november 1967, *Pas.*, 1968, I, 408).

16. De geciteerde rechtspraak heeft echter betrekking op het geval waarin de strafrechter die uitspraak dient te doen over een vordering die gebaseerd is op het wanbedrijf van onopzettelijke doding of slagen of verwondingen, zowel beslist over de lichamelijke schade voortvloeiend uit de doding of de kwetsuren als over de schade uit de beschadiging van de goederen.

17. Deze redenering gaat echter niet op in het hierboven omschreven geval van uitgifte van een ongedekte cheque, aangezien dan de schade niet voortspuit uit het misdrijf. Het criterium dat voor ogen dient te worden gehouden is het al dan niet voorhanden zijn van een causaal verband tussen het strafbaar feit van de uitgifte en de schade (zie G.-A. Dal, «La constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèque sans provision», *J.T.*, 1975, 24).

18. In de praktijk zal de moeilijkheid slechts in een welbepaalde situatie rijzen. Het misdrijf van uitgifte van cheques zonder dekking maakt in de meeste gevallen ook een oplichting uit (zie *supra*). De cheque werd alsdan slechts uitgegeven ten gevolge van een tegenprestatie waarmee hij rechtstreeks en onmiddellijk is verbonden. Ongeacht of de burgerlijke partij zich stelt op basis van het misdrijf van uitgifte van ongedekte cheque of op grond van oplichting, zal haar de volledige schade worden toegekend. Indien alleen het misdrijf van uitgifte van ongedekte cheques ten laste gelegd wordt, doch deze uitgifte in zodanige omstandigheden is gebeurd dat zij een oplichting inhoudt, dringt dezelfde oplossing zich op. Men mag inderdaad niet uit het oog verliezen dat de schade gekoppeld dient te worden aan het strafbaar feit, niet aan de kwalificatie die eraan wordt gegeven.

19. Blijft dus over de situatie waarin alleen het misdrijf van uitgifte van ongedekte cheque ten laste wordt gelegd, een toestand die in het arrest van 10 november 1977 wordt behandeld. In casu werd door de trekker een auto aangekocht waarvoor hij zes cheques uitschreef die, hoewel op verschillende data gedagtekend, naar alle waarschijnlijkheid gelijktijdig werden uitgegeven. De trekker had evenwel de nemer verwittigd dat de cheques ongedekt waren en dat er slechts tot verzilvering mocht worden overgegaan nadat er voldoende geld op de rekening zou zijn bijeengebracht.

We staan hier voor hetgeen in de praktijk een waarborgcheque wordt genoemd. Het staat buiten kijf dat er in dit geval geen oplichting werd gepleegd. Er is niet de minste listige kunstgreep gebruikt om de afgifte van de wagen te bekomen.

Waar wij het echter niet mee eens kunnen zijn is dat het arrest hieruit meent te kunnen afleiden dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de uitgifte van de cheque en de schade. Waar het arrest beweert dat «de door de burgerlijke partij geleden schade dan ook niet veroorzaakt is door de uitgifte van de cheque, m.a.w. door het misdrijf waarvoor verwezene inmiddels gestraft werd, aangezien de burgerlijke partij door die cheques noch bedrogen noch verschalkt werd, maar alleen uit de haar bekende insolventie van de verwezene, waarvan zij het risico aanvaard heeft», wordt het bestaan van de schade aan het bestaan van de oplichting gekoppeld.

Deze stelling wordt, ons inziens ten onrechte, ook gehuldigd door G.-A. Dal («La constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèque sans provision», *J.T.*, 1975, 21-25) wanneer hij schrijft dat : «Si le chèque a été émis sans déterminer l'exécution par le bénéficiaire de son obligation, le préjudice de celui-ci ne comprendra pas le montant du chèque, mais uniquement les frais et inconvénients causés par l'absence de paiement. Si, par contre le fait délictueux détermine l'exécution par le bénéficiaire d'une prestation, il y aura escroquerie. La victime pourra se constituer pour la totalité de son dommage même sur base de la prévention d'émission de chèque sans provision, le fait culpeux étant identique.»

20. Naar ons oordeel dient deze toestand op zichzelf, los van het misdrijf van oplichting, te worden beschouwd in het licht van de algemene principes.

A. *Is er een misdrijf?* Zonder enige twijfel, aangezien noch het opzet van belang is, noch de kennis van het gebrek aan dekking door de nemer, noch zelfs de medeplichtigheid van de nemer (Hof Antwerpen, 27 februari 1976, *R.W.*, 1975-76, 2157 ; Corr. Brussel, 9 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2163, met noot van A. Vandeplas).

B. *Is er schade?* Ook hier is het antwoord affirmatief.

C. *Is er oorzakelijk verband tussen A en B?* Uiteraard is dit de meest delicate vraag. Zoals wel bekend zijn er twee strekkingen in de rechtsleer en de rechtspraak. De enen menen dat enkel als oorzaak voor de schade kunnen worden aangenomen die gebeurtenissen die normaliter de schade moesten verwekken : dit is de theorie van de adequate oorzaak. Anderen hantieren als criterium de vraag : zou de schade zich hebben voorgedaan indien het strafbaar feit niet had plaatsgehad ? Indien het antwoord ontkennend is, is er oorzakelijk verband. Deze theorie noemt men die van equivalentie van de oorzaken.

21. Toegepast op de situatie die het voorwerp uitmaakt van het arrest van 10 november 1977, zijn wij de mening toegedaan dat deze principes konden leiden tot het vinden van een bestaand oorzakelijk verband.

«Wanneer de door de burgerlijke partij gedane leveringen niet geschied zouden zijn zonder de afgifte van de cheques, bestaat er een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de schade en de uitgifte van de cheques en moet het bedrag van de cheques toegekend worden als schadevergoeding aan de burgerlijke partij (Hof Brussel, 2 juni 1971, vermeld in de noot van A. Vandeplass bij Hof Brussel, 12 februari 1974, R.W., 1975-76, 2367).

In casu werden de cheques uitgegeven ten gevolge van de prestatie van de tegenpartij, namelijk de levering van de wagen. Het ging dus niet om de betaling van een reeds bestaande schuld. Gelet op de feitelijke omstandigheden is het duidelijk dat de verkoper van de auto een pressiemiddel in handen wilde hebben. Dit middel werd gevormd door de ongedekte cheques die door de verkoper werden verkregen als tegenprestatie voor de levering. De mogelijke aanbieding van deze cheques, waarvan bekend was dat zij ongedekt waren, hing dus als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de trekker. Daarom zijn wij de mening toegedaan dat de burgerlijke partij de wagen niet zou hebben geleverd zonder de afgifte van deze cheques omdat zij dan haar pressiepositie liet varen. Zonder het strafbaar feit van de uitgifte zou er geen schade zijn geweest, want er zou geen levering gebeurd zijn.

Zoals G. Schuind het uitdrukt : (o.c., t. II, p. 15) : «(Le droit) c'est aussi une science d'approximations successives, comme toutes les sciences sociales. C'est aussi une science d'observation et non uniquement de déduction. A ce point de vue, il ne doit pas s'écarter du bon sens. D'où il suit que nombre de questions sont laissées à la conscience du juge ; dès lors, celui-ci en recherche la solution dans le sentiment intime qu'il a des réalités et de l'équité. En définitive c'est surtout ce réalisme social qui nous paraît devoir le guider dans la recherche de la causalité.»

De rechter beoordeelt dus soeverein het bestaan van het oorzakelijk verband. Rekening houdend met de bijzondere bedoeling van de partijen in het besproken arrest, zich baserend op «le réalisme social», moet men zeggen dat er wel degelijk een causaal verband was,

aangezien de uitgifte van de cheques determinerend was voor de tegenprestatie.

IV. Proeve van alternatief en besluit

22. De toestand van de burgerlijke partij inzake het misdrijf van uitgifte van een cheque zonder dekking is dus verre van eenvoudig. De nemer van de cheque, die reeds is bedrogen omdat de cheque niet gedekt was, zal dus in sommige gevallen ook voor de strafrechter geen voldoening krijgen, zodat hij verplicht is een nieuwe vordering in te stellen om de volledige schade te verhalen, hetgeen tijdverlies en bijkomende kosten meebrengt.

23. In Frankrijk, waar de toestand dezelfde was voor 1938, is de wetgever opgetreden om dit te verhelpen. Aldus werd bij decreet-wet van 24 mei 1938 een artikel 66 toegevoegd aan het decreet-wet van 30 oktober 1935 waarbij aan de strafrechter de mogelijkheid werd toegekend uitspraak te doen over het misdrijf én de burgerlijke vordering. De rechtbank zal dan nog kunnen nagaan of deze vordering beantwoordt aan de algemene principes van geldigheid (bv. het ongeoorloofd karakter ervan : o.m. speelschulden). Deze oplossing die het voordeel biedt dat het slachtoffer van het misdrijf slechts één enkele vordering dient in te stellen, zal ook een groter vertrouwen in de cheque scheppen.

Daarom kunnen wij ook de suggestie van G.A. Dal onderschrijven wanneer hij voorstelt de chequewetgeving aan te vullen met een regeling die als volgt zou luiden : «De nemer die zich burgerlijke partij heeft gesteld op grond van dit artikel, zal voor het strafrecht benevens de eventuele eis tot schadevergoeding ook de betaling van de schuldvordering kunnen vragen.» Aldus worden twee onderscheiden vorderingen voor de strafrechter gebracht : één tot betaling van de eigenlijke schuldvordering, de andere tot betaling van een mogelijke schadevergoeding. Beide vorderingen behouden een autonoom bestaan. Het rechtsverkeer kan er alleen maar wel bij varen.

Alain WINANTS

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 JUNI 1978

Voorzitter : de h. Trousse

Raadsheer-rapporteur : de h. Mahillon

Advocaat-generaal : de h. Colard

Advocaten : mrs. Van Ryn en Ansiaux

Wilsgebreken—Bedrog—Stilzwijgen van een partij.

Het stilzwijgen van een partij bij het sluiten van een overeenkomst kan in bepaalde omstandigheden bedrog uitmaken in de zin van art. 1116 B.W., wanneer het betrekking heeft op een feit waardoor de andere partij, indien zij ervan op de hoogte was geweest, tegen minder bezwarende voorwaarden zou hebben gecontracteerd.

W. en B. t/N.V. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 januari 1977 door het Hof van Beroep te Luik gewezen :

Overwegende dat de voorziening beperkt is tot de beschikkingen van het arrest met betrekking tot het eerste punt van tegenvordering van de eisers ;

Over het *eerste middel*, afgeleid uit de schending van de artikelen 1108, 1109, 1116, 1117, 1134, 1135, 1382, 1383, 1641, 1643, 1645 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest beslist dat het eerste punt van de tegenvordering van de eisers niet gegrond is om de door de eerste rechter aangegeven en door het arrest overgenomen reden volgens welke niet werd aangetoond dat het verzwijgen door de organen van de verwerende vennootschap van het gebrek aan rentabiliteit van de overgedragen onderneming wegens de beroepsbekwaamheid van de directeur van de genoemde onderneming, gepaard zou zijn gegaan met misdadige arglistigheden en leugenachtige verklaringen, en daaruit afleidt dat verweersters bedrog niet is bewezen,

terwijl, eerste onderdeel, het stilzwijgen van een partij die voor haar medecontractant een feit verbergt dat hem, indien hij daarvan op de hoogte was geweest, belet zou hebben onder dezelfde voorwaarden te contracteren, een bedrog door nalatigheid vormt ; door, enerzijds, de redenen van de eerste rechter aan te nemen die had vastgesteld dat verweerster iets had verzwegen door de eisers niet in te lichten nopens een feit dat ze uit zichzelf niet konden ontdekken en dat, indien het gekend was, hen zou hebben aangezet om onder minder bezwarende voorwaarden te contracteren, en door, anderzijds, te eisen, met overname van de redenen van de eerste rechter, dat de eisers, terwijl verweersters verzwijging was aangetoond, bovendien de duidelijke leugenachtige verklaringen zouden aantonen die verweerster zou hebben gedaan, het arrest het wettelijk begrip bedrog gepleegd in de precontractuele verhoudingen miskent (schending van de artikelen 1108, 1109, 1116, 1117, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek), het beginsel van de goede trouw bij het sluiten en uitvoeren van de overeenkomsten (schending van

de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek), inzonderheid bij de koopovereenkomst (schending van de artikelen 1641, 1643 en 1645 van het Burgerlijk Wetboek), en zijn beslissing bovendien doet steunen op tegenstrijdige motieven (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

tweede onderdeel, eisers in hun conclusie op omstandige wijze hebben uiteengezet dat de eerste rechter ten onrechte had beslist dat de eisers verweersters leugenachtige verklaringen niet hebben aangetoond ; zij inderdaad aantoonen dat verweerster impliciet had toegegeven dat zij de heer D. in hun bijzijn had geloofd en dat, volgens de verklaringen van een getuige, de organen van de verwerende vennootschap aan de deskundige van de eisers «de noodzakelijke waarborgen omtrent de kwaliteiten van de heer D. hadden verstrekt» en in het bijzijn van de eisers verklaard hadden dat deze «the right man in the right place» was, wat de eisers noodzakelijk ten onrechte moest doen geloven dat de directeur van de vennootschap L'O., waarvan de titels aan de eisers werden overgedragen, de stuwende kracht van de onderneming was ; het arrest, door enkel de redenen van de eerste rechter over te nemen die precies op omstandige wijze werden bekritiseerd, niet antwoordt op de conclusie van de eisers (schending van artikel 97 van de Grondwet) :

Over het tweede onderdeel :

Overwegende dat het arrest, met overname van de motieven van de eerste rechter, erop wijst dat ten aanzien van de eisers niet als leugenachtige verklaring kan beschouwd worden het feit dat V. aan D., directeur van de naamloze vennootschap L'O., gezegd heeft dat hij «the right man in the right place» was, nu zulks niet werd gezegd aan de getuige P., doch aan D. zelf, om deze gerust te stellen nopens zijn toekomst in die vennootschap, na de overdracht van de titels van verweerster aan de eerste eiser ; dat, hoewel de genoemde getuige verklaard heeft dat «de heren V. altijd enkel met lof over de heer D. hebben gesproken, hij niet preciseerd in welke andere bewoordingen dan de bovenvermelde» ;

Dat het arrest aldus de redenen aangeeft waarom het oordeelt dat het door de eisers aangeboden bewijs niet geleverd is en de conclusie van de eisers beantwoordt ;

Dat het tweede onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist ;

Over het eerste onderdeel :

Overwegende dat het arrest, met overname van de redenen van de eerste rechter, vaststelt dat de eisers beweren het slachtoffer te zijn geweest van misdadige arglistigheden die erin bestonden dat verweerster bewust de tekortkoming van de heer D. voor hen verborgen heeft gehouden ;

Overwegende dat het stilzwijgen van een partij, bij het sluiten van een overeenkomst, in bepaalde omstandigheden, bedrog kan uitmaken in de zin van artikel 1116 van het Burgerlijk Wetboek, wanneer het betrekking heeft op een feit waardoor de andere partij, indien zij ervan op de hoogte was geweest, tegen minder bezwarende voorwaarde zou hebben gecontracteerd ;

Dat het arrest evenwel erop wijst dat een private deskundige de eisers had uitgelegd waarom aan het beroepsrendement van de heer D. moest worden getwijfeld, door hen

aan te zetten de modaliteiten van zijn loon te wijzigen, hetgeen, duidelijk op hun aanvraag en aanwijzingen, gebeurde op 5 februari 1970 op de vooravond van de overdracht ;

Dat het arrest daaruit zonder tegenstrijdigheid en zonder schending van de in dit onderdeel van het middel bedoelde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek heeft kunnen afleiden, dat de eisers vóór de overdracht op de hoogte waren van het aangevoerde risico, waardoor alle grond werd ontgenomen aan het verwijt dat er bedrog werd gepleegd ;

Dat het eerste onderdeel van het middel niet kan aangenomen worden ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 6 OKTOBER 1978

Voorzitter : de h. de Vreese

Raadsheer-rapporteur : de h. Van Leckwijck

Advocaat-generaal : de h. Colard

Advocaten : mrs. Dasse en Butzler

Echtscheiding—Op grond van bepaalde feiten—Beledigend karakter—Weigering gevolg te geven aan verzoek om samenwoning te hervatten.

Het beledigend karakter van de gedraging van een echtgenoot en de ernst van dit beledigend karakter vloeien niet noodzakelijk voort uit de loutere tekortkoming aan de uit het huwelijk voortvloeiende verplichtingen, en moeten beoordeeld worden op grond van alle omstandigheden van de zaak, o.m. van hun krenkend karakter ten opzichte van de andere echtgenoot.

De weigering om gevolg te geven aan het verzoek om de samenwoning te hervatten is slechts dan beledigend als het verzoek oprecht is.

Van R. t/ De B.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 januari 1977 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 212, 227, 231, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, na als vermoeden te hebben vastgesteld dat «de partijen bij gemeen overleg elkaar verlieten om hun ouderlijke woning te gaan betrekken», oordeelt : dat «eiser zich tevergeefs beroept op de aanmaningen die zonder gevolg zijn gebleven ; dat het op 28 december 1966 gewezen bevel van de voorzitter, pas op 4 januari 1974 werd betekend, terwijl de gerechtsdeurwaardersakten dateren van 7 januari en 21 februari 1974, en het verzoekschrift tot echtscheiding op 2 april 1974 werd ingediend ; dat partijen elkaar de moeilijkheden verwijten die maar al te spoedig hebben geleid tot de definitieve ontwijking van het huwelijk, doch het bewijs niet hebben gelverd van de oorspronkelijke fout van de andere ; dat, ten overstaan van het vermoeden dat partijen bij onderling akkoord een einde maakten aan hun samenwonen, bezwaarlijk kan worden aanvaard dat de verlating beledigend was, evenmin als de bestendiging van de feitelijke scheiding die er het gevolg van was»,

terwijl, eerste onderdeel, nu niet werd betwist dat eiser zijn echtgenote aangemaand had het echtelijk leven te hervatten, nu het arrest vaststelt dat de aanmaningen zonder gevolg bleven, en nu het arrest niet vaststelt dat, en om welke reden, de weigering van verweerster om op het aanbod van eiser in te gaan en het echtelijk leven te hervatten, niet foutief en derhalve niet beledigend was, het motief «dat eiser zich tevergeefs beroept op de aanmaningen die zonder gevolg zijn gebleven ; dat het op 28 december 1966 gewezen bevel van de voorzitter pas op 7 januari 1974 werd betekend, terwijl de gerechtsdeurwaardersakten dateren van 7 januari en 21 februari 1974 en het verzoekschrift tot echtscheiding op 2 april 1974 werd ingediend», geen passend antwoord vormt op eisers in conclusie opgeworpen verweer dat steunde op het foutieve en beledigende karakter van verweersters weigering het echtelijk leven te hervatten ; het arrest derhalve aangetast is door een gebrek in de motivering (schending van artikel 97 van de Grondwet) ; het arrest althans, uit de enkele opsomming van data en uit het enkele feit dat de betekening en aanmaningen plaatshadden kort voor het indienen van het verzoekschrift tot echtscheiding, logisch geen gevolgtrekkingen kon afleiden omtrent het al dan niet ernstig karakter van eisers aanbod het echtelijk leven te hervatten en dus omtrent het al dan niet foutief en beledigend karakter van verweersters weigering zulks te doen (schending van de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet) ;

tweede onderdeel, aangezien de plicht tot samenwoning de openbare orde raakt, de echtelieden, voor zover ze aan het samenleven een einde kunnen maken bij onderlinge overeenkomst, aan deze overeenkomst geen definitief karakter kunnen geven en een dergelijke overeenkomst essentieel eenzijdig herroepbaar is ; derhalve noch de vaststelling van de moeilijkheden «die maar al te spoedig hebben geleid tot de definitieve ontwijking van het huwelijk» of van ontstentenis van bewijs van de oorspronkelijke fout van de andere partij, noch de vaststelling van het bestaan zelf van een onderling akkoord waaruit de feitelijke scheiding ontstond, afbreuk kunnen doen aan de essentiële herroepbaarheid van overeenkomsten tot feitelijke scheiding ; zodat, door op deze motieven te steunen om eruit af te leiden dat eiser zich tevergeefs beriep op aanmaningen en om te beslissen dat «bezwaarlijk kan worden aanvaard dat de bestendiging van de feitelijke scheiding beledigend was», het arrest de artikelen 6, 212, 227 en 231 van het Burgerlijk Wetboek schendt :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat, luidens het beroepen vonnis, eiser zijn vordering tot echtscheiding hierop baseert dat verweerster de echtelijke woning kwaadwillig heeft verlaten en dat, in spijt van eisers pogingen om het echtelijk leven te hervatten, zij deze toestand heeft bestendigd ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de partijen, op het einde van de maand juni 1964, na zes maanden huwelijk, elkaar bij gemeen overleg verlieten, dat op 8 december 1966 de voorzitter, op eisers verzoek verweerster beval de samenwoning te hervatten, dat eiser deze beschikking pas op 7 januari 1974 deed betekenen, dat verweerster zijn aanmaningen van 7 januari en 21 februari 1974 zonder gevolg liet, en dat eiser op 2 april 1974 een verzoekschrift tot echtscheiding indiende ;

Overwegende dat het beledigend karakter van de gedraging van een echtgenoot en de ernst van dit beledigend

N.V. E. t/ S.

karakter niet noodzakelijk voortvloeien uit de loutere tekortkoming aan de uit het huwelijk voortspruitende verplichtingen, doch moet beoordeeld worden op grond van alle omstandigheden van de zaak, onder meer van hun krenkend karakter ten opzichte van de andere echtgenoot ;

Overwegende dat de weigering om gevolg te geven aan het verzoek om de samenwoning te hervatten slechts dan beledigend is wanneer een dergelijk verzoek oprecht is ;

Overwegende dat, door de omstandigheden die zij aanhalen, inzonderheid door het onderstrepen van de data waarop eiser de aangehaalde rechtshandelingen verrichtte, de rechters te kennen geven dat zij oordelen dat eisers voornemen om de samenwoning te hernemen geveinsd was en dat zijn aanbod derhalve in oprechtheid te kort schoot ;

Dat het arrest, zonder schending van de vermelde wetsbepalingen, uit die omstandigheden mocht afleiden dat de weigering van verweerster niet beledigend was ; dat het zodoende eisers conclusie tegensprekt en derhalve beantwoordt ;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen ;

Wat het tweede onderdeel betreft ;

Overwegende dat, nu het arrest vaststelt dat de feitelijke scheiding bij onderling akkoord was ontstaan, en, nu uit het antwoord op het eerste onderdeel blijkt dat, naar het oordeel van de rechter, de bestending ervan niet beledigend was, dit onderdeel geen belang vertoont en derhalve niet ontvankelijk is ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiser in de kosten.

NOOT—Het is te betreuren dat het Hof de aard van de samenwoningsplicht en de draagwijdte van een overeenkomst tot feitelijke scheiding niet heeft kunnen behandelen. — Zie hierover G. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent, Story, 1978, pp. 57-58 (nl. noot 2) en 59 e.v.

J.P.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

6e KAMER — 10 NOVEMBER 1977

Voorzitter : de h. Ceulemans (rapporteur)

Raadsheren : de hh. Vanderhoeft en Raymaekers

Advocaat-Generaal : de h. Kuyt

Advocaat : mr. Portaels

Cheque — Zonder dekking — Burgerlijke-partijstelling — Voorwaarde—Oorzakelijk verband—Waarborgcheques.

Niet ontvankelijk is de vordering van de schuldeiser die zich bij de strafrechtelijke vervolging van zijn schuldenaar wegens uitgifte van cheques zonder dekking burgerlijke partij heeft gesteld, als de schade die hij beweert geleden te hebben, niet veroorzaakt werd door de uitgifte van de cheques, ten deze zg. waarborgcheques, maar voortvloeit uit de hem bekende insolventie van de schuldenaar.

Overwegende dat voor een aankoop gefactureerd op 23 mei 1975 de verwezene een cheque van 99.863 fr. (volledige koopsom plus BTW) uitschreef, gedagtekend 23 mei 1975, en ook vier cheques van elk 20.000 fr., respectievelijk gedagtekend 10 juli, 10 augustus, 10 september en 10 oktober 1975 en één van 19.863 fr., gedagtekend van 10 november 1975, welke vijf laatste cheques eveneens het bedrag van 99.863 fr. samenstellen ;

Overwegende dat verwezene verklaarde : « Ik zou verwittigen alvorens zij zouden overgaan tot verzilvering, dat om voldoende geld op mijn rekening bijeen te brengen » (st. 7) ;

Overwegende dat de waarachtigheid van deze verklaring af te leiden is uit het volgende :

1) dat, tenzij er valsheid in geschriften gepleegd werd, voor de belangrijke aankoop van een auto zelfs geen voorshot geïnd werd ;

2) dat de cheque van 99.863 fr. gedagtekend 23 mei 1975, pas geïndosseerd werd ten voordele van de Bank van Brussel op 17 juni 1975 ; dat hij ter verrekening aangeboden werd op 23 juni 1975 en, voor zover het hof het kan nagaan, niet geprotesteerd maar wel geannuleerd werd (zie keerzijde van de cheque, st. 17) ;

dat de eerste cheque van 20.000 fr., zogenaamd uitgegeven op 10 juli 1975, pas ter verrekening aangeboden werd op 24 juli 1975 en dat deze geprotesteerd werd op 1 augustus 1975 ;

dat voor de beide cheques de aanbestedingstermijn van acht dagen, bedoeld in artikel 29, eerste lid, van de wet van 1 maart 1961 aldus in ruime mate overschreden werd en dat de belangrijkste cheque zelfs niet geprotesteerd werd ; dat dit alles erop wijst hoeveel geduld de burgerlijke partij betoonde in de hoop dat er, geruime tijd na de uitgifte, dekking zou zijn, was het niet voor de cheque van 99.863 fr., dan toch minstens voor de eerste cheque van 20.000 fr. ;

3) dat onbekend is of de vijf laatste cheques gelijktijdig met de eerste uitgeschreven werden maar dat het zeker is dat zij niet uitgeschreven werden op de erop vermelde data doch vermoedelijk alle tegelijk, aangezien de twee laatste ervan ter verrekening aangeboden werden op 17 september 1975, dit is vóór de datum van hun beweerde uitgifte ;

Overwegende dat uit dit alles blijkt dat de burgerlijke partij, wetens ongedekte cheques ter betaling aanvaard heeft, in het dagelijks gebruik « waarborgcheques » genaamd, die veeleer als drukingsmiddel bedoeld zijn om de schuldenaar tot vlugge betaling aan te sporen onder bedreiging van de strafsancie die hem boven het hoofd hangt ; dat de burgerlijke partij wist dat de zaak riskant en de uiteindelijke verzilvering van de cheques twijfelachtig was ; dat zij via de vijf laatste cheques zelfs gemak van betaling aan haar schuldenaar toestond ; dat, met andere woorden, met cheques omgesprongen werd alsof het wissels waren geweest ;

Overwegende dat de door de burgerlijke partij geleden schade dan ook niet veroorzaakt is door de uitgifte van de cheques, met andere woorden door het misdrijf waarvoor verwezene inmiddels gestraft werd, aangezien de burgerlijke partij door die cheques noch bedrogen noch verschalkt werd, maar alleen uit de haar bekende insolventie van de verwezene waarvan zij het risico aanvaard heeft ;

Overwegende dat indien de cheques niet waren uitgegeven, en de burgerlijke partij haar toevlucht genomen had hetzij tot invordering van de factuur hetzij tot wissels, haar toestand net dezelfde was geweest als thans ;

dat het enig doel dat zij, in de gegeven omstandigheden, kan hebben beoogd met het aanvaarden van de cheques de bedreiging met straf was en dat zij om dit doel te bereiken slechts een klacht moest indienen; dat het niet eens nodig was zich te dien einde burgerlijke partij te stellen aangezien het uitgeven van ongedekte zogenaamde waarborgcheques een misdrijf is;

Overwegende dat de burgerlijke partij dus niet bewijst enige schade geleden te hebben die veroorzaakt is door de gepleegde misdrijven;

(Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis dat de vordering van de burgerlijke partij als niet ontvankelijk afwijst).

NOOT—Burgerlijke-partijstelling bij cheque zonder dekking

1. Ten deze bekrachtigt het hof de traditionele leer die de toelaatbaarheid van de burgerlijke-partijstelling slechts aanvaardt, voor zover er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de benadeling enerzijds en de uitgifte van de cheque anderzijds (Hof Brussel, 12 februari 1974, R.W., 1975-76, 2367, met noot van A. VANDEPLAS; Hof Brussel, 26 juni 1975, J.T., 1975, 507; Corr. Brussel, 8 september 1977, met noot, verschenen in dit nummer; J. GHYSEN, *Le Chèque*, nr. 166; G. SCHUIND, *Droit criminel*, 3e ed., I, 340; R.P.D.B., tw. «Chèque», nr. 124 e.v.)

2. De houder van een ongedekte cheque kan voor de strafrechter slechts vergoeding krijgen voor de schade die het rechtstreekse gevolg is van de uitgifte (Hof Brussel, 30 oktober 1970, R.W., 1976-77, 313, met noot van A. VANDEPLAS; Hof Antwerpen, 18 juni 1975, *Pas.*, 1975, II, 75; Hof Brussel, 26 juni 1975, *g.c.*; E. BREWAEYS, «De cheque, overzicht van rechtspraak, 1975-77», R.W., 1977-78, 2545; G. DAL, «La constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèques sans provision», J.T., 1975, 21).

De uitgifte van de cheque dient beslissend te zijn voor de tegenprestatie (in de vorm van de overhandiging van de koopwaar bijvoorbeeld; Corr. Brussel, 8 september 1977, met noot, *g.c.*).

Wel komen de kosten van protest, de inningskosten, de geleden morele schade, die rechtstreeks voortvloeien uit het misdrijf, in aanmerking voor de toekenning van schadevergoeding aan de burgerlijke partij (Hof Brussel, 12 februari 1974, *g.c.*).

3. Twee voorbeelden om dit te verduidelijken:

a) Een malafide koper betaalt d.m.v. een cheque van 100.000 fr. een auto. De cheque blijkt ongedekt te zijn. De verkoper die de zaak geleverd heeft kan zich burgerlijke partij stellen en de strafrechter zal zijn schade inwilligen, daar de schade rechtstreeks voortvloeit uit de afgifte van de ongedekte cheque.

b) Een koper betaalt op 1 februari 1979 een voorschot van 50.000 fr. in specien op de overeengekomen prijs van 80.000 fr. voor de aankoop van een wagen. De verkoper levert de tweedehandswagen dadelijk na de betaling van het voorschot. Overeengkomen wordt dat het saldo betaald zal worden op het einde van de maand, d.m.v. een cheque. De cheque van 30.000 fr. blijkt ongedekt te zijn. De benadeelde verkoper stelt zich burgerlijke partij voor de strafrechter. De strafrechter wijst de burgerlijke-partijstelling af, want zo luidt de redenering, de uitgifte van de cheque was in het voorliggend geval niet beslissend voor de levering van de wagen, aangezien de auto reeds werd geleverd bij de betaling van het voorschot (cf. motivering Corr. Brussel, 8 september 1977, *g.c.*).

4. Het is duidelijk dat de benadeelde weinig heeft aan deze spitsvondige juridische redenering; waar het voor hem om gaat, is op een gemakkelijke, vlotte en liefst goedkope manier schadevergoeding te krijgen. Daarom wordt voorgesteld de mogelijkheden van de burgerlijke partij uit te breiden. Iemand die geheel of gedeeltelijk betaald wordt d.m.v. een ongedekte cheque, lijdt schade minstens ten belope van het bedrag vermeld op de cheque. Wordt de trekker veroordeeld voor uitgifte van een cheque zonder dekking, dan dient de eis van de burgerlijke partij te worden ingewilligd. Dit is een zuivere toepassing van art. 3 van de wet van 17 april 1878, houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

De enge causaliteitsleer, vooralsnog gehuldigd in rechtspraak en rechtsleer, brengt mee dat de benadeelde afgewezen wordt, zo de uitgifte van de ongedekte cheque niet beslissend was voor de levering (a contrario, motivering, Corr. Brussel, 8 september 1977, *g.c.*). Deze beperkende interpretatie brengt mee dat de benadeelde op-

nieuw moet dagvaarden voor de burgerlijke rechter. Ik meen dat, met een ruimere interpretatie, de eis van de benadeelde kan worden ingewilligd, omdat de schade, minstens ten belope van de ongedekte cheque, steeds het gevolg is van het misdrijf.

Het is denkbaar, met een wetwijziging, dat de strafrechter uitspraak doet zowel over het misdrijf als over het bestaan en het bedrag van de schuldvordering. Aldus zou de burgerlijke partij tijd en geld sparen. Zo de strafrechter zich uitspreekt over het bestaan en het bedrag van de schuldvordering, wordt tevens vermeden dat de eis van de burgerlijke partij automatisch wordt ingewilligd. De strafrechter mag dus het tussen partijen gesloten contract ontleden: «Le juge correctionnel, exceptionnellement investi des pouvoirs habituellement réservés au juge civil, n'est pas tenu d'ordonner sans contrôle le remboursement à la partie civile d'une somme égale au montant du chèque» (Cass. fr. 20 maart 1952, J.C.P., 1952, II, 7162, met noot van J. LEAUTÉ).

Zo de burgerlijke partij wetens een ongedekte cheque aanvaardt (cf. het geannoteerd arrest), dan hoeft de strafrechter de burgerlijke partij niet af te wijzen, omdat de strafrechter ook de rechtsverhouding onderzoekt die aanleiding gaf tot de uitgifte van een cheque.

5. Voor het voorgaande wordt verwezen naar het Franse voorbeeld: «Le fait d'avoir accepté sciemment un chèque sans provision, bien que constituant un délit correctionnel, n'empêche pas le porteur de demander au juge répressif d'ordonner le paiement de la créance que le chèque était destiné à éteindre» (Cass. fr., 6 juni 1952, J.C.P., 1952, II, 7074, en Cass. fr., 25 mei 1956, *Bull.*, 382; J. GRANIER, «L'action en paiement du chèque sans provision devant le tribunal correctionnel», J.C.P., I, 1957, 1344 e.v.).

De Franse wetgever heeft de mogelijkheden van de burgerlijke partij verruimd. Art. 71 van het «décret-loi» van 30 oktober 1935, houdende eenmaking van het recht inzake cheques, zoals gewijzigd bij art. 5 van de wet nr. 75-4 van 3 januari 1975, bepaalt dat de houder van de cheque zich burgerlijke partij mag stellen voor de strafrechter en een som mag eisen gelijk aan het bedrag dat voorkomt op de cheque; daarnaast mag de benadeelde eventueel schadevergoeding vragen.

De Franse strafrechter kan ook ambtshalve de betaling bevelen (art. 71, tweede lid, van het «décret-loi» van 30 oktober 1935). Dit laatste kan, als aan een drievoudige voorwaarde werd voldaan:

a) het origineel van de cheque dient te worden gevoegd bij het dossier;

b) de cheque mag niet overgedragen zijn door een endossement, dus alleen de begunstigde, die houder is van de cheque, heeft het voordeel van deze maatregelen;

c) het bewijs dat de cheque betaald werd, blijkt niet uit de strafprocedure (art. 71, tweede lid, van het «décret-loi» van 1935).

6. De verruiming van de mogelijkheden van de burgerlijke partij onderstelt evenwel dat zij te goeder trouw is. Dit was in casu niet het geval. De burgerlijke partij kende de financiële positie van de beklaagde blijkbaar zeer goed: bij de verkoop werd zelfs geen voorschot geëist, wat toch wel uitzonderlijk is bij de verkoop van een tweedehandswagen. Bovendien, lijkt het helemaal niet onmogelijk, dat het plannetje om verschillende cheques op zogenaamd onderscheiden tijdstippen uit te schrijven, mede werd ingefluisterd door de handelaar.

De koper schreef op 23 mei 1975 immers een cheque uit ten belope van de volledige koopsom, om vervolgens vier cheques uit te schrijven op verschillende data, waarvan het totaal bedrag precies gelijk was aan de som vermeld op de eerste cheque.

De eerste cheque fungeerde dus blijkbaar als waarborgcheque. Het is dan ook volkomen gerechtvaardigd *de lege lata* dat de eis van de burgerlijke partij, die de financiële positie van de beklaagde kende en zelfs meegewerkt had aan het opstellen van de cheques, welke zij als waarborg zou hebben aangenomen, met dien verstande dat zij niet dadelijk mochten aangeboden worden, ongegrond is (Hof Antwerpen, 3 maart 1976, *Pas.*, 1977, II, 30). *De lege ferenda* kan de oplossing anders luiden (cf. supra).

7. Een voorstel tot verruiming van de mogelijkheden der burgerlijke partij mag niet leiden tot misbruiken. De burgerlijke partij die te kwader trouw is, mag het strafrecht niet gebruiken om betaling te krijgen. In de voorliggende casus is dit wel gebeurd. Men kan zich dan ook afvragen waarom iemand die cheques aanvaardt, waarvan hij duidelijk weet dat de dekking ontbreekt (cf. het geannoteerde arrest), zich niet schuldig maakt aan het misdrijf van uitgifte van cheques zonder dekking en dit naar gelang van het geval, als mededader of medeplichtige.

Het aanvaarden van cheques zonder dekking lijkt immers bij uitstek een vorm van misdrijf te zijn, waarop de regels van de strafbare deelneming kunnen worden toegepast.

Is het normaal dat de verkoper in het voorliggend geval vrijuit gaat en de koper wordt gestraft?

8. De strafbare deelneming veronderstelt drie elementen :

a) er moet een misdrijf zijn waaraan deelgenomen wordt ;
b) deelnemen als dader of als medeplichtige aan een misdrijf impliceert dat een handeling wordt gesteld die door de wet als deelnemingsvorm wordt omschreven ;

c) het morele element : enerzijds kennis van de misdadige onderneming waarop het handelen betrekking heeft, anderzijds opzet om deze onderneming te helpen verwezenlijken (H. BEKAERT, *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch strafrecht*, p. 176 ; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, dl. II, p. 586, nr. 1189).

Of een persoon die «wetens» een ongedekte cheque ter betaling aanvaard heeft en zich burgerlijke partij stelt, mededader of medeplichtige is, is een feitenkwestie. Dat bij mijn weten tot op heden, zelden of nooit een persoon werd vervolgd als mededader of medeplichtige bij het aanvaarden van een ongedekte cheque, is eigenaardig, omdat art. 61 in fine van de chequewet van 1 maart 1961, duidelijk stelt dat alle bepalingen van het eerste boek van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII (betreffende de deelneming) en art. 85, toepasselijk zijn op de door deze wet omschreven misdrijven.

Vervolg van de burgerlijke partij kan en mag enkel wanneer de drie componenten van de strafbare deelneming manifest blijken uit de feitenconstellatie.

9. Is het billijk dat de verkoper die in overleg met zijn klant een cheque zonder dekking in omloop heeft gebracht en soms de uitgifte ervan heeft uitgelokt ja zelfs geëist, vrijuit gaat, terwijl alleen de verkoper onder de toepassing van de strafwet valt?

Het criminaliseren van het handelsleven mag geen streefdoel worden, maar men kan niet ontkomen aan de indruk dat de chequewetgeving vooralsnog gericht is op de bescherming van de handelaars en de financiële inrichtingen, terwijl alle vormen van medeplichtigheid aan chequezwendel daarbij onbesproken blijven.

De Belgische strafrechter zou op grond van deelneming elke vorm van medewerking aan de uitgifte van ongedekte cheques kunnen beteugelen en zelfs het wetens aanvaarden van deze titels kunnen verhinderen, maar staat het niet aan de wetgever om in zulke belangrijke aangelegenheden een duidelijk standpunt in te nemen?

D.M. Moons
Assistent U.F.S.A.L.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. — 10 JANUARI 1978

Voorzitter : de h. Paternostre

Raadsheren : mevr. de Man en de h. Claessens

Substituut-procureur-generaal : de h. Vandeplas

Advocaten : mrs. De Feyter en Marck

Onderzoeksgerecht—Verwijzing—Kwalificatie—Hoger beroep van de burgerlijke partij.

De raadkamer vermag niet voor een zelfde feit deels een beschikking van verwijzing, deels een beschikking van buitenvervolginstelling te geven.

Het komt de rechter ten gronde toe, binnen de perken van zijn bevoegdheid en met inachtneming van de rechten van de verdediging, de omschrijving van het feit dat het voorwerp uitmaakt van het onderzoek en van de beschikking van verwijzing, te verbeteren, aan te vullen of te wijzigen, rekening houdend met alle daartoe dienstige feitelijke omstandigheden.

V. en De S. t/ V.

Vordering

Gezien de processtukken ten laste van V., verdacht van te Boom, zelfde kanton, tussen 23 november 1975 en 9 januari 1976, op niet nader te bepalen datum, ten nadele van de erfgerechtigden in de nalatenschap van V. Jacques hierna vermelde zaken die hem niet toebehoorden bedrieglijke weggenomen te hebben :

1.....

2. aandelen en obligaties voor een nominaal bedrag van 330.000 fr., waardestukken voor een totaal bedrag van 450.000 fr. bestaande uit leningen en geldsommen voor een totaal bedrag van 130.000 fr.

Gezien de stelling als burgerlijke partij door V. Maria Julienne en haar echtgenoot De S. René Petrus Joseph ;

(...)

Gezien de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 23 februari 1977 die verklaart o.m. dat er geen reden tot vervolging is tegen de verdachte uit hoofde van de tenlastelegging sub 2 en de burgerlijke partij veroordeelt tot de kosten in verband met de tenlastelegging sub 2, belopende tot op heden nihil ;

Gezien de betekening van deze beschikking aan de door haar gekozen woonplaats op vrijdag 25 februari 1977 ;

Gezien het verzet gedaan op maandag 28 februari 1977 door mr. A. De Feyter voor beide burgerlijke partijen tegen deze beschikking voor zover daarbij verklaard werd dat er geen reden tot vervolging is uit hoofde van de tenlastelegging sub 2 ;

Aangaande de ontvankelijkheid van het verzet

Aangezien de verdachte slechts één enkel misdrijf van diefstal wordt ten laste gelegd, ook al wordt de opsomming van de onvreemde goederen in de eindvordering van de heer procureur des Konings in twee rubrieken gesplitst ;

Aangezien een zelfde misdrijf trouwens niet in twee tenlasteleggingen mag worden gesplitst, ook al zijn de onvreemde goederen van diverse aard of al behoren ze aan verschillende benadeelden toe ;

Aangezien de vaststelling dat het aantal onvreemde goederen groter of belangrijker is dan de tenlastelegging, zoals beperkt sub 1), inhoudt, dit geen nieuw feit in deze tenlastelegging inbrengt, dat te onderscheiden valt van het oorspronkelijk feit van diefstal waarop de vervolging steunt, maar deze bijkomstige omstandigheid slechts van belang is voor de straftoemeting en de raming van de schade die eventueel aan de burgerlijke partijen kan worden toegekend (cf. Cass., 13 mei 1890, *Pas.*, 1890, I, 204 ; Cass., 19 februari 1912, *Pas.*, 1912, I, 123 ; Cass., 3 augustus 1917, *Pas.*, 1917, I, 326 op conclusie van de advocaat-generaal P. Leclercq ; Cass. fr., 9 november 1950, *Sir.*, 1951, I, 64 ; K.I.Brussel, 30 september 1964, *R.W.*, 1964-65, 667).

Aangezien de bepaling van de omvang van de geleden schade en van de onvreemde goederen door de vonnisgebrechten op soevereine wijze beoordeeld worden en dat de uitspraak van de onderzoeksgerechten dienaangaande geen bindende waarde heeft, dat het verzet van het openbaar ministerie of van de burgerlijke partij dan ook niet ontvankelijk is indien ze hun grieven beperken tot de omvang van de in de tenlastelegging aangeduide schade of opsomming der onvreemde goederen (Hof Gent, 28 september 1932, *R.W.*,

1932-33, 357 ; Cass., 5 december 1939, *Pas.*, 1939, I, 505 ; Cass., 21 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 848 ; K.I. Brussel, 30 september 1964, *R.W.*, 1964-65, 667 ; K.I. Brussel, 2 mei 1968, *Pas.*, 1968, II, 218) ;

Vordert het Hof, kamer van inbeschuldigingstelling, het verzet niet ontvankelijk te verklaren en de burgerlijke partij te veroordelen tot de kosten van haar verzet en tot zulke schadevergoeding als behoren zal.

Arrest

Overwegende dat het verzet van de burgerlijke partijen regelmatig is naar vorm en termijn ;

Overwegende dat de burgerlijke partijen de verwijzing nastreven van verdachte wegens de diefstal van de aandelen en obligaties bedoeld in de telastlegging 2, waardoor zij de omvang van de diefstal sub 1 wenselijk te zien gebracht op aandelen en obligaties voor een totale waarde van 660.000 frank ; dat op deze vordering niet kan worden ingegaan ;

Overwegende dat de beweerde diefstal van aandelen en obligaties voor een nominale waarde van 330.000 fr. bedoeld in de telastlegging sub 1, waarvoor de raadkamer verdachte naar de correctionele rechtbank verwees, en de beweerde diefstal van aandelen en obligaties bedoeld in de telastlegging sub 2, waarvoor de raadkamer een bevel van buitenvervolgung uitsprak, één en hetzelfde feit betreffen zegge een beweerde diefstal van aandelen en obligaties ;

Overwegende dat de raadkamer niet vermag voor een zelfde feit deels een bevel van verwijzing, deels een bevel van buitenvervolgung te geven ; dat een dergelijke uitspraak de rechten aantast van de rechter ten gronde die soeverein het feit waarvan hij kennis neemt in zijn geheel heeft te beoordelen zowel wat de wetsomschrijving als wat de feitelijke omstandigheden betreft ; dat derhalve het bevel van de raadkamer waar het een bevel van niet-vervolgung verleende onder de telastlegging sub 2 voor de beweerde diefstal van aandelen en obligaties voor een nominale waarde van 330.000 fr. teniet moet worden gedaan ;

Overwegende dat, nu het bevel van buitenvervolgungstelling onder de telastlegging sub 2 van de beweerde diefstal van aandelen en obligaties voor een nominale waarde van 330.000 fr., teniet wordt gedaan, het de rechter ten gronde toekomt binnen de perken van zijn bevoegdheid en met inachtneming van de rechten van de verdediging, de omschrijving van het feit dat het voorwerp uitmaakt van het onderzoek en van de beschikking van verwijzing, te verbeteren, aan te vullen of te wijzigen, met inachtneming van alle daartoe dienstige feitelijke omstandigheden ; dat derhalve het verzet gericht tegen de verwijzing van verdachte uit hoofde van het feit van diefstal van aandelen en obligaties zoals omschreven sub 2 niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang ;

Overwegende dat voor de twee andere feiten bedoeld in de telastlegging sub 2 er voldoende aanwijzingen van schuld voorhanden zijn ten laste van verdachte ; dat het feiten van diefstal betreft die zich onderscheiden van het feit bedoeld in de telastlegging 1 ; dat zij voorzien zijn en bestraft worden met correctionele straffen door artikelen 461, 463, 466 van het Strafwetboek ;

dat verdachte naast het feit 1 dient verwezen te worden naar de correctionele rechtbank wegens de onderscheiden feiten van diefstal van :

2.a) waardestukken voor een totaal bedrag van 450.000 fr. bestaande uit leningen en

b) geldsommen voor een totaal bedrag van 130.000 fr., zoals nader bepaald in het dispositief van dit arrest ;

(...)

Ontvangt het verzet, behalve waar het de niet-verwijzing betreft voor de diefstal van de waarden en obligaties voor een nominale waarde van 330.000 frank — voorzien onder telastlegging 2 — en rechtdoende binnen de perken ervan :

Doet de bestreden beschikking van de raadkamer teniet in zover ze een bevel van niet vervolgung uitsprak wegens de feiten van de telastlegging sub 2,

Opnieuw wijzende dienaangaande, eenparig beslissende,

Verzendt verdachte naar de Correctionele Rechtbank te Antwerpen wegens volgende telastlegging :

te Boom, zelfde kanton, tussen 23 november 1975 en 9 januari 1976, op een niet nader te bepalen datum :

ten nadele van de erfgerechtigden van V. Jacques, hierna vermelde zaken die hem niet toebehoorden, bedrieglijk weggenomen te hebben :

2.a) waardestukken voor een totaal bedrag van 450.000 fr. bestaande uit leningen,

b) geldsommen voor een totaal bedrag van 130.000 fr. ;

HOF VAN BEROEP TE GENT

Se KAMER — 11 DECEMBER 1978

Voorzitter : de h. de Clercq

Raadsheren : de hh. Colle en Roose

Advocaten : mrs. Willemse loco Deprez en Duerinck

Verzekering—Grove schuld—Rijden met gladde banden.

De regresvordering van de motorrijtuigenverzekeraar wegens een zware fout van de verzekerde kan maar gegrond zijn als het gaat om een fout die gelijk kan worden gesteld met een intentionele fout waarbij de verzekerde zich ervan bewust was of moest zijn dat ze een verzwaring meebracht van het verzekerde risico.

Ten deze blijkt niet dat de verzekerde, die zijn wagen weinig gebruikte, zich ervan bewust was dat het loopvlak van de banden afgesleten was ; de toestand van de banden was ook niet van die aard dat er sprake is van een algemene totale sleet, waardoor hij zich van de verzwaring van het risico bewust moest zijn.

H. t/ N.V. F.

Geïntimeerde vordert van appellant, haar verzekeringsnemer, terugbetaling van de bedragen, die zij uitgekeerd heeft aan de slachtoffers van een verkeersongeval, dit op grond van artikel 25,9 van de modelpolis en artikel 16 van de wet van 11 juni 1874. De eerste rechter (Rb. Dendermonde, 3 december 1976) heeft de vordering toegekend.

Appellant reed op 28 september 1974 omstreeks O u 45 met zijn personenwagen Opel Rekord te Lokeren op de autosnelweg E 3 in de richting Antwerpen. Op een bepaald ogenblik is de wagen beginnen slippen en over de gelijkgrondse berm van de autosnelweg afgegleden. Volgens de door de verbalisanten gedane beknopte uiteenzetting van de feiten zou appellant gereden hebben met een snelheid van 100

à 110 km per uur. Er was een krachtige zuidenwind. Het regende lichtjes doch voordien had een zware regenval plaatsgehad.

De zopas opgegeven elementen verklaren op zich zelf het ongeval niet. Er moet een bijkomende factor geweest zijn en waar noch de bestuurder, noch de inzittenden, noch de getuige, die geïntimeerde volgde, enige speciale reden opgeven, dient deze bijkomende factor gezocht in de staat van de banden van het voertuig. Deze wordt door de verbalisanten beschreven als volgt : a) linkervoorband : in goede staat ; b) rechtervoorband : de buitenkant van de band is volledig afgelopen, geen enkele tekening ; c) linkerachterband : de halve breedte van de band naar de buitenzijde toe is volledig afgelopen, vertoont geen enkele tekening meer ; d) rechterachterband : binnen- en buitenkant van de band volledig afgelopen, vertoont enkel nog een minieme tekening in het midden der loopstrook.

De vordering van geïntimeerde kan maar gegrond zijn voor zover er in hoofde van appelland een zware fout bestaat in de zin van artikel 16 van de verzekeringswet. Daartoe moet het gaan om een fout die gelijk kan worden gesteld met een intentionele fout waarbij de verzekerde er zich van bewust was of moest zijn dat zij een verzwaring meebracht van het gewaarborgde risico.

Appellant heeft aan de verbalisanten verklaard : « Ik was er niet van op de hoogte dat drie van de banden van mijn voertuig waren afgelopen en geen duidelijk getekende loopstrook meer vertoonden op heel de omtrek ». Er zijn ook geen andere elementen die er op wijzen dat appellant zich bewust was van de slechte staat van de banden van zijn voertuig. Appellant gebruikt blijkbaar zijn wagen niet veel. De wagen is inderdaad van het bouwjaar 1966 en had op 28 september 1974, datum van het ongeval, slechts 52.197 km afgelegd. Kale banden zijn gevaarlijk bij het remmen en bij rijden op natte banen, maar geven een grote adhesie bij het rijden op droge banen en daar appellant, zoals gezegd, zijn wagen blijkbaar niet veel gebruikte, had hij wellicht nog geen hinder ondervonden van de overigens slechts geleidelijk aan verslechterende staat van de banden.

De toestand van de banden was ook niet van die aard dat er sprake is van een algemene totale sleet, waardoor appellant zich van de verzwaring van het risico bewust moest zijn. De rechterachterband vertoonde nog een tekening, zij het een minieme, in het midden van de loopstrook. Op de linkerachterband was er nog een tekening op de halve breedte naar de binnenzijde toe. Van de rechtervoorband was er nog een tekening aan de binnenzijde en het midden. De linkervoorband was in goede staat.

Uit al het voorgaande dient te worden besloten dat ter zake appellant weliswaar onzorgvuldig is geweest in het toezicht op de staat van zijn voertuig, hetgeen een niet geringe fout is, maar niet een fout die zo zwaar is dat ze gelijkgesteld kan worden met een intentionele fout, zoals vereist voor de toepassing van artikel 25,9 van de modelpolis en van artikel 16 van de verzekeringswet.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN — AFDELING HASSELT

2e KAMER — 6 JUNI 1978
Voorzitter : de h. Loos

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Jacobs en Lambrechts
Advocaten : mrs. Bouveroux en Raskin

Arbeidsovereenkomst—Bedienden—Ontstaan van de overeenkomst—Vormvereisten—Overeenkomst voor een bepaalde tijd—Begrip—Overeenkomst met mogelijkheid tot opzegging.

Opdat de overeenkomst van bepaalde duur zij, is het noodzakelijk dat in het contract het tijdstip van de beëindiging zo is omschreven dat de partijen op een objectieve en zekere wijze de duur van de overeenkomst kunnen bepalen op het ogenblik dat ze wordt gesloten.

Als zodanig kan niet worden beschouwd de overeenkomst waarin, naast de vermelding van een bepaalde duur, de partijen de mogelijkheid tot eenzijdige verbreking hebben opgenomen. Deze overeenkomst is van onbepaalde duur. Ze is niet in strijd met de imperatieve bepalingen van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract zodat de rechter de wil der partijen moet eerbiedigen.

B. t/ P.V.B.A. W.

Appellant, die sedert 1 augustus 1968 in dienst was van geïntimeerde als handelsvertegenwoordiger, betekende bij aangetekend schrijven van 25 juni 1970 zijn opzegging die zou ingaan op 1 juli 1970 om te verstrijken op 15 augustus 1970.

Bewerend dat partijen een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur hadden aangegaan en derhalve de opzegging niet rechtsgeldig was, vorderde geïntimeerde de vergoeding zoals bepaald in artikel 21 van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract.

Deze vordering werd door de arbeidsrechtbank gegrond verklaard.

(...)

Geïntimeerde vordert van haar voormalige werknemer een contractbreukvergoeding op grond dat hij, door zijn opzegging van 25 juni 1970, op onrechtmatige wijze de arbeidsovereenkomst zou hebben verbroken nu deze voor een bepaalde tijd — meer bepaald voor 5 jaar — werd aangegaan.

Appellant wijst de aanspraken van geïntimeerde af, beweerend dat de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur was.

In dit verband dient te worden vastgesteld :

— dat de overeenkomst van 1 augustus 1968 de artt. 20 en 21 bepaalt dat het contract gesloten werd voor de duur van vijf jaar met mogelijke stilzwijgende verlenging van een jaar ;

— dat artikel 17 van dezelfde overeenkomst de mogelijkheid inhoudt om aan de arbeidsrelatie een einde te maken door opzegging met inachtneming door de werkgever van een opzeggingstermijn van drie maanden en door de werknemer van een termijn van twee maanden.

Ook inzake arbeidsovereenkomsten blijft, in geval van afwezigheid van imperatieve bepalingen of bepalingen van openbare orde, de contractuele vrijheid bestaan en maakte de overeenkomst derhalve de wet der partijen uit (vgl. Cass., 27 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1104).

Uit het geheel der hierboven aangehaalde contractuele bepalingen blijkt dat partijen enerzijds zich het recht hebben voorbehouden om op ieder ogenblik, door opzegging, op eenzijdige wijze een einde aan de arbeidsrelatie te maken en dat zij anderzijds de wil hebben uitgedrukt dat deze arbeidsrelatie een bepaalde duur niet zou overschrijden.

Nu een dergelijke overeenkomst niet in strijd is met de imperatieve bepalingen die ten voordele van de werknemer in de gecoördineerde wetten op het bediendencontract werden opgenomen, moet de rechter de wil der partijen eerbiedigen, zoals deze uit de bewoordingen van de overeenkomst blijkt (noot van M. Taquet bij W.R. Ber. Brussel, 9 juli 1959, J.T., 1960, 580).

De eerste rechter heeft ten onrechte gemeend dat uit de contractuele gegevens moet worden afgeleid dat de overeenkomst voor een bepaalde tijd werd aangegaan.

Opdat de overeenkomst van bepaalde duur zij, is het noodzakelijk dat in het contract het tijdstip van de beëindiging dermate is omschreven dat de partijen op een objectieve en zekere wijze de duur van de overeenkomst kunnen bepalen op het ogenblik dat ze wordt gesloten. Als zodanig kunnen niet beschouwd worden de overeenkomsten waaraan door de partijen eenzijdig een einde kan worden gemaakt (Cass., 22 november 1957, J.T., 1960, 190, met noot van M. Taquet).

Nu de partijen zich in het onderhavig geval de mogelijkheid tot eenzijdige verbreking hebben voorbehouden, was het hen bij het sluiten der overeenkomst niet mogelijk de exacte duur van hun arbeidsrelatie op objectieve en zekere wijze te bepalen.

In die omstandigheden moet worden aanvaard dat zij een overeenkomst voor onbepaalde tijd hebben aangegaan (W.R. Ber. Brussel, 9 april 1962, T.S.R., 1962, 308).

Appellant mocht derhalve, door betekening van een regelmatige opzegging, de arbeidsovereenkomst beëindigen.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

7e KAMER — 6 NOVEMBER 1978

Voorzitter : de h. de Forche

Rechters : de hh. Simons en Dewachter

Advocaten : mrs. Lens en Geys

Verzekering-Motorrijtuigen — Regresvordering-Art. 25, 6°, van de polis—Overtreding van art. 8.3 Wegverkeersreglement.

Een veroordeling op grond van art. 8.3 Wegverkeersreglement maakt op zichzelf art. 25, 6°, van de polis aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen niet toepasselijk. De uitdrukking «een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden door de Belgische wetgeving en reglementen voorgeschreven om een voertuig te besturen» dienen restrictief te worden uitgelegd als beperkt tot de gevallen waarin het verbod een rijtuig te besturen voortkomt uit een objectief gegeven.

N.V. M. t/ P.

Overwegende dat eiseres, verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van verweerder, van deze terugvordert de uitgaven die zij deed aan een derde ten gevolge van een aanrijding waarvoor haar verzekerde werd veroordeeld door de Rechtbank van Politie van Mechelen op 21 april 1977, uit hoofde van overtreding van art. 8.3 K.B. 1 december 1975 ;

Overwegende dat eiseres aanvoert dat verweerder een zware fout heeft begaan doordat hij wist of moest weten dat

zijn gezondheidstoestand hem de dag van het ongeval niet toeliet een voertuig te besturen ; dat dit duidelijk blijkt uit zijn verklaringen en uit de deskundige rapporten ; dat hij het risico heeft verzwaaard en zij bijgevolg hare uitgaven van hem mag terugvorderen ;

Overwegende dat verweerder terecht antwoordt dat in casu de veroordeling op grond van art. 8.3 van het Verkeersreglement niet mag worden geïnterpreteerd als toepasselijk voor art. 25, 6°, van het modelcontract ; dat inderdaad de uitdrukking «een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden door de Belgische wetten en reglementen voorgeschreven om dat voertuig te besturen» zeer restrictief moet worden uitgelegd en beperkt tot de gevallen waarin het verbod te besturen voortkomt uit een objectief gegeven ;

Overwegende dat de rechtbank verweerder kan volgen in zijn thesis dat door haar vonnis de politierechtbank enkel heeft vastgesteld dat op dat ogenblik hij in overtreding was met art. 8.3 Verkeersreglement en dat het aan eiseres is te bewijzen 1) dat verweerder de waarschijnlijkheid van het kwetsieuze ongeval had moeten of kunnen weten en 2) dat hij, zulks wetend, die waarschijnlijkheid uit zijn wil heeft aanvaard ;

Overwegende dat geen element van het dossier erop wijst dat op het ogenblik dat hij in zijn voertuig stapte, verweerder in een schemertoestand verkeerde of zich bewust was van enige verzwaring van risico ;

Overwegende dat verweerder terecht aanvoert dat het niet is omdat hij in 1973 een zwaar ongeval heeft gehad en er nog geregeld hoofdpijn van overhoudt, dat hij zich ervan bewust had moeten zijn dat een situatie van black-out zich zou kunnen voordoen ;

Overwegende dat verweerder oordeelkundig erop wijst dat de politierechter gemeend heeft dat het gebeurde slechts een voorbijgaande situatie is geweest, daar hij geen ontzetting uit het recht tot sturen heeft uitgesproken ;

Overwegende dat bijgevolg eiseres in gebreke blijft de gezondheid van haar eis te bewijzen ;

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Antwerpen (5e Kamer), 19 december 1978

Handelspraktijken—Reizende verkoop—Leurhandel—Onderscheid.

Een fabrikant van fauteuils kondigt een meubelverkoop aan in een zaal, die behoort bij een drankgelegenheid en die voor diverse doeleinden kan worden gehuurd. Een interprofessionele middenstandsorganisatie vraagt aan de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen een stakingsbevel tegen de voorgenomen verkoop. De eis wordt afgewezen omdat art. 53 van de Wet op de Handelspraktijken niet van toepassing zou zijn. In hoger beroep overweegt het hof :

«Overwegende dat geïntimeerde aanvoert dat hij onder de toepassing valt van de reglementering inzake ambulante handel en hij derhalve de meubelverkoop mocht houden in de gegeven omstandigheden ;

«Overwegende dat niet betwist wordt dat geïntimeerde houder was van een leurkaart, afgeleverd door het Ministerie van Middenstand onder nr. 724025, houdende de vermelding 'meubelen en zetels' ;

Overwegende dat volgens art. 2 van het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 houdende reglementering van de leurhandel, voor de toepassing van dat K.B. als leurhandel wordt beschouwd, de verkoop of het te koop aanbieden aan de verbruiker van alle waren of goederen en, in 't algemeen, van welke voorwerpen ook, gedaan, o.a., op de openbare markten, inbegrepen de kermis, foren, hallen, overdekte markten en de plaatsen toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd om gebruikt te worden voor de verkoop of voor verkoopaanbiedingen (art. 2, 3°, K.B. 28.11.1939);

«Overwegende dat uit de conclusies van partijen kan opgemaakt worden dat in het gebouw, waarin de zaal Bart zich bevindt een drankgelegenheid gevestigd is, én een zaal, die kan worden gehuurd voor verkopen, bals, banketten, toneel- of filmvoorstellingen enz.;

«Overwegende dat dus, in vele gevallen, de zaal Bart slechts toegankelijk zal zijn voor bepaalde deelnemers en/of bepaalde uitgenodigde personen en/of betalende toeschouwers;

«Overwegende dat echter niet kan worden betwist dat in casu, voor de duur van de door geïntimeerde aangekondigde meubelverkoop, de zaal vrij toegankelijk was voor het publiek;

«Overwegende dat het op te lossen probleem derhalve in casu als volgt kan gesteld worden: is de zaal Bart een plaats, toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd om gebruikt te worden voor de verkoop of voor verkoopaanbiedingen; zo ja, dan werd er aan toegelaten leurhandel gedaan en niet aan een verboden reizende verkoop; zo nee, dan gaat het om een verboden reizende verkoop; of nog anders gesteld: valt de verkoop in privé-zalen onder het leurhandelsbegrip, of onder de reizende verkoop;

«Overwegende dat, aangezien de wetgever de leurhandel expliciet onttrokken heeft aan het begrip 'reizende verkoop', het begrip 'plaatsen toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd om gebruikt te worden voor de verkoop of voor verkoopaanbiedingen', moet worden onderzocht in het raam van het K.B. van 28.11.1939;

Overwegende dat trouwens ten overvloede opgemerkt zij, dat zowel het K.B. van 28.11.1939 (art. 10) als de wet van 14 juli 1971 (art. 61) strafbepalingen bevatten, zodat, gelet op het principe van de enge interpretatie van de strafwet, het in vorig lid van dit arrest geciteerde begrip, in het voordeel van de eventuele beklaagde moet worden uitgelegd;

Overwegende dat het K.B. van 28 november 1939 met plaatsen toegankelijk voor het publiek niet enkel publieke plaatsen met uitsluiting der privé-plaatsen bedoelt, doch enkel van belang is, de toegankelijkheid voor het publiek op het ogenblik van de uitstalling of de verkoop, zodat in casu, de activiteit van geïntimeerde viel binnen het kader van de leurhandel, die onttrokken is aan het verbod van reizende verkoop (J. Stuyck, *Bepaalde handelspraktijken*, p. 26-27 met bespreking Hof Gent 27.6.1975, R.W., 1975-76, 931; R.P.D.B., *Complément III*, V° Professions ambulantes, nrs. 52-53; Ponnet, A.P.R., *Leurhandel*, nr. 30; W. Rothé, «Article 53 de la Loi sur les pratiques du commerce — definition et principe», noot bij Hof Gent, 24.5.1974, B.R.H., 1975, 567, zie in het bijzonder: blz. 574);

Overwegende dat zolang de wetgever de harmonisering tussen de begrippen 'reizende verkoop' en leurhandel niet heeft bewerkstelligd, in de huidige staat van de wetgeving, de gegeven oplossing onvermijdelijk blijkt;

Overwegende dat appellante zich ondergeschikt op het K.B. van 22 april 1974 beroept, doch art. 1 van dit K.B. zegt dat een 'reizende verkoop' is, 'die welke plaatsheeft in een privé-lokaal, dit is een lokaal dat niet toegankelijk is voor het publiek', terwijl in het kader van de leurwetgeving, de zaal Bart wel moet worden beschouwd als toegankelijk voor het publiek, zodat in casu het probleem van de toetsing of van tegenstrijdigheid van teksten niet relevant is (cf. desbetreffend: R.W., 1975-76, 619; (zie ook nopens dit probleem: Fredericq, *Handboek*, uitg. 1976, I, nr. 449; P. De Vroede, *Handboek van het Belgisch economisch recht*, nrs. 314-319; Evrard en Van Innis, *Chronique de jurisprudence, Les pratiques du commerce* (1971-1977), J.T., 1978, nr. 61 e.v.; noot J. Stuyck, R.W., 1976-77, 1532; noot De Vroede, B.R.H., 1975, 603; De Vroede, *Overzicht rechtspraak Wet op de handelspraktijken 14 juli 1971 (1971-1975)*, T.P.R., 1976, nr. 3, nrs. 147-150);

Overwegende dat de bestreden beslissing dient te worden bevestigd.»

(Voorzitter: de h. Meers-Raadsheren: de hh. Janssens en Van Gelder—Advocaten: mrs. Wellens en Westerlinck—In de zaak: V.Z.W. M. t/ G.)

NOOT—1. Over de ongelukkige bepalingen van de WHP betreffende de reizende verkoop is reeds heel wat inkt gevloeid (zie, buiten de door het hof aangegeven verwijzingen, ook H. SWENNEN en I. VEROUGSTRAETE, «Kroniek van Belgisch economisch recht 1976», S.E.W., 1977, 680-683, waar tevens aandacht besteed wordt aan de voorgenomen hervormingen). Het wordt dringend tijd dat de wetgever orde op zaken stelt. Zoals men weet is art. 1 van het K.B. van 22 april 1974 ondertussen door de Raad van State reeds vernietigd (R.v.S., arrest nr. 18.848, 30 maart 1978, R.W., 1977-78, 2455-2462, met noot van J. STUYCK).

2. Over de noodzakelijke hervormingen willen wij het in deze korte noot niet verder hebben, wel over de wijze waarop het hof zijn oordeel gevormd heeft. Het komt ons voor dat het hof een noodzakelijke schakel in de besluitvorming verwaarloosd heeft. Terecht werd gesteld dat de verkoop in een voor het publiek toegankelijke zaal die niet specifiek bestemd is voor de verkoop, buiten het verbod blijft, wanneer de verkoper een leuderskaart bezit. Om te beoordelen of een plaats toegankelijk is voor het publiek moet men volgens het hof kijken naar het ogenblik van de verkoop. (Anders: Voorz. Kh. Hasselt, 3 juli 1972, B.R.H., 1975, 559-562; Hof Gent, 20 november 1973, R.W., 1974-75, 50-52; P. DE VROEDE, noot bij Voorz. Kh. Antwerpen, 4 februari 1977, B.R.H., 1977, 724-725). Een zaal die voor diverse oogmerken gehuurd kan worden voldoet aan deze voorwaarde. Nu het in casu om zo'n zaal ging, besloot het hof daaruit dat geen inbreuk op het verbod van reizende verkoop werd begaan. Een al te vlug besluit, want opdat de verkoop via het leurhandelsbesluit aan het verbod kan ontsnappen, moet hij tevens plaatsvinden in een lokaal dat «niet specifiek bestemd is voor de verkoop». Het hof heeft aan dit tweede vereiste geen aandacht geschonken. Met name de vraag of de bestemming voor de verkoop «in het algemeen» (in die zin: Hof Gent, 27 juni 1975, R.W., 1975-76, 931-934, met noot van J. STUYCK) dan wel op het ogenblik van de verkoop zelf moet bestaan, wordt nergens beantwoord.

Om het verbod van reizende verkoop te ecarteren had het hof op dit punt moeten aannemen dat men dient te kijken naar de bestemming die het lokaal in het algemeen heeft. Op die wijze construeert men een merkwaardige regel: de toegankelijkheid voor het publiek zou moeten worden beoordeeld op het ogenblik van de verkoop terwijl de verkoopbestemming van het lokaal «in het algemeen» zou moeten worden onderzocht. Als meer logisch komt een interpretatie naar voor die beide begrippen naar objectieve maatstaven beoordeelt, die dus in beide gevallen naar de algemene toestand kijkt (zie de argumenten van P. De Vroede, *t.a.p.*). Toch verdient de — naar wij willen aannemen — impliciete opvatting van het Antwerpse hof nog enig krediet, ofschoon het hof zelf in een van zijn overwegingen deze «onvermijdelijke» oplossing schijnt te betreuren. Het resultaat is immers dat leurhandelaars kunnen beschikken over nuttige faciliteiten voor de uitoefening van hun beroep (verkoop in privé-zalen). Ofschoon hij aan beperkende voorwaarden onderworpen is, is de leurhandel een in België ingeburgerde handelsvorm. Tussen 1972 en 1976 is het aantal leurhandelaars nog opgelopen van 40.899 tot 52.055 personen (C.R.B., *Structuur en recente ontwikkeling van de distributie in België*, oktober 1978, p. 78). Ook wanneer men, zoals de voorgenomen wetwijziging laat aanvoelen, de leurhandel niet gunstig gezind is, blijft de vraag of de bescherming van de «gevestigde» detailhandel zo ver moet reiken. Vanuit het consumentenstandpunt zou eerder een betere controle op de afgifte van leuderskaarten en het als sanctie gebruiken van de intrekking van deze kaarten aanbeveling verdienen. De gevaren voor de consument zijn immers vooral gebonden aan de persoon van de leurder. In dit verband zou bijvoorbeeld kunnen gedacht worden aan een verbruikersvriendelijke revalorisatie van art. 6, 2°, van het K.B. nr. 82 dat de afgifte van leuderskaarten aan «niet rechtshapen» personen verbiedt.

3. Nog een pikant detail. Het hof velt zijn uitspraak onder herhaalde verwijzing naar P. DE VROEDE. Het vonnis waartegen beroep werd ingesteld werd gepubliceerd in B.R.H., 1977, 720-722, met een duidelijk afkeurende noot van dezelfde auteur. Misschien kunnen

rechtstheoretici hieraan enige beschouwingen over de rekbaarheid van de rechtsleer als rechtsbron wijden.

Roger Van den Bergh
Assistent U.I.A.

Hof Antwerpen (5e Kamer), 19 december 1978

Handelspraktijken—Onerlijke mededinging—Schade—Bewijs

Na krachtens art. 55 Wet Handelspraktijken een stakingsbevel te hebben verkregen, leidt appellante een eis in tot schadevergoeding. In eerste aanleg (Kh. Turnhout, 28 april 1977) wordt de schade niet bewezen geacht. In hoger beroep beslist het hof:

«Overwegende dat het feit van de oneerlijke concurrentie en de wijze waarop het geschiedde door geïntimeerde niet kunnen worden betwist;

«Overwegende dat de omvang van de schade hierdoor door appellanten geleden door hen moet bewezen worden; dat appellanten in hun beroepsconclusie toegeven dat zij de juiste omvang van de geleden schade — 'gelet op de aard van de handel, in hoofdzaak, verkoop van deur tot deur aan partikulieren zonder facturen' — hic et nunc niet kunnen bewijzen; dat zij meteen echter hebben aange-toond dat het bewijs van de juiste omvang van de door hen geleden schade niet precies te leveren is, ook niet door een deskundig onderzoek aangezien de nodige basisstukken hiertoe ontbreken;

«Overwegende dat de door appellanten thans ingeroepen regularisatieopgave voor de B.T.W., waaruit zou blijken dat hun omzetcijfer in het litigieus jaar 1974 niet beantwoordt aan het normaal stijgingsritme, als een onvoldoende aanwijzing voorkomt; dat vooreerst niet duidelijk blijkt op welke basis deze regularisatieopgave (een lijst van produkten en cijfers voor 1972 t/m 1975 zonder verwijzing naar de oorsprong hiervan) werd opgesteld en uit het voorgebrachte document van de dienst 'Controle B.T.W.' blijkt dat het opgesteld werd in februari 1977 ingevolge het verlangen van appellanten 'zich in regel te stellen met de desbetreffende (B.T.W.) wetten' en erkennende 'dat de volgende onregelmatigheden werden vastgesteld...'; dat vervolgens appellanten de bewering van geïntimeerde (met verwijzing naar de Statistieken van de Nationale Groepering van Aardappelen-handelaars) niet tegenspreken dat de prijs van de aardappelen in 1974 gevoelig lager was dan die van de andere jaren;

«Overwegende dat evenwel, hoewel de omvang van de door appellanten geleden schade niet precies te bewijzen is, niet kan worden betwist dat hen werkelijk schade werd berokkend; dat immers vaststaat — op grond van het voorgebracht strafdossier en van het proces-verbaal van getuigenverhoor van 10.1.1975 voor de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout gehouden — dat geïntimeerde minstens in de loop van de maanden september en oktober 1974 aardappelen heeft verkocht aan klanten van appellanten op een wijze in strijd met de eerlijke concurrentie; dat vervolgens ook uiteraard vaststaat dat, na de ontdekking van de oneerlijke concurrentie, appellanten zich hebben moeten inspannen om het effect van de handelwijze van geïntimeerde ongedaan te maken bij hun gevestigde klanten en mogelijk bij aspirant-klanten;

Overwegende dat deze onbetwistbare schade slechts naar billijkheid kan begroot worden en namelijk op 20.000 fr.»

(Voorzitter: de h. Meers—Raadsheren: de hh. Janssens en Van Gelder—Advocaten: mrs. Vanhoof loco Belmans en Luyten—In de zaak: B. t/G.)

Corr. Brussel (20e Kamer), 8 september 1977

Cheque — Zonder dekking — Burgerlijke-partijstelling — Ontvankelijk—Voorwaarde.

«Overwegende dat de burgerlijke partij, de N.M.B.S., een som vordert van 23.278 fr., zijnde het bedrag van een ongedekte cheque die op 20 april 1976 door de beklaagde werd uitgegeven;

«dat de vraag naar de ontvankelijkheid van de burgerlijke-partijstelling rijst, aangezien de eis uitsluitend gebaseerd is op de telastlegging van uitgifte van een cheque zonder voldoende dekking;

«dat zowel uit de verklaring van de beklaagde van 10 september 1976 bij de politie te Halle, als uit de verklaring van de politieofficier in het station Brussel blijkt dat de beklaagde koopwaar in het station ging ophalen, dat het betalen ervan vereist was voordat zij ze kreeg en dat zij, om zich de koopwaar te doen overhandigen, een cheque uitschreef ten bedrage van 23.250 fr., wetende dat er geen dekking was op haar rekening;

«dat de uitgifte van de cheque derhalve beslissend is geweest voor de overhandiging van de koopwaar;

«dat de rechtbank, kennis nemend van het feit dat aanleiding geeft tot de toepassing van de strafwet, dient te onderzoeken of dit feit al dan niet de oorzaak is geweest van de geleden schade; dat zulks in casu ontegensprekelijk het geval is;

«dat de eis van de burgerlijke partij derhalve ontvankelijk en gegrond is.»

(Voorzitter: de h. Jans—Rechters: de hh. Lievens en Kesteloot—Advocaten: mrs. Beuselinck loco Martens en Cornelissen loco Van Landuyt—In de zaak: N.M.B.S. t/D).

NOOT—Zie in dit nummer het opstel van A. WINANTS en de noot van D.M. MOONS bij Hof Antwerpen, 10 november 1977.

EUROPEES RECHT

Overzicht van Rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Zaak 151/78 — Sukkerfabrieken Nykøbing Limiteret/Deens Ministerie van Landbouw — prejudiciële zaak — 16 januari 1979.
Gemeenschappelijke ordening der markten in de sector suiker.

Het Deense Højesteret heeft het Hof van Justitie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag verzocht om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van verordening nr. 741/75 van de Raad houdende vaststelling van bijzondere regels betreffende de aankoop van suikerbieten.

Met het oog op de uitlegging moet deze verordening worden onderzocht in de context van de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector suiker. Deze marktordening kent de suikerfabrikanten een basisquotum of A-quotum toe in overeenstemming met de behoeften van de binnenlandse markt, dat vrijelijk kan worden afgezet, met eventueel daarboven, tot een bepaald maximum, het zogenaamde B-quotum, dat eerst na betaling van een produktiehef-fing wordt gelijkgesteld met de suiker van het basisquotum. Alle suiker die boven het maximum wordt geproduceerd, kan echter in geen geval op de binnenlandse markt worden afgezet, doch moet naar derde landen worden uitgevoerd.

De verordeningen gaan ervan uit dat de voordelen voortvloeiende uit de garantie dat zowel het A-quotum als het B-quotum tegen minimumprijzen kunnen worden afgezet, door de suikerfabrikanten aan de bietenproducenten worden doorgegeven. De gemeenschappelijke ordening der markten bevat algemene bepalingen inzake de koop en verkoop van suikerbieten, doch bepaalt tevens duidelijk dat de desbetreffende akkoorden en overeenkomsten — met inachtneming van bedoelde algemene voorschriften — onderworpen blijven aan het overeenkomstenrecht van de betrokken Lid-Staat.

Verzoekster in het hoofdgeding (Sukkerfabrieken) is opgericht als een coöperatieve vereniging, waarvan elk lid verplicht is bepaalde hoeveelheden suikerbieten te verbouwen en de geoogste bieten aan de fabriek te leveren. Daar de bij de toetreding aan Denemarken toebedeelde hoeveelheid te verbouwen bieten groter was dan de voordelen bij nationale wettelijke regeling vastgestelde hoeveelheid, was ook het basisquotum van Sukkerfabrieken groter dan de

hoeveelheid die onder de eerdere nationale wettelijke regeling tegen garantieprijzen kon worden geproduceerd.

Toen er over de verdeling van het basisquorum van Suikerfabriken onenigheid ontstond, meende de Deense regering te moeten ingrijpen. Zulks geschiedde bij beschikking nr. 300 van 20 juni 1975, waarvan de wettigheid door Suikerfabriken voor de bevoegde nationale rechter wordt betwist.

Het Højesteret heeft het Hof van Justitie nu verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen :

A. Is het in overeenstemming met de gemeenschapsverordeningen betreffende de suikermarkt, inzonderheid 's Raads verordening nr. 741/75 van 18 maart 1975, dat bij gebreke van overeenstemming tussen de leden van een als coöperatieve vereniging opgezette suikerfabriek en andere traditionele suikerbietenleveranciers van de fabriek over de verdeling van de hoeveelheden die binnen het basisquorum van de fabriek kunnen worden geleverd, en wanneer er geen desbetreffende afspraken binnen de bedrijfstak bestaan, een Lid-Staat die verdeling vaststelt, of veronderstellen de verordeningen dat de Lid-Staat de verdeling enkel kan vaststellen, wanneer nog andere voorwaarden zijn vervuld dan die welke uitdrukkelijk zijn vermeld in de considerans en in artikel 1, lid 1, van 's Raads verordening nr. 741/75 ?

B. Zo voor het overige is voldaan aan de voorwaarden waaronder de Lid-Staat regels voor de verdeling van het basisquorum kan vaststellen, en deze verdeling niet op niet ter zake doende gronden berust, is het dan in overeenstemming met de communautaire suikerverordeningen, inzonderheid 's Raads verordening nr. 741/75, dat de Lid-Staat een zodanige verdeling tussen de leden en andere traditionele leveranciers van de betrokken onderneming kan vaststellen, dat de bietenleveranciers waartoe de leden ingevolge de statuten van de onderneming gerechtigd of verplicht zijn, niet volledig onder het basisquorum kunnen worden gebracht ?

Het Hof besliste dat artikel 1 van verordening nr. 741/75 van de Raad van 18 maart 1975 houdende vaststelling van bijzondere regels betreffende de aankoop van suikerbieten, ten doel heeft de Lid-Staten te machtigen om, in verband met eventuele belemmeringen die voortvloeien uit de bevoegdheden der Gemeenschappen, om wanneer de voorwaarde van artikel 1 van de verordening in vervulling is gegaan, in overeenstemming met hun nationale wetgeving over te gaan tot verdeling van het recht op levering van suikerbieten binnen het basisquorum van de betrokken suikerfabrikant.

Zaak 110/78 en 111/78 — 1) Openbaar Ministerie — 2) Chambre syndicale des Agents artistiques et Impresarii de Belgique tegen 1) Van Wesemael en Poupaert — 2) Follachio en Leduc — 18 januari 1979 — *Prejudiciële zaak — Vrij verrichten van diensten*

In beide zaken wordt de eerste verdachte verweten dat hij voor het aanwerven van schouwspelartiesten gebruik heeft gemaakt van een in Frankrijk gevestigd bureau voor arbeidsbemiddeling tegen betaling, waarvan de exploitant geen vergunning voor België bezat, en aan de tweede verdachte dat hij in België arbeidsbemiddeling heeft verricht zonder een bureau dat daarvoor in België een vergunning heeft, in te schakelen.

Volgens de Belgische wetgeving is «het drijven van een bureau voor arbeidsbemiddeling tegen betaling voor schouwspelartiesten alleen dan (toegestaan), wanneer de Minister tot wiens bevoegdheid de tewerkstelling behoort een vergunning daartoe verleent», en «tenzij er een overeenkomst van wederkerigheid bestaat tussen België en hun land, (mogen) de buitenlandse bureaus voor arbeidsbemiddeling voor schouwspelartiesten niet plaatsen in België, zonder toedoen van een bureau voor arbeidsbemiddeling tegen betaling, dat houder is van een vergunning.»

De verdachten beroepen zich op onverenigbaarheid van genoemde nationale voorschriften met het Verdrag, daar zij een belemmering vormen van het vrij verkeer van diensten bedoeld in de artikelen 52, 55, 59 en 60.

De nationale rechter heeft het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen gesteld, en wel in de eerste plaats of bureaus voor

arbeidsbemiddeling tegen betaling voor schouwspelartiesten vallen onder de «arbeidsbemiddelingsbureaus» van groep 839 van de internationale CITI-classificatie.

Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend.

De nationale rechter vraagt voorts of het Hof de uitlegging bevestigt dat genoemde arbeidsbemiddelingsbureaus vallen onder de «nog niet geliberaliseerde» groep 842, met andere woorden of deze werkzaamheden zijn geliberaliseerd in de zin van artikel 59 EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van diensten. Uit de woorden «nog niet geliberaliseerd» valt af te leiden dat de nationale rechter uitgaat van de veronderstelling dat liberalisering van deze werkzaamheden ook na de overgangperiode slechts kan worden geacht te zijn verwezenlijkt, voor zover ter zake een gemeenschapsbesluit bestaat.

Het Hof verklaart voor recht dat de vereisten van artikel 59 EEG-Verdrag, die gedurende de overgangperiode geleidelijk moesten worden verwezenlijkt door middel van de in artikel 63 bedoelde richtlijnen, na afloop van bedoelde periode rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing zijn. Deze vereisten betreffende het vrij verrichten van diensten behelzen de afschaffing van iedere discriminatie jegens degene die diensten verricht, op grond van zijn nationaliteit of op grond van het feit dat hij is gevestigd in een andere Lid-Staat dan die waar de prestatie moet worden verricht.

In antwoord op de in deze zaak gestelde vragen besliste het Hof dat, wanneer de uitoefening van de werkzaamheden van een bureau voor arbeidsbemiddeling tegen betaling voor schouwspelartiesten in de staat waar de prestatie is verricht, afhankelijk is gesteld van de afgifte van een vergunning, deze staat van degenen die prestaties verrichten en gevestigd zijn in een andere Lid-Staat, niet mag verlangen dat zij aan deze voorwaarde voldoen, dan wel een bureau voor arbeidsbemiddeling tegen betaling dat een dergelijke vergunning wel bezit inschakelen wanneer de prestatie wordt verricht door een bureau voor arbeidsbemiddeling vallende onder de overheidsinstanties van een Lid-Staat waar het is gevestigd, waar een vergunning is verkregen onder soortgelijke voorwaarden als die welke gelden in de staat waar de dienst wordt verricht, en wanneer zijn werkzaamheden in eerstgenoemde staat aan voldoende toezicht zijn onderworpen ten aanzien van alle bemiddelingswerkzaamheden, ongeacht voor welke Lid-Staat de dienst is bestemd.

BENELUX-RECHT

Verslagen van de 28e jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland

De achtentwintigste jaarvergadering van de leden en genodigden van de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland vond ditmaal plaats in den Haag.

Nadat de Belgische voorzitter prof. van Hecke, het betreurd heengaan van raadsheer Trousse, lid van de Vereniging, in herinnering had gebracht, werd in drie afzonderlijke afdelingen over de aan de orde staande onderwerpen druk gediscussieerd.

Hierna volgen de rapporten van deze drie afdelingen die respectievelijk werden genoteerd en uitgebracht door mr. J.A.B. Janus uit Amsterdam, mr. A.J. Machielsen uit Maarssebroek en mr. D.Y. Binschoten uit Amsterdam.

Verslag afdeling Staatsrecht

Onderwerp : Ministeriële verantwoordelijkheid en ministeriële verantwoording

Preadviseurs : R. Senelle en C.H.F. Polak

In de eerste plaats zijn de strafrechtelijke en de civielrechtelijke verantwoordelijkheid aan de orde gekomen. Zowel in de grondwet van België als in die van Nederland zijn bepalingen opgenomen dat

de civielrechtelijke en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de ministers en de staatssecretarissen worden geregeld bij wet. In België bestaan op het ogenblik dienaangaande geen wettelijke bepalingen, terwijl in Nederland aan de grondwettelijke opdracht wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid betreft is voldaan bij de wet van 22 april 1855.

In beide grondwetten is met betrekking tot de vervolging en de berechting van ministers en staatssecretarissen een speciale procedure neergelegd. De Belgische en de Nederlandse regelingen komen op sommige punten overeen, op andere daarentegen verschillen zij. In Nederland geldt de speciale procedure slechts ten aanzien van ambtsmisdrijven, terwijl in België deze bijzondere procedure geldt voor alle delicten, welke de bewindslieden tijdens hun ambtsperiode hebben begaan.

In België gaat het initiatief tot vervolging uit van de Kamer van Volksvertegenwoordigers. In Nederland gaat het initiatief tot vervolging uit van hetzij de Koning, hetzij de Tweede Kamer. In beide landen staan zij terecht voor de hoogste rechtsinstantie; in België voor het Hof van Cassatie en in Nederland voor de Hoge Raad. Hoger beroep is niet mogelijk, hetgeen de vraag doet opwerpen of dit niet in strijd is met artikel 14, vijfde lid, van het VN-verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, waarin wordt gesteld dat een vonnis moet kunnen worden onderworpen aan een 'higher tribunal'. In België zijn de misdrijven die specifiek behoren tot het ministerieel ambt niet als misdrijven omschreven in de strafwetten en is het uiteindelijk het Hof van Cassatie dat het misdrijf a posteriori kwalificeert. In Nederland zijn de specifieke ambtsmisdrijven ten aanzien van ministers en staatssecretarissen opgesomd in het Wetboek van Strafrecht. In België is de civielrechtelijke verantwoordelijkheid niet nader in de wet geregeld, in Nederland is dit zeer gedeeltelijk geschied. Voor België houdt dit ingevolge de Grondwet in dat een vordering slechts kan worden ingesteld bij het Hof van Cassatie na verkregen verlov van de Kamer van Volksvertegenwoordigers.

Naast de hierna te bespreken politieke verantwoordelijkheid werd het bestaan van een speciale strafrechtelijke verantwoordelijkheid en van bijzondere procedure-regels juist geacht. Het laatste om ministers en staatssecretarissen te beschermen tegen lichtvaardige aanklachten door politieke tegenvoeters. Het eerste omdat wanneer een minister een ambtsmisdrijf begaat, zoals het niet uitvoeren van een wet om iemand te bevoordelen, ten aanzien van hem niet enkel de politieke verantwoordelijkheid, maar ook de strafrechtelijke verantwoordelijkheid tot gelding moet kunnen worden gebracht.

Met betrekking tot de politieke verantwoordelijkheid zijn verschillende vraagstukken aan de orde gekomen. Wanneer gesproken wordt over politieke verantwoordelijkheid dient onderscheid gemaakt te worden tussen het afleggen van verantwoording en de vraag of naar aanleiding daarvan een sanctie moet volgen. Verantwoording afleggen betekent het verschaffen van inlichtingen en uitleg. Verantwoording kan ook worden gevraagd met betrekking tot aanlegenheden waarbij een minister niet persoonlijk betrokken is geweest, hetgeen ook vaak gebeurt.

Volgens menig lid overschrijdt de ministeriële verantwoording het kader van de verantwoording aan het parlement. De verantwoording via de massamedia zorgt ervoor dat het beleid voor de gewone burger meer verstaanbaar is.

De vraag of naar aanleiding van een verantwoording een sanctie moet volgen (het verantwoordelijk stellen) kan slechts in het parlement aan de orde komen. Sommige leden hebben er trouwens op gewezen dat het overlaten van de beantwoording van die vraag aan anderen dan parlementsleden een gevaarlijke zaak zou zijn. Tussen politieke verantwoordelijkheid enerzijds en burgerrechtelijke en strafrechtelijke verantwoordelijkheid anderzijds bestaat geen vaste samenhang.

Volgens sommige leden is de minister verantwoordelijk ook wanneer hem geen schuld treft of hij persoonlijk geen bemoeienis heeft gehad met de zaak. Hij is derhalve verantwoordelijk voor de foute handelingen van zijn ambtenaren. Hij hoeft de foute handelingen niet goed te praten, maar hij is er wel verantwoordelijk voor. De «schuld»-vraag is derhalve niet relevant voor het verantwoordelijk stellen van een minister en het staat het parlement vrij zijn vertrouwen in de minister op te zeggen.

Volgens andere leden veronderstelt het invoeren van de verantwoordelijkheid een verband tussen de gewraakte handelingen of feiten en de minister. De Kamers zouden zich aan bepaalde normen moeten houden bij de beoordeling ervan. Zij dienen zich namelijk af te vragen welke de bevoegdheden zijn van de minister en welke zijn praktische mogelijkheden tot optreden waren. De omvang van de verantwoordelijkheid strekt zich even ver uit als de bevoegdheden van een minister. Dit betreft zowel zijn doen, als zijn nalaten.

Gesteld werd dat het instituut van de ministeriële verantwoordelijkheid, dat eertijds goed heeft gewerkt en een van de beste middelen voor een toereikende controle is geweest, niet meer bevredigend werkt omdat het overbelast raakt. Hoe langer hoe meer zaken worden hieronder gebracht. Aan de ministers worden steeds meer vragen gesteld. Parlement en ministers, die zich op de eerste plaats zouden moeten bezighouden met het algemene beleid en de algemene problemen, houden zich te veel bezig met individuele problemen. Het gehele vraagstuk zou structureel bekeken moeten worden.

Als mogelijke remedies worden voorgesteld:

1. het op ruimere schaal creëren van zelfstandige bestuursorganen met een apart verantwoordingsmechanisme, b.v. een door het parlement aangestelde raad van commissarissen. Sommigen menen dat de instelling van dergelijke organen ongunstig zou werken en voor het minder belasten van de ministeriële verantwoordelijkheid weinig soelaas zouden bieden. Ministers zijn immers politiek gevoeliger voor kritiek dan ambtenaren en wanneer het echt fout gaat zal de minister toch ter verantwoording geroepen worden;

2. het aanstellen van een ombudsman voor de individuele problemen, hetgeen voor parlement en regering een belangrijke ontlasting zou betekenen.

Sommige leden zien in de toenemende vervanging van de individuele verantwoordelijkheid door de collectieve verantwoordelijkheid een verzwakking van het verantwoordelijkheidsbeginsel. Een kabinet zendt men immers minder snel weg dan een afzonderlijke minister.

Bij de beoordeling van de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid moet nog rekening worden gehouden met enkele verschilpunten in de politieke situatie in België enerzijds en Nederland anderzijds. Zo beschikt in België de minister over een kabinet van persoonlijke medewerkers, dat hem van politiek advies dient over hetgeen hem door de administratie (d.i. het gewone ambtelijke apparaat) wordt voorgelegd. In Nederland beschikt een minister niet over zo'n kabinet, hoogstens over een enkele politieke adviseur, en behoort het tot de taak van de beleidsambtenaren de minister niet slechts «technisch» maar ook politiek van advies te dienen.

In België heeft de politieke verantwoording en verantwoordelijkheid tegenover de politieke partijen en hun besturen, die samengesteld zijn uit parlementariërs en niet-parlementariërs, veel meer betekenis dan in Nederland, waar het de Tweede Kamerfractie is die het politieke zwaartepunt vormt. Zo is in Nederland de voorzitter van de Tweede Kamerfractie de politieke leider van zijn partij, terwijl dit in België de partijvoorzitter is.

(Het preadvies van mr. C.H.F. Polak wordt opgenomen in de eerste aflevering van de 33e jaargang (1979) van Bestuurswetenschappen)

Verslag afdeling Strafrecht

Onderwerp: *Vergelijkend onderzoek naar enige dwangmiddelen tijdens de opsporing.*

Preadviseurs: A. Vandeplas en J.J. H. Suyver

Door beide preadviseurs zijn aan de afdeling strafrecht vijf vragenpunten voorgelegd:

1. Verdient het aanbeveling de regeling van de dwangmiddelen tijdens de opsporing in het Wetboek van Strafvordering zoveel mogelijk uit te bouwen en aan te passen aan moderne ontwikkelingen, ofwel moet de voorkeur worden gegeven aan het telkenmale afzonderlijk regelen in bijzondere wetten? De verspreiding van de bevoegdheden tot het gebruik van dwangmiddelen over verschillende wetten, en de verscheidenheid daar aangetroffen in voorwaarden, gronden en competenties w.b. de toepassing van die dwangmiddelen,

gaven de afdeling aanleiding tot bezorgdheid. Zowel in België als in Nederland bleek er sprake te zijn van een wildgroei van speciale regelingen in de bijzondere wetgeving, met alle onzekerheid en onoverzichtelijkheid van dien voor de opsporingsambtenaren en de burger. Een zekere uniformering van de regeling der dwangmiddelen werd voor de toekomst gewenst geoordeeld, en zulks bleek ook het streven van het Nederlandse Ministerie van Justitie. Over de mate en vorm van deze uniformering werd uitgebreid van gedachten gewisseld. Er werd door verscheidene aanwezigen gepleit voor een uniforme basisregeling, een soort beginselverklaring waarop slechts doordachte uitzonderingen gemaakt zouden mogen worden. Het Wetboek van Strafvordering zou zo een basisregeling behoren te bevatten; de waarborgende functie van dit wetboek wordt immers steeds beklemtoond, en bovendien is het, historisch gezien, de originele catalogus der dwangmiddelen. Maar men zal er toch niet aan kunnen ontkomen naast dit algemene stelsel andere in het leven te roepen of te handhaven, hoezeer beperkt ook.

Anderzijds werd er op gewezen, dat vérgaande uniformering weer het gevaar van een proliferatie van bijzondere dwangmiddelen in afzonderlijke wetten zou kunnen creëren. De relatie van het Wetboek van Strafvordering tot de Wet Economische Delicten werd in dit licht als een gelukkige verhouding van algemeenheid tot verbijzondering gekenschetst. Een dergelijke manier van verbijzondering werd geoordeeld er waarschijnlijk wel toe in staat te zijn de wetgever af te houden van het scheppen van nog meer afzonderlijke regelingen omtrent de dwangmiddelen.

Uitgebreid werd er gediscussieerd over de relaties tussen controlebevoegdheden en bevoegdheden in het kader van de opsporing, tussen preventieve en repressieve politie, en over het oneigenlijk gebruik van controlebevoegdheden; hieronder dient te worden verstaan het gebruik van controlebevoegdheden ten behoeve van de opsporing. Ook de voortgezette werking kwam aan de orde; in hoeverre mag een dwangmiddel, terzake van een concrete verdenking aangewend, de opsporing initiëren van andere voordien verborgen strafbare feiten? Er werd op gewezen dat controlebevoegdheden i.h.a. van redelijk recente datum zijn, dat zij vaak buiten het Wetboek worden aangetroffen en in zekere zin een ruimere werking hebben dan de opsporingsbevoegdheden. De laatste veronderstellen een vermoeden van een strafbaar feit en een verdachte, controlebevoegdheden kunnen zich richten tot eenieder, of tot een bepaalde categorie van personen. Bovendien kunnen in het kader van de controle gemakkelijker verplichtingen aan de gecontroleerde worden opgelegd, dan in het kader van de opsporing aan de verdachte.

Bedenkingen bleken te bestaan tegen het formuleren van algemene regels omtrent de controlebevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering, zo een dergelijke formulering al opportuun mocht zijn. Het Wetboek van Strafvordering leek niet de aangewezen plaats om deze bevoegdheden, die immers spelen in het voorportaal der opsporing, te regelen.

Aangegeven werd dat het oneigenlijk gebruik van controlebevoegdheden bestaat bij de gratie van de combinatie van opsporings- en controlebevoegdheden in één ambtenaar. De mogelijkheid werd geopperd aan met toezicht belaste ambtenaren de opsporingsbevoegdheden te ontnemen en te introduceren het instituut van de injunctie, d.w.z. waarschuwing met daaruit voortvloeiende zorgplicht, welke veronachtzaming na verloop van een termijn een strafbaar feit oplevert.

Men was het er wel over eens dat er, tussen controle en opsporing een feitelijk verband bestaat, welk feitelijk verband ook de wetgever van het Wetboek van Strafvordering lijkt te hebben erkend. lichaamsdelen verstaan. In Nederland daarentegen dekt de uitdruk-

2. Dienen regels omtrent de «veiligheidsfouillering» te worden ontworpen? De «veiligheidsfouillering» bleek in België als een aan de opsporing inherente evidentie te worden gezien en werd tot voor kort ook in Nederland beschouwd als gerechtvaardigd door een ongeschreven politienorm. Contestatie van deze praktijk in Nederland lijkt de behoefte aan een regeling in deze te hebben doen groeien. Als bezwaarlijk aan zo een regeling werd geoordeeld, dat er een bevoegdheid extra gepositieerd wordt ten behoeve van opsporingsambtenaren, welke regeling zou derogeren aan de bepalingen die in

het Wetboek van Strafvordering de fouillering van de verdachte met veel waarborgen omringen. Uiteindelijk bleek de afdeling van mening, dat een bijzondere regeling van de «veiligheidsfouillering» slechts bij dringende noodzakelijkheid gerealiseerd zou moeten worden.

3. Kan een gelijkvormige bepaling van 'onderzoek aan het lichaam' worden gevonden door het Nederlandse en het Belgische strafrecht?

Wat onder «onderzoek aan het lichaam» in België en Nederland wordt verstaan bleek niet geheel te congrueren. In België wordt bijzonder acht geslagen op het aspect der seksuele eerbaarheid en wordt onder het onderzoek aan het lichaam een visitatie der intieme kleding een ruimere lading, zodat bijv. een onderzoek in de mondholte geacht wordt een onderzoek aan het lichaam te zijn, waar zulks in België beheerst wordt door de regels omtrent de fouillering.

Aangezien de onderscheiden regelingen in beide landen blijken te voldoen, zag de vergadering onvoldoende redenen te trachten een gelijkvormige bepaling op te stellen.

4. Dienen (nadere) regels te worden ontworpen voor het aftappen van telefoongesprekken?

Het af luisteren van telefoongesprekken werd door de vergadering als een ingrijpende maatregel gezien, die dienovereenkomstig met waarborgen omringd diende te worden. In Nederland kent het Wetboek van Strafvordering een aparte Afdeling waarin het aftappen van telefoongesprekken is geregeld. Door sommige Nederlandse deelnemers werd betreurd dat door een bepaalde juridische subtiliteit het af luisteren nooit aan de abonnee of aan de verdachte meegegeeld behoeft te worden. Hiermee wordt bedoeld de mogelijkheid dat in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek tegen onbekende verdachte(n), dank zij het aftappen van telefoons, de identiteit van verdachte(n) bekend wordt, en dat daarop niet onverwijld een nadere vordering ex art. 181, lid 3, Wetboek van Strafvordering wordt ingediend, maar krachtens art. 237 Wetboek van Strafvordering de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek wordt bewerkstelligd, waarna dan een nieuw gerechtelijk vooronderzoek wordt gevorderd tegen een (dank zij het af luisteren) bekende verdachte. Op deze manier komt de verdachte nooit te weten dat in een eerder gerechtelijk vooronderzoek telefoongesprekken, waaraan hij vermoed werd deel te nemen, zijn afgeluisterd, omdat de processen-verbaal daaromtrent niet behoren tot de processtukken van het gerechtelijk vooronderzoek tegen hem als bekende verdachte, van welke processtukken hem op een bepaald tijdstip de kennisneming niet meer mag worden onthouden ingevolge art. 33 Wetboek van Strafvordering. De Nederlandse preadviseur stelde een legaliseren van deze praktijk ter discussie.

Het werd wenselijk geoordeeld, dat de bevoegdheden inzake het aftappen, die nu nog bij uitsluiting aan de rechter-commissaris toekomen, zouden worden opgedeeld tussen de rechter-commissaris en raadkamer, met dien verstande dat de rechter-commissaris bij gemotiveerde beschikking het verlof tot aftappen zou kunnen geven voor een beperkte aanvangstermijn, terwijl het de uitsluitende bevoegdheid van de raadkamer zou zijn de aftapping voor daaropvolgende perioden bij gemotiveerde beschikking toe te staan.

In België bleek er geen overeenstemming te bestaan over de vraag of en in hoeverre het aftappen van telefoongesprekken toelaatbaar is, hetgeen niet belet, dat het in de praktijk reeds zou zijn toegepast. De gelijkenis met het briefgeheim werd opgeworpen. De Belgische deelnemers bleken de mening te zijn toegedaan dat deze materie wettelijke regeling behoeft. Daaromtrent bleek er al een wetsvoorstel te bestaan aan de hand van minister Vanderpoorten. De voorzitter stelde daarop enige voorwaarden voor die aan het aftappen van telefoongesprekken gesteld zouden moeten worden; er zou sprake zijn van een ernstig misdrijf; slechts de onderzoeksrechter en niet de procureur des Konings zou bevoegd worden gemaakt worden het aftappen te bevelen bij gemotiveerde beschikking (waarbij werd opgemerkt dat de Belgische onderzoeksrechter een uitgebreider onderzoeksbevoegdheid heeft dan de Nederlandse rechter-commissaris; het bevel van de onderzoeksrechter zou slechts voor een bepaalde duur gelden (bv. 8 dagen), welke duur slechts door de raadkamer zou kunnen worden verlengd na verloop van deze termijn. T.a.v. de mededeling aan de abonnee, dat zijn telefoon gedurende

enige tijd is afgetapt geweest, bestond geen eenstemmigheid. De Belgische aanwezigen, en ook enige Nederlandse, achtten deze mededeling noch noodzakelijk, noch opportuun, en meenden zelfs dat deze mededeling een schadelijke uitwerking zou kunnen hebben. Andere Nederlandse aanwezigen bleken de mening te zijn toegedaan dat van toepassing van een dergelijk ernstig dwangmiddel, dat bovendien niet eens de verdachte behoeft te treffen, de betrokkene uiteindelijk niet onkundig zou mogen blijven.

5. Dienen de regels van het strafvorderlijk beslag nader te worden gedefinieerd? In de vergadering werd opgemerkt dat de uitdrukking «nadere definiëring» wellicht beter vervangen zou kunnen worden door het woord «herzien», omdat in beide landen uitgebreide regelingen bestaan. Overigens bleken deze regelingen duidelijk van elkaar te verschillen, zowel wat bevoegdheden betreft, als wat de voor inbeslagneming vatbare voorwerpen betreft. De Belgische onderzoeksrechter bleek uitgebreider bevoegdheden te hebben dan de Nederlandse rechter-commissaris; de Nederlandse praeadviseur kwalificeerde de in het Wetboek van Strafvordering toegekende bevoegdheden tot inbeslagneming als uiterst krap, zeker buiten heterdaad. Het accent betreffende deze inbeslagneming ligt in Nederland bij de rechter-commissaris en zou meer moeten verschuiven naar de opsporing.

W.b. de voor inbeslagneming vatbare voorwerpen bleek dat in België niet zoals in Nederland voor inbeslagneming vatbaar is, hetgeen uit het resultaat van de misdaad nadien is gekocht.

De Nederlandse regeling daarentegen kent weer problemen bij de inbeslagneming onder derden te goeder trouw, i.v.m. art. 2014 BW.

Het heeft de afdeling aan tijd ontbroken dit punt verder te behandelen. Uit de discussie bleek, dat de bestaande regelingen op verschillende punten zouden kunnen worden verbeterd. Bijvoorbeeld werd zowel van Belgische als van Nederlandse zijde de wens uitgedrukt, dat de regeling van het strafvorderlijk beslag buiten heterdaad in het Nederlands recht verder zou worden uitgediept.

(De preadviezen worden later gepubliceerd).

Verslag afdeling Privaatrecht

Onderwerp: *Verkeersaansprakelijkheid en verzekering.*

Preadviseurs: *L. Schuermans en D. Simoens voor België en P. Clausing voor Nederland.*

De bespreking wordt begonnen met de behandeling van enige vraagpunten betreffende de w.a.m. zoals deze van kracht is op dit ogenblik.

a. Moet de dekking wat verzekerd bedrag betreft, zoals de huidige Belgische w.a.m. eist, onbeperkt zijn, behoudens eventueel ten aanzien van stoffelijke schade veroorzaakt door brand of ontploffing?

De Belgische leden zien geen noodzaak om het Belgische systeem te wijzigen, aangezien zelfs de verzekeraars geen ernstige bezwaren hebben en het systeem overigens goed voldoet.

De Nederlandse leden zijn niet geporteerd voor een onbeperkte dekking maar zouden wel graag het plafond verhoogd zien.

b. Is het wenselijk dat de Belgische w.a.m. en de Nederlandse w.a.m. een zoveel mogelijk uniforme dekking voorschrijven wat betreft het te verzekeren w.a.-risico?

De vergadering beantwoordt deze vraag bevestigend en beveelt een nader onderzoek aan naar de verschilpunten zoals bijvoorbeeld m.b.t. het risico van aanhangwagens e.d. Daarbij zou aan de orde moeten komen de regeling in het geval van een ongeval veroorzaakt tijdens joy-riding. Naar Nederlands recht dekt de w.a.m.-verzekering van de auto de eventuele aansprakelijkheid van joy-riders. Naar Belgisch recht wordt deze schade niet gedekt aangezien in het Belgisch Wetboek van Strafrecht joy-riding gelijk is gesteld aan diefstal. De gelaedeerde kan zich dan tot het waarborgfonds wenden, maar dit behoeft — anders dan in Nederland — slechts de personenschade te vergoeden. De vergadering acht het gewenst dat het Waarborgfonds in België zowel de personenschade als de zaakschade vergoedt.

c. Moet de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van bestuurders, verzekeringsnemers, eigenaar (in Nederland), andere verzekeren (in België) en die van bepaalde familieleden uit te sluiten met externe werking vervallen?

De vergadering pleit voor het laten vervallen van deze mogelijkheid (behalve eventueel ten aanzien van bepaalde zaakschaden). In Nederland wordt door de verzekeraars slechts in zeer beperkte mate gebruik gemaakt van deze mogelijkheid; in België geschiedt dit wel, maar daar heeft een verzekeringsnemer vaak tevens een inzettenden-verzekering afgesloten.

d. Moet de rechtstreekse actie van de benadeelde krachtens art. 6 mogelijk zijn tegen de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt, terwijl de verzekering niet in alle opzichten voldoet aan de vereisten van de w.a.m.?

Zonder lange discussie kan de vergadering deze vraag, die in Nederland speelt t.a.v. rijbewijsverzekeringen e.d., bevestigend beantwoorden.

e. Van welke aard moet een schadeveroorzakend feit bij een ongeval waarbij een motorvoertuig betrokken is, zijn, wil de aansprakelijkheid door de w.a.m. gedekt worden?

In het algemeen wil men stellen dat er sprake moet zijn van een verband met het verkeer; of en in hoeverre dat verband in concreto moet worden aangenomen is een vraag van feitelijke aard.

In de namiddag ontpint zich een zeer geanimeerde discussie naar aanleiding van een tweetal vraagpunten welke handelen over de wenselijkheid en mogelijkheid van een ander stelsel van vergoeding van verkeersschade dan het huidige. De kernvragen waren:

1. Voldoet het schuldbeginnsel om ethische redenen, om praktische redenen, dan wel om beide niet meer als grondslag voor een aansprakelijkheidssysteem?

2. Ervan uitgaande dat het schuldbeginnsel op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid in ieder geval met betrekking tot personenschade dient te worden afgeschaft en een systeem van vergoeding van personenschade ten behoeve van alle slachtoffers van het gemotoriseerd verkeer moet worden ingevoerd, moet dan gekozen worden voor:

a. een systeem van risico-aansprakelijkheid gecombineerd met een verplichte w.a.-verzekering voor motorrijtuigen?

b. een systeem van verkeersverzekering?

c. inbouw van het vergoedingssysteem in het stelsel van sociale verzekering?

Wat de ethische overwegingen betreft om het schuldbeginnsel al dan niet ten grondslag te leggen aan de aansprakelijkheid, kan de vergadering niet tot overeenstemming komen. Enerzijds werd het belang van het schuldvereiste benadrukt in verband met de preventieve werking, anderzijds de gedachte dat het risico dat inherent is aan het verkeer kollektief moet worden gedragen. Toch is om praktische redenen (kosten uitvoering) verandering van het huidige systeem in ieder geval gewenst voor de regeling van personenschade (voor zaakschade zou dit anders kunnen liggen). De doelstelling dat ieder verkeersslachtoffer zijn personenschade op zo bevestigend mogelijke wijze dient vergoed te krijgen, spreekt de deelnemers van de vergadering aan.

Daaromtrent werden twee voorstellen geformuleerd:

I. Slachtoffers van een ongeval waarbij gemotoriseerd verkeer betrokken is, hebben ter zake van het ongeval tot een bepaald maximum recht op een uitkering, ofwel afhankelijk van het inkomen, ofwel volgens een bepaalde norm. Een en ander behoudens opzet van het slachtoffer. Daarnaast blijft een actie mogelijk op grond van de gewone aansprakelijkheidsregeling. Het bestaan van een dergelijke verzekering zal het aantal procedures doen verminderen. Bij een vordering die niet meer belooft dan het maximum, speelt de eigen schuld van het slachtoffer dus geen rol.

De overgrote meerderheid van de aanwezigen ziet in de grondgedachte van dit voorstel een verbetering ten opzichte van het bestaande stelsel.

II. Slachtoffers hebben recht op vergoeding van hun schade tot een bepaald maximum als in het vorige voorstel. Daarbuiten bestaat geen aansprakelijkheid van de veroorzaker voor schade toegebracht in het verkeer; het excedent moet het slachtoffer zelf dragen of zelf verzekeren.

Aangaande dit voorstel is de vergadering verdeeld in twee gelijke kampen.

Van Belgische zijde werd geopperd om hiernaast een zaakschade het daar al functionerende zgn. r.d.r.-systeem in te voeren (eigen verzekeraar vergoedt de schade aan de gelaedeerde, gebaseerd op bepaalde normen en schema's; verdere afwikkeling vindt plaats tussen de verzekeraars volgens tussen hen geldende afspraak).

Indien naast een nieuw in te voeren systeem met een bepaald maximum de normale aansprakelijkheid blijft bestaan, dan is de vergadering van mening dat in het algemeen een omkering van bewijslast voor die gevallen wenselijk zou zijn. Men laat nog open of deze omkering algemeen dient te zijn of alleen ten behoeve van niet-gemotoriseerde slachtoffers zoals nu in Nederland het geval is (het Belgisch recht kent geen regeling overeenkomend met art. 31 w.v.w.).

3. Dit punt valt in twee vragen uiteen :

a. moeten, wanneer voor de totaal te vergoeden schade bij een ongeval een maximum verzekerd bedrag geldt, en dat bedrag wordt overschreden ter zake van een ongeval, de vorderingen tot vergoeding van inkomensschade en van schade wegens het derven van levensonderhoud tot een bepaalde grens voorrang verkrijgen boven de vorderingen tot vergoeding van verdere soortgelijke en andere schade ?

b. moeten, indien er zolang het regresrecht van de uitvoeringsorganen sociale verzekering en van de overheid niet wordt afgeschaft, de vorderingen van verkeersdeelnemers en hun nabestaanden voorrang verkrijgen boven de vorderingen van anderen op de w.a.m.-verzekeraar ?

Deze vragen zijn vooral van belang voor het Nederlandse recht wegens het daar geldende maximum verzekerd bedrag. Dienaangaande is men het erover eens, dat het slachtoffer voor zijn personenschade prioriteit dient te genieten boven de regresnemende uitkeringsorganen bij de verdeling van het bedrag dat betaald wordt ter vergoeding van de geleden schade. Van Belgische zijde wordt nog uitdrukkelijk gesteld dat wanneer de veroorzaker van de schade niet voor het geheel aansprakelijk is, regresnemende instellingen niet de mogelijkheid moeten hebben de aansprakelijke persoon voor meer aan te spreken dan het bedrag waartoe de aansprakelijke persoon jegens het slachtoffer zelf bij afwezigheid van dergelijke uitkeringsorganen gehouden zou zijn.

Zeer algemeen zou men dit als volgt kunnen schematiseren :

- personenschade gaat voor zaakschade.
- eigen schade gaat voor regresschade.
- personenschade tot het maximum van de verkeersverzekering gaat voor de excedentvordering.

4. In de vergadering komt ook aan de orde de vraag of de w.a.m. al dan niet beperkingen moet stellen aan de mogelijkheid dat de verzekeraar voor bepaalde gevallen een regresrecht bedingt tegenover verzekeringsnemer en/of verzekerde voor door hem uitbetaalde schadevergoedingen ; zou regres bijvoorbeeld alleen moeten worden toegelaten in geval van opzet en grove schuld. De vergadering komt niet tot een duidelijke conclusie, maar voelt in beginsel wel voor enige wettelijke beperkingen.

(De preadviezen zijn gepubliceerd in Tijdschrift voor Privaatrecht, 1978, nr. 4, 1011-1142).

Ter vervanging van enkele leden werden advocaat-generaal Vandeplass en prof. Lambrechts respectievelijk verkozen tot lid van de afdeling Strafrecht en van de afdeling Staatsrecht en van de Vereniging.

Meteen werd een afspraak gemaakt voor de volgende jaarvergadering te Antwerpen op 23-24 november 1979. Als thema's zullen behandeld worden : De Parastatale administratie, Het Strafbevel en ten slotte de Rechtsfiguren van Rechtsverwerking en afstand van Recht.

Marcel Storme
Secretaris Belgische Sectie

MEDEDELINGEN

De werkzaamheden van Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in 1978

Het Hof heeft in 1978 97 arresten gewezen, waarvan 20 betrekking hadden op rechtstreekse beroepen (ambtenarenzaken niet meegerekend), 62 op prejudiciële zaken en 15 op ambtenarenzaken.

Daarnaast heeft het Hof één uitspraak krachtens artikel 103, derde alinea, EGA-Verdrag gedaan en heeft de president van het Hof 7 beschikkingen in kort geding gewezen.

Het aantal aanhangig gemaakte zaken is in 1978 aanzienlijk toegenomen tot 268 zaken (1977 : 158).

Van deze 268 nieuwe zaken golden 15 beroepen wegens niet-nakoming van verdragsverplichtingen door de Commissie ingesteld tegen een Lid-Staat, 3 beroepen van Lid-Staten tegen de Commissie, 1 beroep tussen Lid-Staten, 104 beroepen van natuurlijke of rechtspersonen tegen de Raad of de Commissie, 22 ambtenarenzaken en 123 prejudiciële zaken.

Ondanks een dusdanig zwaarbelaste rol heeft de gemiddelde procesduur in 1978 de gebruikelijke termijnen niet overschreden. In rechtstreekse beroepen was de gemiddelde procesduur iets meer dan 9 maanden, in prejudiciële zaken gemiddeld 6 maanden (rechterlijke vakanties inbegrepen).

Alternatieve strafrechtelijke sancties in Nederland

Het Nederlands Ministerie van Justitie heeft zo pas het interim-rapport «Dienstverlening» van de Commissie alternatieve sanctie doen publiceren.

Deze in 1974 ingestelde Commissie houdt zich onder voorzitterschap van mr. J. van Andel bezig met het zoeken naar alternatieven voor de (korte) onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

Geïnspireerd door de Engelse Community Service Order heeft de commissie thans voorstellen ontwikkeld voor het houden van experimenten met een Nederlandse equivalent van de CSO : de dienstverlening.

Onder dienstverlening, die eventueel als alternatieve afdoening van een strafbaar feit zou kunnen worden ingevoerd, verstaat de commissie het verrichten van werkzaamheden voor een bepaalde duur en in een bepaald verband. Die werkzaamheden moeten voldoen aan een aantal vereisten. De belangrijkste daarvan zijn :

- Het werk moet als zinvolle maatschappelijke dienstverlening kunnen worden beschouwd.
- Het moet worden verricht te samen met anderen die soortgelijk werk vrijwillig of in een normaal dienstverband verrichten.
- Het moet in vrije tijd kunnen worden verricht in de normale maatschappelijke omgeving.

Omdat de commissie het niet juist acht reeds thans tot een definitief oordeel te komen of dienstverlening een aanvaardbaar alternatief voor de onvoorwaardelijke gevangenisstraf kan zijn, heeft zij besloten voor te stellen met twee modellen van dienstverlening te experimenteren binnen de mogelijkheden van de bestaande wetgeving.

Eén model, in het interimrapport het *vrijwillige model* genoemd, is de dienstverlening in de fase van het voorbereidend onderzoek van een strafzaak. In dit geval sluit de verdachte een overeenkomst tot dienstverlening met de reclassering. De overeenkomst wordt aan de officier van justitie voorgelegd. Wanneer deze met het voorstel tot dienstverlening kan instemmen, ziet hij onvoorwaardelijk af van vervolging. Het niet of niet volledig nakomen van de dienstverleningsovereenkomst kan voor de betrokkene niet leiden tot voortzetting van de strafvervolging. Bij recidive kan evenwel met een niet of een gedeeltelijk voltooide dienstverlening rekening worden gehouden.

Naast experimenten met het vrijwillige model zal ook worden geëxperimenteerd met een zogenaamd *verplicht model*. Dienstverlening volgens dit model vindt plaats in het kader van «uitstel van vonniswijzing». Dat wil zeggen dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting een zorgvuldig voorbereid dienstverleningsvoorstel aan de rechter wordt voorgelegd. In dat geval zou de rechter in de gedachte van de commissie het onderzoek kunnen schorsen teneinde over de persoon van de verdachte nader te worden geïnformeerd door middel van een verslag over het verloop van de dienstverlening. Na afloop daarvan kan de rechter al naar gelang de resultaten zijn eindvonnis geven. Een schuldigverklaring zonder toepassing van straf — een van de voorstellen in het ontwerp van Wet vermogenssancities (kamerstuk 15012) — zou een passend sluitstuk kunnen vormen op dit verplichte model van dienstverlening.

De experimenten zouden in een klein aantal — twee of drie — arrondissementen gehouden moeten worden en vanaf het begin wetenschappelijk moeten worden begeleid. Hierbij denkt de commissie aan inschakeling van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie. Na een periode van twee jaren vanaf het daadwerkelijke begin van de experimentele toepassing van de dienstverlening zal de commissie aan de hand van de ervaringen eventueel voorstellen doen tot definitieve invoering van de alternatieve sanctie dienstverlening.

Een belangrijk gedeelte van het interimrapport bestaat uit de beschouwingen van twee leden van de commissie, prof. mr. L.H.C. Hulsman en prof. mr. G.E. Mulder. Zij hebben vanuit hun visie op het strafrecht en op de strafrechtstoepassing criteria ontwikkeld, waaraan de wenselijkheid van invoering van dienstverlening getoetst moet worden. Mede aan de hand van deze beschouwingen heeft de commissie haar eigen criteria ontwikkeld. Te samen met die van Hulsman en Mulder, waarover binnen de commissie geen eenstemmigheid kon worden bereikt, zullen deze, behalve bij de toetsing van de wenselijkheid van invoering, ook gehanteerd worden bij de evaluatie van de resultaten van de ervaringen die met de experimentele toepassing van de dienstverlening opgedaan zullen worden.

Herziening rechterlijke organisatie in Nederland

Bij koninklijk besluit van 1 april 1976 werd een Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie ingesteld. Haar taak bestaat o.m. in het adviseren van maatregelen om de organisatie van de rechtspraak in ruime zin, daaronder begrepen de samenstelling van de rechterlijke macht, zo te vernieuwen dat de rechtspleging aangepast zal zijn aan de huidige maatschappelijke omstandigheden en inzichten.

Met ingang van 1 januari 1979 heeft mr. H.E. Ras zijn functie van voorzitter van deze Staatscommissie neergelegd. Hij is opgevolgd door mr. C.J. Van Zeven, lid van de Raad van State. Mr. Ras, vice-president van de Hoge Raad der Nederlanden, heeft sinds de instelling van de Staatscommissie in 1976 het voorzitterschap vervuld. Zijn opvolger, geboren in 1927, begon zijn loopbaan in 1955 als wetenschappelijk assistent bij de rijksuniversiteit te Utrecht. In 1957 trad hij in dienst van het Ministerie van Justitie, waar hij o.a. belast was met werkzaamheden in het kader van de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Na in 1962 rechter-plaatsvervanger in Rotterdam te zijn geworden, werd mr. Van Zeven in 1963 benoemd tot rechter in de Rotterdamse rechtbank. In 1971 volgde zijn benoeming tot hoogleraar in het burgerlijk recht aan de rijksuniversiteit te Utrecht. Hij werd toen tevens raadsheer-plaatsvervanger in het Haagse gerechtshof.

In 1978 werd mr. Van Zeven benoemd tot staatsraad.

BERICHTEN

Tijdschrift voor Privaatrecht
Vijftienjarig Bestaan - Gent 16 maart 1979

Ter gelegenheid van het vijftienjarig bestaan van het Tijdschrift voor Privaatrecht vindt een academische zitting plaats op 16 maart 1979 om 17 uur in de academieraadzaal van de Rijksuniversiteit te Gent, Volderstraat.

De feestrede wordt gehouden door de heer W.L. Haardt, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en oud-hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden. Als onderwerp koos de eminente spreker 'Familierecht op drift'.

Na de zitting biedt de Rechtsfaculteit van de R.U.G. de aanwezigen een receptie aan.

Gilbert Mullieprijs voor Landbouwwetenschap Vijfjaarlijkse periode 1975-1979

Deze prijs, ten bedrage van 200.000 F, heeft tot doel de aanmoediging van de landbouwwetenschappen in de ruimste zin van het woord, met inbegrip van de toegepaste natuurwetenschappen, de techniek, de bedrijfsleer, de economie, de sociologie, de rechtswetenschap en de geschiedenis.

Hij wordt door het hoofdbestuur van de Belgische Boerenbond toegekend op advies van een commissie, bestaande uit onafhankelijke geleerden, door het voormelde hoofdbestuur aangesteld.

De uiterste datum voor de inlevering van de werken is 31 december 1979. De belanghebbenden kunnen mededeling van het reglement en alle nadere inlichtingen bekomen bij de Algemene Diensten van de Belgische Boerenbond, Postbus 101, 3000 Leuven.

Veertiende Vlaams Wetenschappelijk Economisch Congres

Op 30 en 31 maart 1979 vindt te Brussel op de Campus van de V.U.B. het veertiende Vlaams Wetenschappelijk Congres plaats met als thema: «Inkomens- en vermogensverdeling».

Er werden zeven afdelingen opgericht, onderverdeeld in dertien commissies.

Het coördinatie-secretariaat is gevestigd te 1000 Brussel, Pachecolaan 44 (Gemeentekrediet van België), tel. 02/219.32.00/1305 (algemeen coördinator G. Van Daele).

Contacten tussen rechtsfaculteiten en verzekeringsondernemingen

In een vorig nummer werd de doorlopende voordrachtencyclus aangekondigd die door de vereniging der verzekeringsjuristen A.J.A. in samenwerking met verschillende rechtsfaculteiten en met de steun van de Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen wordt georganiseerd.

De inleidende voordracht van het eerste semester 1979 werd gehouden op 20 februari 1979 door ridder Rutsaert, emeritus eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, die de Tunc-theorie vanuit verschillende aspecten belichtte.

De volgende voordrachten, die doorgaan in het Huis der Verzekeringen, De Meeussquare 29, 1040 Brussel, worden gehouden telkens om 17.30 u, op 12 maart, 13 april, 7 mei en 31 mei 1979.

Behandeld worden: «De la directive européenne sur l'assurance vie» door G. Levie, hoofdadministrateur bij de afdeling verzekeringen van de E.E.G. Commissie; «De verzekering en het internationaal privaatrecht» door L. Schuermans, docent aan de Universitaire Instelling Antwerpen; «Les incertitudes relatives à la nature juridique de l'assurance dite caution» door Y. Pouillet, assistant van de Rechtsfaculteit te Namen; «L'interprétation des contrats d'assurance en droit belge» door E. Causin, assistant aan de Facultés Universitaires St. Louis te Brussel.