

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

DE ANONIEME GETUIGE

I. Inleiding

Niet zelden rijzen thans in het strafproces problemen omdat getuigen wel een verklaring wensen af te leggen, doch anoniem willen blijven.

Deze problemen manifesteren zich vooral in twee gevallen. Getuigen worden geconfronteerd met bedreigingen van de kant van de verdachte. Wat dit betreft kan verwezen worden naar de manier waarop de georganiseerde misdaad thans optreedt. Er wordt op geen mensenleven meer of minder gekeken. Ook kan gealludeerd worden op de wijze van afrekening met wat in het milieu onder verraad wordt verstaan¹. Het geheel uitsluiten van het bewijsmateriaal geput uit een anonieme getuigenverklaring zou een premie zijn op het intimideren van getuigen, voor wier veiligheid de justitie niet kan instaan². Een tweede geval betreft meer specifiek het optreden van een politieambtenaar of infiltrant. In bepaalde gevallen is de opsporing of het infiltreren in het milieu een moeizaam en tijdrovend werk. Het prijsgeven van de ware identiteit van de politieambtenaar of van de infiltrant zou dan ook betekenen dat hij niet langer kan worden ingezet bij de opsporing of de infiltratie³.

De gevallen waarin een getuige anoniem wenst te blijven, moeten worden onderscheiden van de anonieme mededelingen die in zeer veel gevallen de aanleiding tot het opsporingsonderzoek vormen. De anonieme tip is dan slechts het vertrekpunt van een onderzoek. Het is uit het daaropvolgend onderzoek dat bewijsmiddelen zullen worden aangebracht tegen de verdachte⁴. De rechtspraak heeft tegen het gebruik van deze tips nooit enig bezwaar gemaakt⁵. Zonder

die mededelingen zou het werk van de politie vrijwel onmogelijk zijn. Ook de rechtsleer ziet geen bezwaar tegen het gebruik van anonieme tipgevers, tenminste als het spel eerlijk wordt gespeeld, dit wil zeggen als de tipgever de politie slechts op het spoor van de verdachte heeft gezet zonder in de zaak zelf een rol te hebben gespeeld⁶. Robert Legros heeft meer dan dertig jaar terug gewezen op het onderscheid met de anonieme getuigenis die als bewijsmiddel (mee) dient tegen de verdachte. Voor de uitkomst van het strafgeding kan het van belang zijn dat de naam van de anonieme getuige voor de verdachte wordt onthuld⁷, terwijl dat niet van belang is bij een anonieme mededeling die maar het vertrekpunt is van een onderzoek.

Enkele jaren terug hadden we reeds de kans in dit tijdschrift het te hebben over de door de politie anoniem gehoorde getuige, vooral uit het oogpunt van de geheimhouding van de identiteit van de getuige door de politieoverheden⁸. Sedertdien heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk aangenomen dat de politieofficier, wanneer hij als getuige voor de rechter verschijnt en aldaar overeenkomstig artikel 80 Sv. de gehele waarheid moet zeggen, in het belang van de criminaliteitsbestrijding en ter wille van het recht op persoonlijke gaafheid van de informant, diens naam mag verzwijgen, wanneer deze zulks bedongen heeft, en de politieambtenaar, die het beding heeft aangenomen in geweten oordeelt die naam te moeten verzwijgen⁹.

Thans zouden we het willen hebben over de vraag of een onderzoeksrechter een getuige anoniem mag verhoren. Dat probleem kwam uitdrukkelijk ter sprake in de procedure die aanleiding heeft gegeven tot het cassatiearrest van 8 november 1983 (*Pas.*, 1984, I, nr. 138).

¹ H. NIJBOER, «Kanttekeningen bij het rapport 'De bedreigde getuige'», *Recht en kritiek*, 1984, 80.

² Noot Th. W.v.V. onder H.R. 4 mei 1981, *N.J.*, 1982, 1022.

³ H. DE BAENE, *De anonieme getuige*, scriptie voor het behalen van de titel van licentiaat in de Criminologische Wetenschappen aan de R.U.G., Academiejaar 1983-84, pp. 63-64.

⁴ *Idem*, p. 65.

⁵ Cass., 26 maart 1926, *Pas.*, 1926, I, 310; Luik, 26 juni 1979, *Jur. Liège*, 1979, 306; Corr. Marche-en-Famenne, 18 februari 1954, *J.T.*, 1954, 593.

⁶ E. MIJER, «Dient de wetgever beperkingen te stellen t.a.v. de wijze van het verkrijgen van door de rechter in strafzaken te hantieren bewijsmiddelen», *Handelingen van de Nederlandse Juristen-vereniging*, 1982, 151 en 168.

⁷ Noot R. LEGROS onder Corr. Marche-en-Famenne, 18 februari 1954, *J.T.*, 1954, 593.

⁸ Gent, 14 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 240, met noot.

⁹ Cass., 10 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 546, *Pas.*, 1978, I, 515.

Uit het oogpunt van de verdachte is er weinig verschil tussen een getuige die anoniem gehoord wordt door de politie of door een onderzoeksrechter. In beide gevallen komt de mogelijkheid van tegenspraak in het gedrang. Daarom zijn bepaalde argumenten op gelijkmatige wijze te hanteren in de twee hypothesen. Toch verschilt de positie van een door de politie anoniem gehoorde getuige zowel in rechte als in feite van de toestand van een door een onderzoeksrechter op dezelfde wijze gehoorde getuige.

In rechte is er allereerst een verschil in de eis van het nauwkeurig opmaken van het proces-verbaal van verhoor. De artikelen 73 tot 78 Sv. bevatten een aantal vormvoorschriften aangaande het getuigenverhoor door de onderzoeksrechter, waarop verder zal worden ingegaan. Daarentegen wordt in het Wetboek van Strafvordering geen algemeen overzicht gegeven van de ambtsverrichtingen van de gerechtelijke politie zowel wanneer ze optreedt tijdens een opsporingsonderzoek als tijdens een gerechtelijk onderzoek. Men vindt er enkel de bijzondere ambtsbevoegdheden van de gerechtelijke politie in geval van betrapting op het misdrijf aangegeven, overigens op een onvolledige wijze¹⁰. Er bestaan bijgevolg geen vormvoorschriften m.b.t. het verhoor van getuigen door de politie, wat meebrengt dat het verzamelen van informatie uit de mond van anonieme zeggenden door de politie niet contra legem is. Een tweede verschil is dat de getuige verplicht is om buiten een hem toekomend recht op geheimhouding verbonden aan bepaalde beroepen te antwoorden op de vragen van de onderzoeksrechter (artikel 80 Sv.), terwijl deze verplichting niet bestaat bij een verhoor door de gerechtelijke politie¹¹.

In feite moet er ook een onderscheid worden gemaakt naargelang de opsteller van het proces-verbaal van verhoor van de getuige een opsporingsambtenaar dan wel een onderzoeksrechter is. Is de opsteller de onderzoeksrechter, dan houdt zijn rechterlijke functie een grotere waarborg in voor de betrouwbaarheid van de wijze waarop de anonieme verklaring in het proces-verbaal is opgenomen¹². Omdat de onderzoeksrechter zoals de cassatierechter het duidelijk omschrijft als onafhankelijke rechter tot taak en plicht heeft het gerechtelijk onderzoek zowel à charge als à décharge te doen¹³, zal zijn proces-verbaal van een anoniem verhoor meer overtuigende kracht hebben dan een soortgelijk proces-verbaal vanwege de politie¹⁴⁻¹⁵.

¹⁰ J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, 2e druk, p. 305. Zie ook R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, II, nrs. 376 en 380.

¹¹ J. HOFFLER, *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, nr. 210.

¹² H. DE BAENE, o.c., p. 86.

¹³ Cass., 4 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1006.

¹⁴ A.C. 't HART, «De positie van de R.C. in strafzaken tussen rechtspraak en beleid», in *Strafrecht in balans, Opstellen aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, vooral pp. 90-94.

¹⁵ Het lijkt ook niet uitgesloten dat een onderzoeksrechter de beweegredenen van de door de politie op anonieme wijze gehoorde getuige op hun deugdelijkheid wil onderzoeken en om deze redenen overgaat tot het verhoor van de betrokkene onder beding van geheimhouding van zijn identiteit.

II. Het cassatiearrest van 8 november 1983

Het ging ter zake om een procedure wegens diefstal door middel van geweld of bedreiging met de omstandigheid dat de diefstal werd gepleegd door twee of meer personen en dat wapens of op wapens gelijkende voorwerpen werden gebruikt of getoond.

Een persoon werd, na aan de politie een verklaring te hebben afgelegd, door de onderzoeksrechter, met inachtneming van de voorwaarde dat hij anoniem zou blijven, onder eed verhoord. Deze persoon zei een verklaring te willen doen uit burgerplicht, omdat voor hem een dief een moordenaar is, en getuigenis te kunnen geven omdat hij woonachtig is op de vluchtweg van de daders. Deze persoon verklaarde verder de verdachte te kennen omdat hij hem regelmatig gezien had in een café, en hij voegde eraan toe goed bij zicht te zijn en geen enkele reden te hebben om te spreken uit wraak. De onderzoeksrechter had (waarschijnlijk in het proces-verbaal van verhoor) laten opmerken dat de getuige hem betrouwbaar voorkwam en een persoon op leeftijd was, die hem een rustige en bezadigde indruk gaf. De getuige verklaarde de verdachte te herkennen als een van de daders op hun vluchtweg na de postoverval.

De beklagde, die een omstandig gemotiveerde conclusie voor de rechters in hoger beroep had neergelegd, werd tot een gevangenisstraf van drie jaar veroordeeld. Hij verzag zich vervolgens in cassatie. Zijn cassatiemiddelen vormen een formidabele aanloop voor een arrest dat weliswaar de veroordeling casseert, doch louter wegens formele redenen. Beslist wordt dat het bestreden arrest niet regelmatig gemotiveerd is omdat het een bij conclusie omstandig gevoerd verweer verwerpt, zonder de redenen waarop het is gegrond te beantwoorden. De rechters in hoger beroep hadden niet geantwoord op het omstandig gemotiveerd verweer van beklagde door louter te affirmeren dat de verdrags- en wetsbepalingen en het recht van verdediging niet werden geschonden.

Ook de rechters naar wie de zaak na cassatie verwezen werd, spraken zich niet uit over de rechtmatigheid van het anoniem verhoor van de getuige. Ze achtten dat de telastlegging niet bewezen was gebleven door het onderzoek ter terechtzitting en dat er ter zake twijfel bestond die beklagde ten gunste moest komen.

De rechtmatigheid in het geldend recht van het anoniem verhoor van de getuige door de onderzoeksrechter blijft dus onbeantwoord.

III. De buitenlandse rechtspraak

Het is opvallend vast te stellen dat de vraag van de rechtmatigheid van het horen van anonieme getuigen door een rechter die met onze onderzoeksrechter kan worden vergeleken thans in de rechtspraak aan bod komt in talrijke landen van West-Europa.

A. De Nederlandse rechtspraak

Alvorens de rechtspraak van de Hoge Raad te bespreken is het nodig te wijzen op enkele bepalingen uit het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, dat een doorgedreven vorm van tegenspraak in het gerechtelijk vooronderzoek huldigt.

Overeenkomstig artikel 216 N. Sv. beëdigt de rechter-commissaris de getuige indien er naar zijn oordeel gegrond vermoeden bestaat dat de getuige niet op de terechtzitting zal kunnen verschijnen. In een dergelijk geval nodigt de rechter-commissaris de officier van justitie, de verdachte en de raadsman tot bijwoning van het verhoor uit, tenzij, aldus artikel 187 N. Sv., het belang van het onderzoek geen uitstel van het verhoor gedooft. Een dubbele vraag hierbij is enerzijds of onder onmogelijkheid waarop in de artikelen 187 en 216 wordt bedoeld, niet slechts fysieke overmacht is te verstaan maar ook bv. het geval van de getuige die reden heeft represailles te vrezen, en anderzijds of buiten het geval van spoedeisendheid bepaald in artikel 187 N. Sv. in fine de verdachte en diens raadsman steeds de bevoegdheid hebben bij het verhoor aanwezig te zijn. Geldt met name ook bij het verhoor bedoeld in artikel 187 N. Sv. dat de raadsman bevoegd is de verhoren bij te wonen, voor zover het belang van het onderzoek dit naar het oordeel van de rechter-commissaris niet verbiedt¹⁶?

Ten tweede moet verwezen worden naar de artikelen 190 en 221 N. Sv. Artikel 190 N. Sv. bepaalt dat de rechter-commissaris de verdachten, getuigen en deskundigen o.m. naar naam en voornaam vraagt. Voorts bepaalt artikel 221 N. Sv. naast de plicht van de getuige te verschijnen ook een plicht van een verklaring af te leggen, tenzij hij zich aan het geven van getuigenis kan verschonen (artt. 217-219 N.Sv.). In geval van weigering kan de getuige door de rechter-commissaris in gijzeling worden gesteld. Vraag is of de wet aldus de rechter-commissaris niet verplicht de getuige naar diens personalia te vragen en of de getuige verplicht is op een dergelijke vraag te antwoorden.

Ten slotte moet erop gewezen worden dat de Hoge Raad het beroep van een politieman op verschoning heeft afgewezen¹⁷. Wel kan de rechtbank een vraag door een partij gedaan om de identiteit van een informant te onthullen overeenkomstig artikel 288 N. Sv. beletten¹⁸.

Het eerste arrest van de Hoge Raad m.b.t. de rechtmatigheid van het verhoor door de rechter-commissaris van een anonieme getuige betrof een zaak waarin de bewezenverklaring mede berustte op een proces-verbaal van een getuigenverhoor door de rechter-commissaris, waarin een persoon die bang was voor represailles van de verdachte zelf of van diens vrienden, zijn naam niet prijs wilde geven. Daarom vond het verhoor buiten de aanwezigheid van de verdachte en van diens raadsman plaats. De anonieme getuige verklaarde te hebben gezien dat de verdachte een persoon had bedreigd door met een pistool vanaf de straat door een ruit naar binnen in een pand te schieten. Na het

verhoor had de rechter-commissaris de verdediging in de gelegenheid gesteld opgave te doen van aan de getuige te stellen vragen. De raadsman was daarop ingegaan en de rechter-commissaris had een nieuw verhoor afgenomen, waarin de getuige de vragen van de verdediging beantwoordde. In cassatie werd erover geklaagd dat door voor het bewijs het bedoeld proces-verbaal te laten medewerken, de appelrechters het recht van de verdachte en van zijn raadsman een getuige vragen te stellen of aan de rechter-commissaris vragen op te geven die zij gesteld wilden zien, werd geschonden. De advocaat-generaal Haak meende dat het cassatiemiddel feitelijke grondslag miste omdat uit het dossier kon worden opgemaakt dat de raadsman wel in de gelegenheid was gesteld geweest aan de rechter-commissaris vragen op te geven, van welke gelegenheid de raadsman ook gebruik had gemaakt. Dit belette hem niet wat hij noemde een ambtshalve ontboezeming ten beste te geven waarin hij het verhoor van een anonieme getuige een zeer bedenkelijk verschijnsel noemde omdat een terrein wordt betreden «dat zozeer indruist tegen het systeem der wet, tegen het principe van de onmiddellijkheid, dat onder omstandigheden kan worden gezegd, dat hier gebruik wordt gemaakt van een onwettig bewijsmiddel. Het is een kwestie van belangenafweging», waarbij Haak van mening is, «dat het belang van de verdachte bij de controlebaarheid en de openbaarheid van het bewijs uiteindelijk zwaarder weegt». Haak signaleerde nog dat men in strijd zou kunnen komen met artikel 6, § 3, d, E.V.R.M. en met artikel 14, § 3, c, Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en dat het beginsel van de «equality of arms» geweld wordt aangedaan, wanneer men ten laste van de verdachte gebruik gaat maken van anonieme getuigenverklaringen neergelegd in een proces-verbaal van verhoor door de rechter-commissaris. De Hoge Raad stond echter minder afwijzend dan zijn advocaat-generaal tegenover het gebruik van een anonieme getuigenverklaring. Het hoogste Nederlandse rechtscollege oordeelde dat, indien al feitelijk zou vaststaan dat de raadsman niet overeenkomstig artikel 187 N. Sv. in de gelegenheid werd gesteld het getuigenverhoor bij te wonen, zulks voor de rechters geen beletsel behoeft te vormen om met inachtneming van de behoedzaamheid welke bij de waardering van de overtuigende kracht van zodanig bewijsmiddelen geboden is, het proces-verbaal van dat getuigenverhoor voor het bewijs te bezigen¹⁹.

In zijn tweede arrest, dat van 4 mei 1981, liet de Hoge Raad over zijn standpunt nog minder twijfel bestaan. In deze procedure had de rechter-commissaris een verhoor onder eed afgenomen van een persoon van wie de naam en verdere persoonlijke gegevens hem bekend waren, doch die uit vrees voor represailles, welke vrees gegrond werd geacht, onbekend wilde blijven. Deze persoon bevestigde zijn vroegere anonieme verklaring gedaan voor de politie, waarbij hij stelde in een café tot tweemaal toe gezien te hebben dat tien tot vijftien personen in ongeveer drie uur tijd heroïne kwamen kopen van twee personen die hij middels de zogenaamde confrontatiespiegel herkende. De advocaat-generaal Biegman-Hartogh had minder last met de procedure dan haar collega Haak, wat haar niet belette ook een

¹⁶ In negatieve zin: E. MIJER, o.c., *Handelingen N.J.V.*, 1982, 130; H. NIJBOER, «De anonieme informant als getuige in het strafproces», *Recht en kritiek*, 1980, 412, noot 5; T.M. SCHALKEN, «Anonieme getuige-arrest», *A.A.*, 1981, 711-718, waarbij hij terugkomt op zijn vroegere opvatting uiteengezet in, «De strafrechter en de anonieme getuige», in *Beginselen, Opstellen aangeboden aan G.E. Mulder*, Arnhem, Gouda Quint, 1981, pp. 325-343.

¹⁷ H.R., 17 maart 1981, *N.J.*, 1981, 382.

¹⁸ J.J.I. VERBURG, *Het beroepsgeheim naar Nederlands recht*, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland voor de jaarvergadering van 23 en 24 november 1984, pp. 63-65.

¹⁹ H.R., 5 februari 1980, *N.J.*, 1980, 319, noot Th. W.v.V.

ambtshalve ontboezeming ten beste te geven, waarin ze bekende «van mening te zijn dat het beginsel van 'equality of arms' heel aardig is bij sport en spel, maar niet thuis hoort op het gebied van de Nederlandse strafvordering, waar andere beginselen om afweging vragen». In deze procedure was de raadsman niet de gelegenheid geboden om vragen op te geven die hij gesteld wenste te zien. Dat belette de Hoge Raad niet te herhalen dat, indien al feitelijk zou vaststaan dat het verzuim de verdachte en de raadsman overeenkomstig artikel 187 N. Sv. in de gelegenheid te stellen het verhoor bij te wonen is begaan, zulks geen beletsel behoefde te vormen om met inachtneming van de behoedzaamheid die bij de waardering van de overtuigende kracht van bewijsmiddelen geboden is, het proces-verbaal tot het bewijs te bezigen²⁰.

Twee arresten van 25 september 1984 geven ten slotte een aanwijzing over wat onder die behoedzaamheid moet worden verstaan.

In het eerste geval werd een persoon door de rechter-commissaris zonder opgave van zijn naam verhoord in een procedure wegens een gewapende roofoverval. Deze getuige verklaarde uit vrees voor represailles onbekend te willen blijven. Hij zei van de daders de feiten te hebben vernomen. De daders hadden hem gegevens verstrekt over de buit, waarvan hij een deel zelf gezien had. Deze getuige was door de rechter-commissaris een tweede maal verhoord nadat vragen gesteld door de verdediging waren binnengekomen. Opgemerkt dient te worden dat in deze zaak de rechter-commissaris zelf ook niet op de hoogte was van de identiteit van de door hem gehoorde getuige en dat een politie-speurhond de inmiddels gearresteerde verdachte had aangewezen als degene van wie een ter plaatse achtergelaten schroevendraaier afkomstig is. Er moet nog worden gemeld dat een andere anonieme getuige alleen door de politie en niet ook door de rechter-commissaris was gehoord. De Hoge Raad nam aan dat de feitenrechter de vereiste behoedzaamheid aan de dag had gelegd nu aannemelijk was geworden, met name door de verklaringen van de rechter-commissaris en de hoofdinspecteur van gemeentepolitie ter terechtzitting in hoger beroep, dat beide anoniemi, die hun verklaringen op eigen initiatief afgelegd hadden, een betrouwbare respectievelijk redelijk betrouwbare indruk hadden gemaakt op deze functionarissen. De Hoge Raad merkte ook op dat de feitenrechter hierbij mede had laten wegen het onderling verband en de samenhang tussen de verklaringen van die anoniemi en het verband met de andere bewijsmiddelen, met name die, welke betrekking hadden op de vóór de ingang van de plaats der feiten gevonden schroevendraaier²¹.

In het tweede geval oordeelde de Hoge Raad daarentegen dat de feitenrechter niet voldoende behoedzaam was geweest bij het bezigen van anonieme getuigenverklaringen. De bewezenverklaring van verstrekken van heroïne berustte in deze zaak uitsluitend op dergelijke anonieme verklarin-

gen. Er was geen schroevendraaier gevonden en er had geen speurhond goede diensten bewezen. In casu had de rechter-commissaris en de politie respectievelijk twee en een (al dan niet dezelfde) anoniem gebleven persoon verhoord. De verdediging had ter terechtzitting voor de feitenrechter betoogd dat er behalve de behoedzaamheid die in het algemeen reeds in acht dient te worden genomen bij het gebruik maken van verklaringen van anonieme getuigen, in deze zaak extra voorzichtigheid geboden was, aangezien de anonieme informanten zelf heroïneverslaafden waren en wellicht voor het verstrekken van de informatie werden beloond. De Hoge Raad kwam tot vernietiging van de uitspraak, niet omdat een veroordeling op uitsluitend anoniem gebleven getuigenverklaringen is uitgesloten, maar omdat de feitenrechters anders dan in het ander geval, niet uitdrukkelijk hadden gereageerd op het gevoerd verweer, dat het aldus verkregen bewijsmateriaal niet mocht worden gebezigd²²⁻²³.

B. De Franse en Duitse rechtspraak

Artikel 103 van het Franse Wetboek van Strafvordering bepaalt net als artikel 75 Sv. in België dat de getuigen voor de onderzoeksrechter de eed afleggen dat zij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zullen zeggen. De onderzoeksrechter vraagt ze hun naam, voornamen, leeftijd, staat, beroep, woonplaats, of zij dienstbode, bloedverwant of aanverwant van de partijen zijn en in welke graad. Van de vragen en antwoorden der getuigen wordt melding gemaakt.

Voorts moet worden vermeld dat artikel 109 F. Sv. zoals artikel 80 Sv. de getuigen verplicht te verschijnen, maar die bepaling is explicieter wat betreft de verplichting te getuigen dan artikel 80 Sv. Ten slotte moet erop gewezen worden dat het artikel 77 van de Code d'instruction criminelle van 1808, waarbij bepaald wordt dat de vormen voorgescreven voor het verhoor voor de onderzoeksrechter in acht worden genomen op straffe van boete tegen de griffier en van het verhaal op de rechter tegen de onderzoeksrechter, indien daartoe grond bestaat, niet werd opgenomen in de Code de procédure pénale van 1958²⁴.

Het Franse Hof van Cassatie heeft onlangs bij arrest van 26 juni 1984 geoordeeld dat, wanneer de onderzoeksrechter de getuigenis van een persoon die weigert uit vrees voor represailles zijn identiteit kenbaar te maken, in een proces-verbaal opneemt en deze persoon verhoort ondanks het anoniem karakter van zijn verklaringen, het proces-verbaal van dit verhoor niet bestaand is en uit het dossier moet worden geweerd²⁵. Tien jaren terug had het Hof van Beroep te Bourges in dezelfde zin geoordeeld dat het proces-

²² H.R., 25 september 1984, *N.J.*, 1985, 427, noot Th. W.v.V. Zie ook H.R., 11 juni 1985, *N.Jb.*, 1985, 951, waarvan de samenvatting het echter niet mogelijk maakt te stellen dat de anonieme getuige door een rechter-commissaris werd gehoord.

²³ Over uitspraken van feitenrechters in Nederland zie Hof 's-Gravenhage, 7 januari 1983, *N.J.*, 1983, 423, *Advocatenblad*, 1983, 332, noot B. WISMAN, en Rb. Zutphen, 19 maart 1981, *N.J.*, 1981, 545, noot G.E.M.

²⁴ *Encyclopédie Dalloz, Droit pénal*, III, tw. «Témoïn», nr. 90.

²⁵ Cass. crim., 26 juni 1984, *Gaz. Pal.*, van 20-21 maart 1985.

²⁰ H.R., 4 mei 1981, *N.J.*, 1982, 268, noot Th. W.v.V. Over afweging van belangen zie ook H.R., 19 maart 1985, *N.Jb.*, 1985, 753, waar het verzoek tot het horen van een politie-informant wordt afgewezen mede wegens het belang van het opsporingsonderzoek in andere mogelijk nog lopende strafzaken.

²¹ H.R., 25 september 1984, *N.J.*, 1985, 426, noot Th. W.v.V.

verbaal van verhoor onder eed van een persoon die anoniem wil blijven, opgesteld door de onderzoeksrechter een handeling is aangetast met een volstrekte nietigheid wegens het ontbreken van een van de essentiële elementen voor zijn geldigheid, namelijk de opgave van de identiteit van de gehoorde getuige. Ook in dat geval werd het proces-verbaal uit de debatten geweerd²⁶.

De Franse doctrine spreekt zich ogenschijnlijk in dezelfde richting als de rechtspraak uit²⁷.

De rechtspraak van het Bundesgerichtshof, dat de functie van cassatierechter in de Duitse Bondsrepubliek vervult, heeft in de jaren 1979-1981 de indruk gewekt dat het gebruik in het bewijs van het anoniem verhoor van een getuige niet verboden was door de Strafprozesordnung (St PO). Hierbij moet rekening worden gehouden met de Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, die als beginsel van het bewijsrecht in Duitsland geldt. Het verhoor van een getuige mag niet worden vervangen, aldus artikel 250 St PO, door de voorlezing van processen-verbaal van een vroeger verhoor of door een schriftelijke verklaring. Op dit principe gelden enkele uitdrukkelijk omschreven uitzonderingen, waardoor onder bepaalde voorwaarden rechterlijke verhoren wel mogen worden voorgelezen en onder nog strengere voorwaarden ook politieverhoren en schriftelijke verklaringen (art. 251 St PO).

Welnu, de «Senat für Strafsachen» van het Bundesgerichtshof achtte allereerst dat het voorlezen van het verhoor door de politie of van persoonlijke schriftelijke verklaringen van een anonieme getuige toegelaten was wanneer de weigering de identiteit van de getuige te onthullen niet willekeurig of ongegrond blijkt. Wel werd vereist dat de rechter ten gronde de eruit gehaalde bewijsmiddelen grondig onderzocht en afwoog en dat steeds nagegaan werd of geen andere mogelijkheid bestond om de getuige alsnog voor het gerecht te brengen zonder hem gevaar te doen lopen of toch een verhoor door een «beauftragte oder ersuchte Richter» te laten plaatsvinden, wat qua bewijswaarde een graad hoger staat dan een politieverhoor. Aangenomen werd dat het verhoor van een anonieme getuige door deze rechter, die met onze onderzoeksrechter kan worden vergeleken, buiten de aanwezigheid van de verdachte en zijn raadsman kan plaatsvinden omdat artikel 224 I.2 St PO toelaat aan de verdediging geen bericht te laten geworden van het verhoor wanneer het vervolg van het onderzoek door deze mededeling in gevaar zou worden gebracht. Wel moet aan de verdediging de mogelijkheid worden geboden om via de «vernehmende Richter» vragen aan de getuige te stellen²⁸.

Deze eerste indruk werd nog versterkt door een arrest van het Bundesverfassungsgericht van 26 mei 1981 dat oordeelde dat het recht van de beklaagde op een eerlijk proces in principe niet geschonden is door het verhoor van een anonieme zagsman. Wel werd door de constitutionele rechter aangenomen dat de beperkte betrouwbaarheid van dit bewijsmiddel bijzondere eisen stelt qua beoordeling en motivering van het bewijs: andere elementen moeten de anonieme verklaringen bevestigen en de rechters moeten bewust zijn van de beperktheid van dit bewijsmiddel²⁹.

De «Große Senat für Strafsachen» van het Bundesgerichtshof brak plotseling op 17 oktober 1983 met het naar voren gebrachte standpunt van de Strafsenat. Duidelijk werd gesteld dat artikel 68 St PO, waarbij bepaald wordt dat de rechter de getuigen o.m. naar hun naam en woonplaats vraagt, zowel voor de verhoren ter terechtzitting als voor de verhoren door de met onze onderzoeksrechter gelijk te stellen rechter geldt. Weliswaar mag tengevolge van de wetwijziging van 5 oktober 1978 de getuige in geval van gevaar voor hemzelf of voor een andere persoon zijn woonplaats verzwijgen, doch die wetwijziging heeft het niet mogelijk gemaakt dat de naam van een getuige geheim wordt gehouden. Even duidelijk wordt beslist dat artikel 244 I. 2 St PO weliswaar wel toelaat geen bericht van het rechterlijk verhoor aan de verdediging te geven, doch dat die wetbepaling het niet mogelijk maakt de verdediger bij het verhoor uit te sluiten. Als de verdediger op een andere wijze verneemt dat er een verhoor zal plaatshebben heeft hij het recht aanwezig te zijn. De «Große Senat» achtte daarentegen wel mogelijk: het verhoor van een getuige met gesloten deuren, de verwijdering van de beklaagde tijdens het verhoor van de getuige en de verplaatsing van de terechtzitting wegens veiligheidsredenen³⁰.

IV. De rechtspraak van Straatsburg

De Europese Commissie heeft verschillende malen de conformiteit van het gebruik van de verklaring van een anonieme informant of getuige met het E.V.R.M. moeten onderzoeken, zonder dat het precies ging om een anonieme getuigenverklaring voor een onderzoeksrechter of een daarmee gelijk te stellen rechter.

Het eerste geval betrof een procedure waarin een Oostenrijkse rechtbank als getuigen twee ambtenaren van de Oostenrijkse veiligheidsdienst had gehoord. Deze ambtenaren hadden inlichtingen verstrekt afkomstig van een niet nader geïdentificeerde ambtenaar van een Duitse veiligheidsdienst uit München. De getuigen hadden van hun overheid toelating verkregen om op bepaalde feiten getuigenis af te leggen, maar mochten niet de identiteit van de buitenlandse ambtenaar bekend maken. De Europese Commissie oordeelde dat artikel 6, § 3, d, geen onbeperkt recht aan de beklaagde verleent om getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en dat het dus ter zake niet geschonden was. Deze beslissing berustte op twee redenen. Ener-

²⁶ Bourges, 5 december 1974, *Dall.*, 1975, Somm., 55, *J.Cl.P.*, 1975, IV, 102.

²⁷ G. STEFANI, G. LEVASSEUR en B. BOULOC, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 12e druk, 1984, p. 603, nr. 52, zijn formeel. P. ESCANDE spreekt zich in de *Juris-Classeur* blijkbaar in dezelfde zin uit (*J.CL.*, *Proc. pénale*, tw. «Audition de témoins (articles 101 à 113)», nrs. 103 en 104).

De auteur van het tw. «Instruction préparatoire» in de *Nouveau Répertoire*, van Dalloz meent daarentegen dat de bepalingen van het huidige artikel 103 F.Sv. net als de vroegere bepalingen van artikel 75 C.I.C. niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (nr. 81).

²⁸ B.G.H., 23 januari 1981, *N.St.Z.*, 1981, 270, en de talrijke verwijzingen in de noot van J. FRÖHLICH.

²⁹ B. VERF, G.E., 26 mei 1981, *Entscheidungen des B. Verf G.E.*, 57, 250.

³⁰ B.G.H., 17 oktober 1983, *N.St.Z.*, 1984, 36, met noot van A. FRENZEL. Zie ook G. HERDEGEN, «Bemerkungen zum Beweisantragrecht», *N.St.Z.*, 1984, 200-203.

zijds hadden de rechtbanken in Oostenrijk niet de bevoegdheid de anonieme getuige te doen verschijnen of van hem een verklaring af te nemen omdat in het Oostenrijks-Duits verdrag betreffende rechtshulp, net zoals in het Europees verdrag aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken, voorbehoud wordt gemaakt m.b.t. politieke misdrijven. Anderzijds wist de beklaagde wel dat de inlichtingsbron van de gehoorde getuigen een hoge ambtenaar van de Duitse federale inlichtingsdienst uit München was. Het enig element dat hij niet kende was zijn identiteit. Zoals in vele gevallen ging de Commissie ook na of de beklaagde wel een eerlijk proces had gehad (artikel 6, § 1, E.V.R.M.): Dit was het geval geweest omdat de veroordeling niet uitsluitend op de getuigenverklaring van horen zeggen berustte, maar ook op andere elementen gegrond was en omdat de rechtbank duidelijk bewust was geweest van de bezwaren tegen deze hear say verklaring en deze zorgvuldig en kritisch had onderzocht³¹.

Een andere zaak betrof een verzoek tegen België. In een procedure wegens opzettelijke brandstichting met dodelijke afloop was voor het Hof van Assisen van West-Vlaanderen een politieambtenaar verhoord aan wie toegestaan werd de identiteit van zijn informant te verzwijgen³². Deze informant had aan de politieambtenaar verteld dat de beschuldigde in de nacht vóór de brandstichting een hevige ruzie had gehad met het slachtoffer. De verzoeker voerde schending van artikel 6, § 3, d, aan omdat hij de informant als getuige niet had kunnen oproepen. De Europese Commissie verwierp de klacht na herhaald te hebben dat die verdragsbepaling geen onbeperkt recht verleent om elke informant of aangever die tot het onderzoek bijgedragen heeft te doen oproepen voor een ondervraging op tegenspraak. De Commissie oordeelde verder: «In the course of their duties police officers may well have occasions to take confidential information from persons with a legitimate interest in remaining anonymous; if such anonymity were to be refused and if the people were to be required to appear in court, much information needed if crimes are to be punished would never brought to the knowledge of the prosecuting authorities.» Verder onderzocht de Europese Commissie de vraag of het gebruik ter terechtzitting van de verklaringen van de informant niet in strijd was met het recht van de beschuldigde op een eerlijk proces. Hoewel de Commissie erkende dat de beschuldigde niet in staat geweest was om de herkomst en de geldigheid van de anonieme getuigenis na te gaan, oordeelde zij dat er geen schending van artikel 6, § 1, E.V.R.M. voorhanden was omdat de beschuldigde de mogelijkheid gehad had om verschillende getuigen te doen verhoren die het bestaan van een ruzie vóór de brandstichting betwist hadden en omdat ook de aandacht van de jury gevestigd was op de waarde van een niet onder eed ter terechtzitting bevestigde verklaring. Anderzijds merkte de Commissie op dat deze anonieme verklaring niet het enig bewijsmateriaal was: de beschuldigde had bij de politie en later voor de onderzoeksrechter gedetailleerde bekentenis-

sen afgelegd, die hij naderhand zonder uitleg had ingetrokken³³.

In een derde procedure, tegen Denemarken³⁴, ten slotte was de verzoeker veroordeeld o.a. wegens drugmisdrijven. Tijdens de hoorzitting in hoger beroep werden twee getuigen gehoord zonder dat het aan de verzoeker werd toegestaan hierbij aanwezig te zijn en zonder dat hem hun identiteit bekend werd gemaakt. Ten einde de anonimiteit van de getuigen te waarborgen werd het de verzoeker evenmin toegestaan aanwezig te zijn bij de samenvatting van hun verklaringen door het openbaar ministerie. De advocaat van verzoeker was echter gedurende de gehele zitting aanwezig. Verzoeker beriep zich op artikel 6, § 1, § 3, b, c en d, E.V.R.M. De Commissie verwierp de argumenten van de verzoeker, die stelde dat de omstandigheid dat zijn raadsman hem de identiteit van de getuigen niet mocht meedelen niet alleen de vertrouwelijkheid met zijn advocaat wegnam, maar eveneens het zijn raadsman onmogelijk maakte zijn verdediging behoorlijk waar te nemen. De Commissie benadrukte dat, bij de controle van de rechten bepaald bij artikel 6, § 3, E.V.R.M., het niet slechts gaat om de rechten van de verdachte maar evenzeer om de rechten van de verdediger, zodat voor het beoordelen van de totale situatie met beider positie rekening dient te worden gehouden. Anderzijds was in casu de beperking in de betrekkingen met zijn raadsman niet van die aard dat ze het recht van de beklaagde op de voorbereiding van zijn verdediging derwijze aantastte dat artikel 6, § 3, geschonden was. M.b.t. artikel 6, § 3, oordeelde de Commissie dat het recht van verdediging voldoende door de advocaat van de beklaagde verzekerd werd. Ten slotte was de Commissie van oordeel dat het recht op het beginsel van wapengelijkheid vermeld in artikel 6, § 1, niet inhoudt dat de verdachte onder alle omstandigheden persoonlijk aanwezig dient te zijn³⁵.

V. Het Wetboek van Strafvordering

De vraag rijst of het Wetboek van Strafvordering bepalingen bevat die het verhoor van een anonieme getuige door de onderzoeksrechter verbieden.

Hierbij kan terloops worden opgemerkt dat het Wetboek de mogelijkheid om de anonimiteit van een ter terechtzitting verschenen getuige te waarborgen niet inhoudt. Weliswaar bepaalt artikel 327 Sv. dat de voorzitter van het hof van assisen vóór, gedurende of na het verhoor van een getuige de beschuldigde kan doen verwijderen. Denkbaar zou zijn dat een getuige die anoniem wenst te blijven, op grond van deze bepaling ter terechtzitting wordt gehoord. Maar er rijst allereerst de vraag of die wetsbepaling niet eigen is aan de assisenprocedure. Gezaghebbende klassieke auteurs stellen immers dat artikel 327 Sv. een maatregel is die onder de uitoefening van de discretionaire macht van de voorzitter

³³ E.C.R.M. besl. ontv. 4 mei 1979, X/België, 8417/78, *Decisions and reports*, 16, 200.

³⁴ Zie over de beslissing die aanleiding gaf tot deze procedure, J.P. ANDERSEN, «The Anonymity of Witness — a Danish Development», *Crim. L.R.*, 1985, 363-366.

³⁵ E.C.R.M. besl. ontv. 10 juli 1985, Kurup/Denemarken, 11.219/84.

³¹ E.C.R.M. besl. ontv. 1 juni 1972, X/Oostenrijk, 4428/70, *Arr.*, XV, 264.

³² Het beroep in cassatie tegen dit arrest was verworpen; zie Cass., 10 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 546, *Pas.*, 1978, I, 515.

van het hof bepaald in artikel 269 Sv. valt³⁶. Anderzijds bepaalt artikel 327 Sv. dat de voorzitter van het hof van assisen zorg draagt dat de algemene debatten niet worden hervat dan nadat hij de verwijderde beschuldigde heeft ingelicht over wat in zijn afwezigheid gedaan is en over wat eruit gevolgd is, zodat deze regeling op zichzelf geen mogelijkheid biedt de anonimiteit van de getuige te handhaven. Daarenboven blijft de advocaat gedurende de zitting aanwezig. Kan van de advocaat, zoals blijktbaar in Denemarken geschiedde, verlangd worden dat hij de identiteit van de buiten de aanwezigheid van de beschuldigde gehoorde getuige tegenover zijn cliënt verborgen houdt?

Als slotsom kan worden gesteld dat de anonimiteit van een ter terechtzitting verschenen getuige niet kan worden gewaarborgd, zelfs niet met gebruik van vermomming³⁷.

Hierboven werd gewezen op het verschil tussen het verhoor van een getuige door de politieoverheden en door de onderzoeksrechter.

Voor de onderzoeksrechter is de getuige verplicht een verklaring af te leggen. Indien na verschijning en na eedaflegging de getuige weigert enige verklaring af te leggen of op bepaalde vragen te antwoorden, wordt hij gelijkgesteld met de niet-verschijnende getuige en met dezelfde straf gesanctioneerd (artikel 80 Sv.)³⁸. Wel hebben personen die door het beroepsgeheim gehouden zijn, althans wanneer de feiten waarover hun getuigenis wordt gevraagd binnen de grenzen van het beroepsgeheim vallen, het recht om verklaring te weigeren. Maar daarbuiten kan de onderzoeksrechter eisen dat zijn vragen worden beantwoord. Dit betekent dat de vragen die beogen de identiteit van de getuige vast te stellen, door deze beantwoord moeten worden.

Maar hier rijst de vraag of de onderzoeksrechter deze vragen moet stellen.

Artikel 75 Sv. bepaalt dat de getuigen de eed afleggen dat zij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zullen zeggen, dat de onderzoeksrechter ze o.m. naar hun naam vraagt en dat van de vraag en van de antwoorden melding wordt gemaakt. Die bepaling heeft geen aanleiding gegeven tot discussies bij de totstandkoming van het wetboek in 1808³⁹. De klassieke auteurs stellen dat de inlichtingen om-

trent de identiteit van de getuigen een dubbel doel hebben: enerzijds, de onderzoeksrechter zelf en naderhand de onderzoeksgerechten in staat te stellen de mate van betrouwbaarheid van hun verklaringen te appreciëren en anderzijds, aan het openbaar ministerie de nodige inlichtingen te bezorgen om de getuigen waarvan de verklaringen geldig zijn, op de terechtzitting op te roepen⁴⁰. De rechtsleer is het erover eens dat de voorschriften van artikel 75 Sv. niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. De rechtspraak heeft deze stelling gevolgd m.b.t. de verklaringen welke zonder eedaflegging voor de onderzoeksrechter afgelegd worden. De rechters mogen om hun overtuiging te gronden acht slaan op zulke verklaringen, daar het niet-ervullen van de door artikel 75 Sv. voorgeschreven formaliteit geen oorzaak van nietigheid is. Het verzuim van de eedaflegging brengt geen nietigheid teweeg en stelt enkel de griffier strafbaar met een geldboete van vijftig frank, terwijl de onderzoeksrechter blootgesteld is aan het verhaal op de rechter, indien daartoe gronden zijn (artikel 77 Sv.)⁴¹. Hoewel er in ons land blijkbaar nog geen rechtspraak i.v.m. dit verzuim de naam van de getuige te vermelden in het proces-verbaal van verhoor van de onderzoeksrechter, lijkt het hier toch ook niet te gaan om een substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm⁴². De oudere auteurs maken immers geen onderscheid tussen de verschillende formaliteiten van de artikelen 74, 75, 76 en 78 en m.i.b. niet tussen de eedaflegging en de vermeldingen van de identiteit van de getuigen⁴³. Net als het verzuim de eed af te leggen, lijkt de niet-vermelding van de naam van de getuige geen substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm te zijn.

Wel is het nodig dat de onderzoeksrechter in de procedure (bv. in het proces-verbaal van verhoor) laat opmerken dat de onder eed anoniem gehoorde getuige geen minderjarige beneden de volle leeftijd van vijftien jaar en geen persoon is die ontzet is van het recht getuigenis af te leggen. Deze personen mogen immers enkel ondervraagd worden bij wijze van eenvoudige verklaring en zonder eedaflegging. Indien zij onder eed zouden getuigen, is hun verklaring nietig. Niets belet echter de onderzoeksrechter de anonieme getuige zonder eedaflegging te verhoren.

VI. Het recht van verdediging en de internationale verplichtingen inzake een behoorlijke rechtspraak

Het anoniem verhoren van een getuige door de onderzoeksrechter brengt op zichzelf geen nietigheid teweeg.

³⁶ CARNOT, *De l'instruction criminelle*, IV, p. 175; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit criminel, Code d'instruction criminelle*, II, article 327, nr. 1; S. SASSERATH in «La Cour d'assises», in *Les Nouvelles, Procédure pénale*, II, 1, nr. 1136 brengt artikel 327 Sv. onder de persoonlijke en uitsluitende bevoegdheden van de voorzitter.

³⁷ T.M. SCHALKEN, *loc. cit.*, p. 330; «De bedreigde getuige», *Trema exclusief*, nr. 7, pp. 9, 14, 28 en 38. De artikelen 759 tot 763 Ger. W. zijn m.b.t. het hier behandeld probleem niet doeltreffend.

³⁸ J. D'HAENENS, *o.c.*, p. 339. Zie ook de klassieke rechtsleer hierover: A. BRAAS, *Précis de procédure pénale*, I, nr. 427, G. BELTJENS, *o.c.* I, article 80, nr. 1, F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, édit. belge, II, nr. 2407; J. HOFFLER, *o.c.*, nr. 222; J.M. LEGRAVEREND, *Traité de législation criminelle*, I, 244; *Pandectes belges*, LIII, tw. «Information», nr. 341; R.P.D.B., X, tw. «Procédure pénale», nr. 381; J. SUETENS, «L'instruction. La Chambre du conseil», in *Les Nouvelles, procédure pénale*, I, 1, nr. 66.

³⁹ LOCRIÉ, *Législation civile commerciale et criminelle de la France*, XXV, pp. 85-86.

⁴⁰ G. BELTJENS, *o.c.*, I, article 75, nr. 7; CARNOT, *o.c.*, I, p. 432; F. HÉLIE, *o.c.*, édit. belge, II, nr. 2458; *Pandectes belges*, LIII, tw. «Information», nrs. 408 en 437; J. SUETENS, *o.c.*, in *Les Nouvelles, Procédure pénale*, I, 1, nr. 106.

⁴¹ Cass., 4 december 1950, *Arr. Cass.*, 1951, 158, *Pas.*, 1951, I, 201; 17 oktober 1960, *Arr. Cass.*, 1961, 155, *Pas.*, 1961, I, 174.

⁴² Zie ook Cass., 29 juli 1954, *Arr. Cass.*, 1954, 769, *Pas.*, 1954, I, 1017 m.b.t. de door de onderzoeksrechter opgenomen verklaringen van getuigen die samen en in aanwezigheid van een aangestelde deskundige gehoord worden.

⁴³ A. BRAAS, *o.c.*, I, p. 348, nr. 422; G. BELTJENS, *o.c.*, I, article 77; M. DUVERGER, *Manuel du juge d'instruction*, II, p. 393; F. HÉLIE, *o.c.*, II, nr. 2465, *Pandectes belges*, LIII, tw. «Information», nr. 437.

Doch dit betekent nog niet dat de rechters om hun overtuiging te gronden erop acht mogen slaan. Is het bewijs gehaald uit verklaringen van getuigen die zonder vermelding van hun naam door de onderzoeksrechter worden verhoord, te verenigen met het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en met de bepalingen van artikel 6 E.V.R.M. en artikel 14 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten?

Opgemerkt zij dat bepaalde hierna ontwikkelde argumenten transponeerbaar zijn mutatis mutandis op het anoniem verhoor door de politie aangezien evenzeer de mogelijkheid van tegenspraak erdoor in het gedrang komt.

Wat het hier besproken probleem betreft, is er geen onderscheid te maken tussen het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak⁴⁵. De rechtspraak m.b.t. de bewijsvoering in strafzaken is duidelijk gevestigd in de zin dat wanneer de wet geen bijzonder bewijsmiddel oplegt, de feitenrechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt van de gegevens waarop hij zijn overtuiging grondt, mits die hem regelmatig zijn voorgelegd en de partijen daarover tegenspraak hebben kunnen voeren.

⁴⁴ Artikel 14 Internationaal Verdrag bevat voor de verdachte meer minimumgaranties dan artikel 6 E.V.R.M. In het E.V.R.M. is bv. het recht «to be tried in his presence» als dusdanig niet opgenomen (artikel 14, § 3, d). Doch de Europese Commissie heeft dit recht met een beroep op de noodzakelijk «equality of arms» uit de «fair hearing»-garantie afgeleid (E. MIJER, «International Covenant on Civil and Political Rights en het strafrecht», *D.D.*, 1976, 338-357). Daarbij kan worden aangestipt dat de bevoegdheid van de rechter om de verdachte in het belang van een goede procesorde uit de rechtszaal te verwijderen niet in strijd is met de in het Internationaal Verdrag vervatte garantie. Voorts is er geen voor het hier behandeld onderwerp relevant verschil tussen artikel 6, § 1, E.V.R.M. en artikel 14, § 1, enerzijds en tussen artikel 6, § 3, d, E.V.R.M. en artikel 14, § 3, e, anderzijds, tenzij dat de strekking dat «all persons shall be equal before the courts and tribunals» geen evenknie kent in het E.V.R.M. Het in de Duitse rechtsliteratuur geciteerd verschil tussen artikel 6, § 3, d, E.V.R.M. en artikel 14, § 3, e, is niet duidelijk (H. RUPING «Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren», *Z.G.Str.*, 1979, 356-357).

De omstandigheid dat de rechtspraak gevestigd is in de zin dat de garanties van artikel 6 E.V.R.M. geen betrekking hebben op het onderzoek, speelt hier geen rol omdat ter terechtzitting wel degelijk gebruik wordt gemaakt van een bewijsmiddel verkregen uit de voorafgaande fase van de procedure. Zie trouwens het advies van de E.C.R.M. van 12 juli 1984 in zake *Can t/Oostenrijk*, waarbij voor het eerst wordt aangenomen dat bepaalde rechten bedoeld in artikel 6 E.V.R.M. ook het vooronderzoek betreffen (zie M. MELCHIOR, «Le procès équitable dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme», in *Les droits de la défense en matière pénale*, Handelingen van het colloquium georganiseerd door de balie te Luik op 30 en 31 mei en 1 juni 1985, pp. 257 en 260).

⁴⁵ J. VELU, «Les droits fondamentaux de la défense en matière répressive», in *Bulletin de L'U.L.B. et de l'Union des anciens étudiants*, 1980, 66-71, en over het recht op een eerlijk proces E. MIJER, «Equality of arms in het Nederlands strafproces», *D.D.*, 1976, 17-33, die dat recht vertaalt naar het strafproces en er zeer terecht op wijst dat er in het strafproces fundamenteel ongelijke partijen zijn en het beginsel van equality of arms in strafzaken dus een andere inhoud heeft dan in burgerlijke zaken.

Hierdoor worden noch het recht van verdediging, noch het recht op een eerlijk proces miskend⁴⁶.

Welke zijn nu de bezwaren die het anoniem verhoor van een getuige uit het oogpunt van de verdediging doet rijzen? Een basisvoorwaarde voor de uitoefening van voormelde rechten is, zoals Nijboer terecht schrijft, de opheldering van de herkomst van belastende informatie, voor zover die een beslissende rol kan spelen. Die herkomst blijft echter ten gevolge van de gebruikte procedure onbekend en ongrijpbaar. Indien de getuige anoniem blijft wordt aan de verdediging de mogelijkheid ontnomen de getuige vragen te stellen en tevens mist de verdediging de gelegenheid aan te tonen dat de desbetreffende getuige hetzij hem vijandig gezind is, hetzij psychisch onvolwaardig, hetzij door andere omstandigheden als onbetrouwbaar moet worden aangemerkt⁴⁷.

Het staat weliswaar buiten kijf dat in geval van intimidatie de verdachte het aan zichzelf te wijten heeft als de identiteit van de getuige hem verborgen wordt gehouden. Maar men moet toch opmerken dat anonieme getuigen lang niet altijd tot het meest integere deel van de bevolking behoren⁴⁸. Het grootste bezwaar lijkt echter dat door anonieme verhoren de identiteit van personen die een aandeel in het delict hebben gehad of aan dubieuze opsporingstactieken deelgenomen hebben, onbekend kan blijven⁴⁹. Hoewel er gronden zijn om te stellen dat in bepaalde zaken het zo ongeveer een standaardmiddel geworden is de politie provocatie aan te wijven, is het duidelijk dat door een anoniem verhoor het gevaar ontstaat dat informatie van zelf bij het delict betrokken persoon bij het bewijs wordt gebezigd. De onthulling van de identiteit van de getuige kan aan het licht brengen dat het bewijs nietig is o.m. doordat de getuige zich aan provocatie schuldig heeft gemaakt⁵⁰.

Mag echter zonder meer gesteld worden dat door het anoniem verhoor van een getuige de verdediging de kans wordt ontnomen zowel tegen de getuige als tegen zijn getuigenis alles in te brengen wat tot de verdediging van de beklaagde dienstig kan zijn? Verliest de verdediging de gelegenheid om haar rechten te doen gelden en om de vermeende aantijging te weerleggen?

De concrete gegevens van de zaak moeten bij deze vragen in beschouwing worden genomen.

Een eerste element is of de beweegredenen van de getuige om anoniem te blijven door de onderzoeksrechter zoveel mogelijk in het onderzoek duidelijk worden gemaakt. Hierboven is reeds betoogd dat de onderzoeksrechter in het proces-verbaal van verhoor bij eedaflegging moet vermelden dat de getuige geen persoon is die enkel verhoord mag worden bij wijze van eenvoudige verklaring en zonder eedaflegging. Anders ontstaat het gevaar dat er gesteund wordt op

⁴⁶ Zie o.m. Cass., 6 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 13, *Pas.*, 1972, I, 1, 2; 17 augustus 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1341, *Pas.*, 1979, I, 1309.

⁴⁷ J.F. NIJBOER, *loc. cit.*, *Recht en kritiek*, 1984, 88.

⁴⁸ Conclusie van advocaat-generaal LEIJTEN voor H.R., 25 september 1984, *N.J.*, 1985, 426.

⁴⁹ J.F. NIJBOER, «Een nieuwe restrictie op het gebruik van het testimonium de auditie in strafzaken», *N.Jb.*, 1985, 635.

⁵⁰ J.F. NIJBOER, *loc. cit.*, *Recht en kritiek*, 1984, 86; T.M. SCHALKEN, *loc. cit.*, p. 326.

nietige verklaringen. Het is ook nodig dat de onderzoeksrechter zich zoveel mogelijk ervan vergewist of de anonieme getuige niet in enig opzicht zelf bij het onderzochte strafbaar feit betrokken is en van zijn vaststellingen in dit verband in het dossier blijk geeft. De onderzoekende magistraat dient de rol van de getuige in relatie tot het delict na te gaan. Anders dreigt hier ook het gevaar dat gebruik wordt gemaakt van nietige verklaringen. In dit verband lijkt het noodzakelijk dat de identiteit van de anonieme getuige door de politie wordt meegedeeld aan de onderzoeksrechter. Hij moet de gelegenheid hebben informatie in te winnen omtrent de getuige als dat nodig voorkomt (bv. door zijn strafregister op te vragen). Men kan zich trouwens de vraag stellen wat de vaststellingen van de onderzoeksrechter over de betrouwbaarheid van de getuige anders waard zijn.

Bovendien moet m.i. de onderzoeksrechter in het procesverbaal van verhoor of in het dossier de beweegredenen van de getuige om zijn identiteit niet te onthullen afwegen om het recht op tegenspraak niet aan te tasten. Uit het onderzoek moet bv. blijken of er inderdaad van de zijde van de verdachte of diens omgeving intimidatie heeft plaatsgehad of daadwerkelijk te vrezen valt.

De onderzoeksrechter moet in zijn dossier opening van zaken geven omdat hij immers door het anoniem verhoor van een getuige afwijkt van de strafprocessuele regels. Maximale zorgvuldigheid bij het opstellen van het procesverbaal is in dit verband geboden op gevaar anders de verdediging te versteken van alle mogelijkheden van tegenspraak⁵¹.

Ook de mate waarin de verdediging ter terechtzitting de beslissing om een getuige anoniem te verhoren heeft kunnen aanvechten, is van belang om na te gaan of het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn geëerbiedigd.

Ter terechtzitting kan de onderzoeksrechter als getuige worden gehoord. Hij kan nadere inlichtingen geven over de gang van zaken rond het vooronderzoek, hoe het gesteld is met de geestesgesteldheid van de getuige. Gaat het niet om een fantasee of een verslaafde? Heeft de getuige geen eigen belang erbij zijn verklaring te willen afleggen? Het is immers niet uitgesloten dat de anonieme getuige dezelfde is als een in eerder stadium van de procedure opgetreden medeverdrachte⁵². Indien de verdediging behoefte heeft aan informatie over het aandeel van de anonieme getuige in de opsporing, kan benevens de onderzoeksrechter ook de betrokken politieambtenaar als getuige worden opgeroepen. Weliswaar hebben de onderzoeksrechter en de politieambtenaar het recht de naam van de getuige te verzwijgen, doch het staat de verdediging vrij vragen te stellen over de gang van zaken rond het vooronderzoek, over de hoedanigheid van de anonieme getuige of over de wijze waarop die getuige aan zijn wetenschap is gekomen. Schalken stelt dat de juistheid van de anonieme getuigenverklaring op deze manier kan worden getoetst. Als de betrouwbaarheid van de verklaring kan worden vastgesteld zonder dat de identiteit van

de getuige wordt onthuld, is het doel van de verdediging uiteindelijk toch bereikt en kan de verdachte dus ook niet in zijn verdediging zijn geschaad⁵³. De Nederlandse rechtspraak huldigt dezelfde redenering. De Hoge Raad nam aan dat de feitenrechters terecht anonieme verhoren voor het bewijs hadden gebezigd, nu aannemelijk was geworden door de verklaringen ter terechtzitting afgelegd door de rechter-commissaris en de betrokken politieambtenaar dat de anonieme getuigen gegronde vrees hadden voor represailles en die getuigen, die hun verklaringen op eigen initiatief aflegden, een betrouwbare indruk resp. redelijk betrouwbare indruk hadden gemaakt op deze functionarissen⁵⁴.

Anderzijds kan de beklaagde natuurlijk zelf ook een en ander doen om de bewijswaarde van de anonieme verklaringen twijfelachtig te maken door van zijn kant bona fide getuigen voor te brengen die het gestelde kunnen tegenspreken en zijn integriteit ondanks de in deze verklaringen gelezen aantijgingen overeind kunnen houden⁵⁵. Het Hof van Cassatie heeft in de reeds vermelde procedure waarin een politieambtenaar zijn informatiebron had verzwegen, opgemerkt dat de beschuldigde de gelegenheid had gehad te betwisten dat hij met het slachtoffer ruzie had gehad, wat de onbekend gebleven informant aan de betrokken politieambtenaar bekend had gemaakt⁵⁶. De Europese Commissie heeft in dezelfde zaak er ook op gewezen dat de beschuldigde de gelegenheid had gehad om verschillende getuigen te doen verhoren over het bestaan van deze ruzie⁵⁷.

De verdediging kan ook de aandacht van de rechter vestigen op de gegrondheid van de redenen van de getuige om zijn identiteit geheim te houden, op de geloofwaardigheid van de getuige of op de rechtmatigheid van de bewijsgaring. Haar belangrijkste wapen is het nemen van conclusies op deze punten. Wanneer de verdediging ervan overtuigd is dat het verhoor van de anonieme getuige ter terechtzitting invloed kan hebben op de overtuiging die de rechter gevestigd heeft op basis van het dossier van het onderzoek moet zij, vooral als zij zich de toetsing van het Hof van Cassatie wil voorbehouden, een conclusie nemen waarin zij om dit verhoor verzoekt. Het belang van een dergelijke conclusie wordt precies ten overvloede bewezen door het cassatiearrest van 8 november 1983. De beklaagde had bij conclusie aangevoerd dat de ondervraging van en de confrontatie met de anonieme getuige onontbeerlijk was om diens bezwaren de verklaring te kunnen weerleggen. Blijkbaar had de verdediging bij het opstellen van deze conclusie de belangrijke wenk van procureur-generaal Dumon niet uit het oog verloren: «Indien in die conclusie een bijkomende onderzoeksmaatregel wordt gevraagd zonder meer, neemt de rechter het grondwettelijke in acht, als hij daarop antwoordt dat die maatregel niet noodzakelijk is om tot zijn overtuiging te komen. Indien de conclusie echter omstandig is, nl. indien

⁵³ T.M. SCHALKEN, *loc. cit.*, in noot 16, pp. 330-333.

⁵⁴ H.R., 25 september 1984, *N.J.*, 1985, 426.

⁵⁵ Conclusie van advocaat-generaal REMMELINK voor H.R., 25 september 1984, *N.J.*, 1985, 427.

⁵⁶ Cass., 10 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 546, *Pas.*, 1978, I, 515.

⁵⁷ Zie noot 34.

⁵¹ A.C. 't HART, *loc. cit.*, pp. 92-93; T.M. SCHALKEN, *loc. cit.*, pp. 329 en 341.

⁵² «De bedreigde getuige», *Trema Exclusief*, nr. 7, pp. 28, 33 en 37.

zij de redenen of omstandigheden in feite en/of in rechte aangeeft, die volgens de partij de informatie van de rechter zouden wijzigen of kunnen wijzigen, ingeval de gevraagde maatregel bevolen en uitgevoerd werd, moet de rechter, ter voldoening van dat vereiste, in zijn antwoord rekening houden met die redenen en omstandigheden»⁵⁸. Aldus kan de betrouwbaarheid van de getuige en van zijn getuigenis en de rechtmatigheid van de verkregen verklaringen getoetst worden.

Ondanks de openheid van het onderzoek, de getuigenis ter terechtzitting van de onderzoeksrechter (en van politieambtenaren) en de behandeling voor de vonnisgerechten zijn er ongetwijfeld situaties denkbaar dat de beklaagde in zijn verdediging geschaad zal worden door het verborgen houden van de identiteit van de getuige omdat hij geen reëel alternatief heeft tegenspraak te voeren.

Het is twijfelachtig of de mogelijkheid alleen tegen de verklaring van de anonieme getuige in te brengen wat tot zijn verdediging kan dienen zonder de getuige zelf te doen ondervragen in alle gevallen voldoende is. Uitsluitel over de betrouwbaarheid van de getuige en over de rechtmatigheid van de bewijsgaring kan niet altijd verkregen worden door het ter terechtzitting laten verschijnen van de verhoerende onderzoeksrechter of politieambtenaar⁵⁹, of door het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge. Zoals 't Hart zeer terecht schrijft: blijft er uiteindelijk te veel onduidelijkheid bestaan, dan dient de feitenrechter de anonieme verklaringen uit het debat te weren en bij de uitspraak met hun inhoud geen rekening te houden⁶⁰. Wanneer de procedure niet geleid heeft tot de mogelijkheid van

tegenspraak over het anoniem getuigenbewijs, mag geen veroordeling volgen.

Wanneer over de anonieme verklaringen geen tegenspraak kan worden gevoerd, zal de omstandigheid dat er ander bewijsmateriaal voorhanden was, dat de partijen wel hebben kunnen bespreken en tegenspreken, geen genade vinden bij de cassatierechter. Alleen in het geval dat het anoniem getuigenbewijs een ten overvloede gegeven reden van de bestreden beslissing was, kan het middel dat wegens gebrek aan tegenspraak ertegen opkomt, niet tot cassatie leiden omdat, al werd het gegrond bevonden, de bestreden beslissing nog verantwoord blijft door het ander bewijsmateriaal. Maar wanneer de anonieme verklaringen geen overtuigende reden van de bestreden beslissing zijn en de feitenrechter uit het geheel van het bewijsmateriaal afgeleid heeft dat de telastlegging bewezen is of wanneer alle bewijselementen nauw met elkaar verbonden zijn, slaat het cassatiemiddel dat alleen maar de anonieme verklaring beoogt, ook op de andere bewijsmiddelen. In deze gevallen heeft de feitenrechter immers in het onzekere gelaten of hij oordeelde dat deze andere bewijsmiddelen reeds de uitspraak konden verantwoorden. Of met succes kan worden opgekomen tegen een anonieme getuigenis waarover geen tegenspraak kon worden gevoerd, hangt in geval van andere bewijsmiddelen af van de redactie van de bestreden beslissing en van de interpretatie ervan door de cassatierechter.

Bij een anoniem getuigenbewijs moet dus aan de hand van de concrete gegevens van de zaak onderzocht worden of het algemeen beginsel van het recht van verdediging en het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling bedoeld in artikel 6 E.V.R.M. en artikel 14 Internationaal Verdrag geëerbiedigd worden. De kern van de vraag daarbij is of de mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs opgehouden is tegen het gebruik dat wordt gemaakt van het bewijs verkregen door het anoniem verhoor van de getuige.

Alain DE NAUW

⁵⁸ Noot F.D. onder Cass., 11 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 919, *Pas.*, 1978, I, 892.

⁵⁹ J.F. NIJBOER, *loc. cit.*, *N. Jb.*, 1985, 635.

⁶⁰ A.C. 't HART, *loc. cit.*, p. 92.

BESTAAN ER NOG P.V.B.A.'S?

De wet van 15 juli 1985 (*B.S.*, 14 aug. 1985) heeft een nieuwe benaming ingevoerd van de vennootschapsvorm die voordien P.V.B.A. werd genoemd. Artikel 1 van deze wet bepaalt wat volgt: «In de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen en in alle andere wetbepalingen worden de woorden 'personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid' vervangen door de woorden 'besloten vennootschap(pen) met beperkte aansprakelijkheid'»

Ten aanzien van deze bepaling geldt geen speciale overgangsmatregel. Derhalve treedt de wet in werking vanaf 24 augustus 1985 (art. 6 W. 31 mei 1961). En de conclusie die men uit het voorgaande logischerwijze moet trekken is, dat sedert die datum er geen P.V.B.A.'s meer bestaan. Immers, de rechtsonderhorigen die een rechtspersoon willen oprichten, zijn gehouden een van de wettelijk geregelde vormen van rechtspersoon uit te kiezen. De rechtsleer noemt deze verplichting, die algemeen is aanvaard, het gevolg van het zogenaamd «gesloten» systeem of van het sys-

teem van «typedwang». De keuze van de oprichters is dus beperkt door de wettelijke opsomming der vennootschapsvormen (W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, nr. 48, blz. 126; J. Van Ryn, *Principes*, I, nr. 1115; J. Ronse, *Algemeen Deel Vennootschapsrecht*, Afd. 2, par. 1, blz. 32; Fredericq, *Handboek Belgisch Handelsrecht*, nr. 530, blz. 451).

De vennootschapsakte is weliswaar een contract, maar de geldigheid ervan is afhankelijk van de naleving van de wettelijke voorschriften die de structuur en de organisatie van de rechtspersoon betreffen en die de contractvrijheid op dwingende wijze beperken.

De regel van de wettelijke specialiteit belangt de openbare orde aan (W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, blz. 129). Het is dus niet denkbaar dat de vennoten de benaming van de rechtsvorm willekeurig zouden kiezen en bijvoorbeeld een naamloze vennootschap «anonyme maatschappij» zouden noemen. Aangezien de benaming van de rechtsvorm van de «vroegere» personenvennootschap met beperkte

aansprakelijkheid sedert 24 augustus 1985 door de wetgever gewijzigd is in «besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid» is het evident dat sedertdien nieuw opgerichte vennootschappen van dit type noodzakelijkerwijze besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zullen zijn.

Maar wat met de voorheen reeds bestaande vennootschappen die als «personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid» werden opgericht? Naar mijn mening zijn deze vennootschappen van rechtswege en automatisch, B.V.(B.A.)'s geworden en bestaan er geen P.V.B.A.'s meer. Niet iedereen is het daar onverdeeld mee eens. In deze uiteenzetting zal worden getracht de nodige argumenten aan te brengen om de thesis dat er geen P.V.B.A.'s meer bestaan kracht bij te zetten.

1. Vooraf zij duidelijk gesteld dat de wijziging van de *benaming* van de rechtsvorm, geen wijziging van de *rechtsvorm* betekent. Ten onrechte wordt beweerd dat een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid andere karakteristieken zou vertonen dan een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, m.a.w. dat een P.V.B.A. een B.V.(B.A.) «oud stelsel» zou zijn, of andersom een B.V.(B.A.) een «vernieuwde P.V.B.A.» zou zijn.

Niets is minder waar. Of de vennootschap als benaming van haar rechtsvorm nog de term «P.V.B.A.» gebruikt, of reeds is opgericht als «B.V.(B.A.)» dan wel de benaming heeft omgezet in «B.V.(B.A.)», inhoudelijk gaat het om een en dezelfde soort van vennootschappen waarvan de werking en de structuur wettelijk geregeld zijn door afdeling VI van de Vennootschappenwet (artt. 116 e.v.).

Men zoekt tevergeefs naar enig «verschil» tussen de P.V.B.A. van vóór de wetwijziging en de B.V.(B.A.) van na de wetwijziging. Het is voorzeker onjuist te veronderstellen dat de nieuwe bepalingen ingevoerd door de wet van 15 juli 1985, zoals bv. het feit dat rechtspersonen vennoot kunnen zijn of worden van de vennootschap, of dat de vennootschap haar eigen aandelen kan verwerven conform de nieuwe bepaling van art. 128bis enkel van toepassing zouden zijn op B.V.(B.A.)'s en niet op P.V.B.A.'s! Een bestaande P.V.B.A. moet de benaming van haar rechtsvorm niet omzetten in B.V.(B.A.) om rechtspersonen als vennoot te kunnen aanvaarden...

Een bestaande P.V.B.A. die de benaming van haar rechtsvorm omzet in B.V.(B.A.), verliest daardoor niet haar recht om op grond van de overgangsmaatregel ingevoerd bij artikel 17 nog vijf jaar te wachten met het optrekken van haar kapitaal tot 750.000 frank. De overgangsbepaling van artikel 17 van de wet van 15 juli 1985, die het minimumkapitaal van 750.000 frank slechts verplicht stelt voor de bestaande vennootschap binnen een termijn van vijf jaar, behoudens in geval van kapitaalverhoging of verlenging van de duur, voert een onderscheid in tussen de vennootschappen die bestonden bij de inwerkingtreding van de wet enerzijds en de nieuwe vennootschappen nadien opgericht anderzijds. Deze laatste zullen verplicht worden onmiddellijk een kapitaal te plaatsen van minimum 750.000 frank, terwijl de eerstgenoemde tijdelijk nog kunnen blijven bestaan met een minimumkapitaal van 250.000 frank. Dit betekent evenwel niet dat hierdoor twee verschillende vennootschapsvormen bestaan. De overgangsmaatregel is uiteraard slechts een tijdelijke uitzondering op een en zelf-

de regel die geroepen is om te gelden voor alle vennootschappen van dezelfde vorm. Er bestaan trouwens nog P.V.B.A.'tjes die geldig werkzaam zijn met een kapitaal van minder dan 250.000 frank. Zij zijn daarom niet meer of niet minder een P.V.B.A. dan die welke een kapitaal hebben van 250.000 frank of meer.

Kortom in wezen, qua organisatie, werking, structuur, enzovoort bestaat er geen verschil tussen de P.V.B.A., de B.V.(B.A.) — Ex-P.V.B.A., waarvan de benaming van de rechtsvorm is aangepast aan de nieuwe wetbepaling, en de nieuw opgerichte B.V.(B.A.). De bepalingen van de gecoördineerde vennootschapswetgeving sedert 24 augustus 1985 (ook de nieuw ingevoerde) zijn op alle drie deze categorieën onverkort van toepassing. Met dien verstande weliswaar dat de P.V.B.A.'s die bestonden bij het in werking treden van de wet, bij wijze van overgangsmaatregel, de mogelijkheid hebben om tot 24 augustus 1990 of eerder tot wanneer zij hun duur verlengen of hun kapitaal verhogen, hun huidige kapitaal mogen behouden, zelfs als dit lager is dan het wettelijk minimumkapitaal van 750.000 frank.

Aangezien een wijziging van de benaming van de rechtsvorm niet gelijk te stellen is met de wijziging van de rechtsvorm, is het evident dat, indien de vennootschap de oude benaming van haar rechtsvorm aanpast aan de nieuwe wettelijke terminologie, zulk een aanpassing *niet* moet worden beschouwd als een besluit waarbij de rechtsvorm van de vennootschap gewijzigd wordt. Anders zouden de voorschriften van afdeling VIII van de Vennootschappenwet in acht moeten worden genomen met betrekking tot de omzetting (artt. 165 e.v.).

2. Met betrekking tot de aangesneden problematiek dient een tweede voorafgaande opmerking te worden geformuleerd: een wijziging van de benaming van de rechtsvorm is evenmin een wijziging van de benaming van de vennootschap. Hoewel dit onderscheid in wezen even evident is als de vaststelling dat de schil van een appel niet hetzelfde is als de schil van een citroen blijkt hieromtrent toch heel wat verwarring te bestaan.

Het begrip «benaming van de vennootschap» dekt een heel andere inhoud dan het begrip «benaming van de rechtsvorm van de vennootschap», kortom de benaming van de vennootschap is niet hetzelfde als de rechtsvorm van de vennootschap en dit blijkt duidelijk uit de wetteksten zelf. Zo onder meer worden in artikel 9, 2°, Venn. W. als gegeven op te nemen in het te publiceren uittreksel van de N.V., de rechtsvorm én haar naam of firma duidelijk afgescheiden vermeld. Merkwaardig is dat in artikel 7 van de Vennootschappenwet voor de B.V.(B.A.), als te publiceren gegeven wel de naam of de firma wordt genoemd, maar niet de rechtsvorm. In artikel 138 Venn. W. wordt het onderscheid duidelijk gemaakt door de afzonderlijke vermelding onder 1° en 2° en door op te leggen dat de benaming van de rechtsvorm, verkort of voluit geschreven, aan de benaming van de vennootschap moet voorafgaan of erop moet volgen. Iets wat moet worden toegevoegd is per definitie onderscheiden van het begrip waaraan het moet worden toegevoegd.

Onnodig eraan te herinneren dat, ingeval twee vennootschappen een gelijke of gelijkende naam hebben aangenomen, één van beide de maatschappelijke benaming moet veranderen maar geen andere rechtsvorm moet aannemen.

Onnodig te vermelden dat, wanneer een vennootschap haar naam verandert, dit besluit een gewone statutenwijziging is, en dat wanneer de vennootschap haar rechtsvorm wijzigt de bijzondere procedure moet worden nageleefd voorgeschreven bij de artikelen 165 e.v. Venn. W.

En tóch heeft de wetgever de appels van de citroenen niet onderscheiden bij het formuleren van artikel 16, houdende de overgangsbepaling met betrekking tot de bestaande P.V.B.A.'s in verband met hun maatschappelijke benaming (of de benaming van hun rechtsvorm !?): «De personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid die bij de inwerkingtreding van deze wet reeds waren opgericht, beschikken over een termijn van vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet om hun maatschappelijke benaming aan de bepalingen van artikel 1 aan te passen. Indien na het verstrijken van deze termijn de vennootschap haar benaming niet in overeenstemming met deze bepaling heeft gebracht, is elke hoofdeis, tegeneis of eis tot tussenkomst, uitgaande van de vennootschap, onontvankelijk. Deze onontvankelijkheid is gedekt indien zij niet voor iedere andere exceptie of verweermiddel wordt voorgelegd.»

Het is mogelijk dat de wetgever met dit artikel bedoeld heeft aan de bestaande vennootschappen gedurende vijf jaar de tijd te geven de gewijzigde benaming van hun rechtsvorm aan te passen aan de nieuwe realiteit. Een en ander is terug te vinden in de toelichting bij het amendement waarbij de wijziging van de naam van de rechtsvorm werd opgenomen in het wetsontwerp (*Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 984/3). In de verantwoording wordt het volgende voorgeschreven (blz. 2): «Facultatief en als overgangsmaatregel zouden de bestaande vennootschappen zich nog verder als P.V.B.A. mogen aanduiden en dit ten einde al te grote lasten aan de wijziging te spreiden. Een overgangperiode van vijf jaar kan worden voorzien. De sanctieregeling kan onrechtstreeks worden gevonden in de wetgeving op het handelsregister. Aangezien in het handelsregister aanduiding van de vennootschapsvorm behoort tot de verplicht in te schrijven gegevens (artikel 9, 1°, koninklijk besluit van 20 juli 1964), dient ook wijziging van deze materie gemeld te worden (art. 14). Bij niet-aanmelding van de wijziging zijn de bepalingen van artikel 45 van het koninklijk besluit van 20 juli 1964 van toepassing, waarbij een geldboete van 26 tot 10.000 frank in het vooruitzicht wordt gesteld. In toepassing van artikel 3 van de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister geldt dezelfde regeling voor de vennootschappen die een ambachtelijke bedrijvigheid uitoefenen. Zijn niet aan deze sanctie onderworpen de burgerlijke P.V.B.A.'s opgericht in overeenstemming met artikel 212 van de Vennootschappenwet. Speciaal met het oog op deze werd een sanctie van onontvankelijkheid voorzien.»

Deze toelichting betekent met andere woorden dat de bestaande vennootschappen, hoewel zij meteen van P.V.B.A. veranderen in B.V.(B.A.) —immers de wet is van toepassing volgens de algemene rechtsbeginselen —, zich nog P.V.B.A. mogen noemen gedurende een overgangperiode van vijf jaar en dat dit zich nog anders noemen dan men in wezen is, nadien bestraft wordt wegens niet-vermelding van de wijziging in het handelsregister.

Terecht is in deze toelichting sprake van de aanduiding van de rechtsvorm. Maar in tegenstelling tot het woordgebruik in de toelichting, spreekt de wettekst zelf over de

«maatschappelijke benaming» en *niet* over de benaming of aanduiding van de rechtsvorm wat toch duidelijk iets helemaal anders is. M.a.w. de toelichting en de wettekst zijn niet concorderend en er worden appels voor citroenen gebruikt. Men kan er niet omheen dat de wetgever in de wet heeft neergeschreven dat de bestaande P.V.B.A.'s vijf jaar de tijd hebben om hun «maatschappelijke benaming» aan te passen. Deze overgangsbepaling is dan ook op grond van de duidelijkheid van de begripsinhoud «maatschappelijke benaming» niet anders te begrijpen dan dat bestaande vennootschappen, indien zij de oude benaming van de rechtsvorm hebben opgenomen in hun maatschappelijke benaming, verplicht zijn een statutenwijziging door te voeren om binnen vijf jaar hun benaming te conformeren aan de nieuwe wettelijke terminologie. M.i. ten onrechte wordt in de toelichting gewag gemaakt van de verplichting om de wijziging aan de benaming van de rechtsvorm openbaar te maken als gold het een conventionele wijziging waartoe besloten moet worden door de bevoegde organen van de vennootschap. Niet de vennootschap besluit tot deze naamswijziging. De wetgever heeft bij uitdrukkelijke wetsbepaling, die niet gekoppeld is aan enige tijdsbeperking of overgangsmaatregel, een nieuwe benaming ingevoerd van de rechtsvorm van de vennootschap die voordien P.V.B.A. werd genoemd. Het invoeren, wijzigen of opheffen van een benaming van een rechtsvorm behoort tot het domein van dwingend recht, waarbij alleen de wetgever bevoegd is om deze materie te regelen. De verandering van de benaming van de rechtsvorm is een zaak die niet behoort tot de bevoegdheid en de fantasie van de rechtsonderhorigen, die ter zake geen enkele macht hebben om de invoering, wijziging of opheffing van een bestaande benaming van een vennootschapsvorm uit te stellen, af te wijzen of te negeren.

Elke bestaande P.V.B.A. is dan ook van rechtswege een B.V.(B.A.) geworden en kan meteen deze nieuwe benaming van de vennootschapsvorm gebruiken, zonder dat deze wijziging enig besluit van enig orgaan behoeft.

Anders is het gesteld met de benaming van de vennootschap. Dit is een louter conventioneel onderdeel van het vennootschapscontract, waarin de wetgever niet kan ingrijpen, en waartoe de medewerking van de vennoten onontbeerlijk is om de aanpassing daarvan door te voeren. Indien de (oude) aanduiding van de vennootschapsvorm derhalve opgenomen is in de benaming van de vennootschap, zal er een aanpassing van de statuten moeten plaatshebben, en krachtens de overgangsbepaling van artikel 16, heeft de vennootschap daartoe vijf jaar de tijd.

In tegenstelling met de geschetste principes is een praktijk tot stand gekomen waarbij men van de oude P.V.B.A.'s overlegging vraagt van een «besluit» waarbij zij zich de nieuwe benaming van de rechtsvorm eigen hebben gemaakt. Banken en kredietinstellingen verplichten de notaris in akten de oude benaming van de rechtsvorm te gebruiken voor bestaande P.V.B.A.'s, wanneer deze een lening of kredietopening aangaan of in het algemeen genomen verbintenissen aangaan. Alsof... de verbintenis ongelukkig zou zijn indien ze werd aangegaan door een P.V.B.A. die zich B.V.(B.A.) noemt conform de wettelijk gangbare terminologie. Griffies van de rechtbanken van koophandel weigeren de neerlegging van stukken uitgaande van ex-P.V.B.A.'s die zich B.V.(B.A.)'s noemen, op grond van niet-bekendmaking van het besluit tot wijziging van de be-

naming van de rechtsvorm, hoewel nergens uit enige wettekst af te leiden valt dat aan de wijziging van de benaming van de rechtsvorm enige openbaarmakingsverplichting is gekoppeld. Hoe zou het ook kunnen aangezien het besluit tot wijziging van de benaming van de rechtsvorm niet behoort tot de bevoegdheid van de rechtsonderhorigen!

Ten onrechte beroept men zich op de bepalingen die tot bekendmaking van de rechtsvorm verplichten, want deze wettelijke verplichtingen hebben betrekking op de wijziging van de rechtsvorm, wat iets heel anders is dan de wijziging van de benaming van de rechtsvorm, een wijziging die conventioneel tot stand moet komen bij besluit van de algemene vergadering met inachtneming van de wettelijke voorschriften ter zake.

Het is duidelijk dat het besluit van de wetgever de benaming van de rechtsvorm te wijzigen voor alle bestaande P.V.B.A.'s gevolgen heeft, die onmiddellijk gelden. Net zoals een besluit van de gemeenteraad tot wijziging van de benaming van een straatnaam gevolgen heeft voor de bewoners van die straat, zodra het besluit definitief is, met name het zich conformeren, het zich aanpassen aan de nieuwe toestand door een overheidsingrijpen tot stand gebracht.

De bestaande vennootschappen zullen dus het drukwerk, de aankondiging van hun naam en rechtsvorm op huizen, uithangborden, vervoermiddelen, verpakkingen, enzovoort, moeten aanpassen. Maar het betreft hier loutere daden van uitvoering die zeker niet afhangen van enige beslissingsbevoegdheid tot deze wijziging (an sich) over te gaan of niet.

Of de vennootschap, zij het de algemene vergadering of het bestuur, genoeg neemt met die gewijzigde aanduiding van de rechtsvorm, of niet, deze welluidend vindt of niet, deze verantwoord acht of niet, er rest haar alleen zich te schikken naar de nieuwe wetgeving, die zij willens-nillens moet ondergaan.

Een van de uitvoeringsdaden die mogelijk moeten worden verricht, indien men op de griffies van de rechtbanken van koophandel van oordeel is dat de inschrijving in het handelsregister als «P.V.B.A.» niet automatisch kan worden omgezet in «B.V.(B.A.)», zal er dan in bestaan dat de vennootschap verzoekt om een wijziging van de inschrijving met betrekking tot de rechtsvorm. Daartoe kan naar mijn mening geen voorlegging geëist worden van enig besluit van enig vennootschapsorgaan, aangezien deze wijziging een gevolg is van een wetsvoorschrift, en niet van enig besluit van enig vennootschapsorgaan.

In concreto moet de aanpassing in het handelsregister dan ook kunnen worden verkregen op eenvoudige vraag van de zaakvoerder, zonder dat deze daartoe ter rechtvaardiging een besluit van de algemene vergadering behoeft voor te leggen. De wijziging is immers het gevolg van een wetsbepaling en niet van een besluit van de algemene vergadering.

Moet de vennootschapsakte aangepast worden en is daartoe een statutenwijziging nodig? Het is duidelijk dat voor zeer vele vennootschappen de nieuwe bepalingen van de vennootschapswetgeving het startsein betekenen voor een grote schoonmaak in de statuten. Te dier gelegenheid zullen vermoedelijk een groot aantal bepalingen kunnen of moeten worden aangepast. Het spreekt vanzelf dat de oude aanduiding van de vennootschapsvorm één van de te wijzi-

gen tekstgedeelten zal zijn, die naar aanleiding van deze algehele poetsbeurt, in de vorm van een statutenwijziging kan worden vervangen.

Maar, indien de statuten volkomen naar de zin zijn van de vennoten, en geen enkele wijziging behoeven, ook niet in verband met de nieuwe bepalingen, dan lijkt het mij mogelijk, indien men enkel opgescheept zit met een tekstgedeelte, waarin de vennootschapsvorm nog wordt aangeduid met de benaming «personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid», dat de zaakvoerder zich beperkt tot het neerleggen in het vennootschapsdossier van een gecoördineerde tekst van de statuten, waarin deze aanduiding gewoon wordt vervangen door de nieuwe benaming ervan ingevoerd door de wet. Net zoals wanneer bv. een vorig adres van de vennootschap nog steeds opgenomen zit in de statuten, terwijl inmiddels de zaakvoerder reeds conform de hem toegedeelde macht de zetel elders heeft overgebracht, of terwijl ingevolge ingreep van de overheid de benaming van de gemeente, of de straat, of het huisnummer gewijzigd is. Ook in zo'n geval kan, ter gelegenheid van een coördinatie van statuten, dit achterhaald gegeven vervangen worden, zonder dat de algemene vergadering daartoe besluit met inachtneming van de vorm- en quorumvereisten voor een statutenwijziging. Net zoals bv. wanneer het kapitaal van de vennootschap opgetrokken wordt ten gevolge van plaatsing van geheel of een gedeelte van het toegelaten kapitaal. In dat geval kan de vaststelling van deze kapitaalverhoging, met inbegrip van de aanpassing van de statuten die daarvan het gevolg is, gebeuren op verzoek van de raad van bestuur. Het gaat in die gevallen immers niet om een aanpassing van de tekst, die het gevolg is van een besluit van de algemene vergadering. De aanpassing van de statuten ter gelegenheid van een coördinatie is in deze veronderstelling een daad van loutere uitvoering, die behoort tot de bevoegdheid van de zaakvoerder.

Het is evenwel duidelijk dat, indien men de wet interpreteert in de zin dat de verandering van de benaming van de rechtsvorm een statutenwijziging is, waartoe een besluit van de algemene vergadering nodig is, *alle*, vóór de wetswijziging bestaande P.V.B.A.'s verplicht zijn binnen de eerstkomende vijf jaren hun statuten bij authentieke akte, met naleving van de vorm- en quorumvereisten voor een statutenwijziging aan te passen. Ongetwijfeld berust laatstgenoemde interpretatie op de vergissing dat de wijziging van de benaming van de rechtsvorm een zaak is waarover de vennoten te beslissen hebben als ware het een wijziging van de rechtsvorm zelf. Hoewel de aanpassing in werkelijkheid louter het gevolg is van het ingrijpen van de wetgever waaraan de vennootschap zelf volkomen vreemd is.

Op te merken valt dat naar aanleiding van de invoering van de Nederlandse tekst van de Vennootschappenwet (W. 28 mei 1983) een aantal benamingen van bestaande vennootschapsvormen zijn gewijzigd. Zo bijvoorbeeld: «de vennootschap onder gemeenschappelijke naam» die thans «vennootschap onder firma» heet; «de vennootschap bij wijze van eenvoudige geldschieting», die nu een «gewone commanditaire vennootschap» is; de «vennootschap bij wijze van geldschieting op aandelen» waarvan de correcte benaming nu is «commanditaire vennootschap op aandelen». Ook komt men in de praktijk nog vele S.V.'s of «samenwerkende vennootschappen» tegen, die eigenlijk «coöperatieve vennootschap» zouden moeten heten.

Het is wel verwonderlijk vast te stellen dat de bankiers die aan de P.V.B.A.'s die B.V.(B.A.)'s zijn geworden, thans zulke streng formalistische verplichtingen opleggen alvorens ze bereid zijn ze in hun nieuw kledje te erkennen, helemaal achteloos zijn voorbijgegaan aan het fenomeen van de «samenwerkende vennootschappen» die zich, spontaan coöperatieven zijn gaan noemen, of van de vennootschappen onder gemeenschappelijke naam, die zich zoals het hoort thans V.O.F. noemen. Hadden zij deze terminologische omkleedpartij dan óók niet moeten afhankelijk stellen van statutenwijziging, publikatie, neerlegging in het vennootschapsdossier, wijziging van inschrijving in het handelsregister enzovoort? Waarom enerzijds de gestrengheid in bejegening van de P.V.B.A.'s die B.V.B.A.'s werden, en anderzijds de achteloze nonchalance tegenover de andere — evenzeer — gewijzigde benamingen? Toch is de rechtsgrond dezelfde. De wetgever heeft een nieuwe terminologie ingevoerd, zonder enige beperking in tijd, die meteen van kracht is gegaan, en van de bestaande vennootschappen wordt verwacht dat ze er zich aan conformeren. Bij mijn weten is nog geen coöperatieve vennootschap, die zich voorheen samenwerkende vennootschap noemde, wandelen gezonden ter gelegenheid van de neerlegging van stukken in het vennootschapsdossier omdat zij geen besluit kon voorleggen, waaruit blijkt dat ze zich coöperatieve vennootschap wenste te noemen. Met bestaande P.V.B.A.'s gebeurt dit wél!

Deze discriminerende bejegening kan niet als bijzonder consequent worden ervaren. Wordt van alle V.O.F.'s die werden ingeschreven in het handelsregister als V.G.N.'s, een verzoek tot wijziging van de inschrijving ingewacht, zoals men dit nu blijkbaar wel meent te mogen eisen van P.V.B.A.'s die B.V.(B.A.)'s zijn geworden? Op welke gronden kan men een ex-VGN verbieden zich V.O.F. te noemen, zoals de wet het zelf gebiedt?

Ook buiten het specifiek domein van het vennootschapsrecht rijzen ter zake vraagpunten.

Kan en mag de notaris bij een aankoop door een P.V.B.A. opgericht vóór de wetswijziging, deze vennootschap in de aankoopakte identificeren door gebruik te maken van de oude aanduiding van de rechtsvorm? Of moet de notaris deze akte opstellen met de vermelding van de nieuwe rechtsvorm? Of mag hij de nieuwe benaming van de rechtsvorm slechts gebruiken zodra de vennootschap reeds een aanpassing liet registreren in het vennootschapsdossier (vennootschapsakte) of op het handelsregister (inschrijving)?

Aangezien de wetgever de overgangsmaatregel enkel heeft geformuleerd ten aanzien van bestaande vennootschappen die de oude rechtsvorm in hun benaming voeren lijkt mij de enige correcte houding te zijn — behalve voor vennootschappen waarvan de opgave van de rechtsvorm in de benaming is opgenomen — meteen de nieuwe aanduiding te gebruiken, ongeacht of de vennootschap, in het handelsregister of in de vennootschapsakte, neergelegd in het vennootschapsdossier, de oude benaming van de rechtsvorm al dan niet liet wijzigen of bestaan.

In geen geval kan het gebruik van de nieuwe wettelijke terminologie de geldigheid van de akte aantasten vermits er geen twijfel kan bestaan over de identiteit van de vennoot-

schap, noch over haar benaming, noch over haar rechtsvorm.

Besluit

Het valt te betreuren dat de wetgever de praktische consequenties van de wijziging van de benaming van de rechtsvorm niet heeft geregeld door expliciet een automatische overgang van oud naar nieuw te regelen, en dat hij zich heeft beperkt tot het uitvaardigen van een overgangsmaatregel die enkel betrekking heeft op de maatschappelijke benaming van de bestaande vennootschappen.

Vermoedelijk is deze beperking zelfs te wijten aan de onzorgvuldige redactie van artikel 16 en was de overgangsmaatregel bedoeld om de aanpassing van de benaming van de rechtsvorm geleidelijk te laten plaatshebben. In elk geval ontbreekt elke praktische richtlijn met betrekking tot de wijze waarop zulk een «aanpassing» moet geschieden.

Gaat het hier om een statutenwijziging zoals in een aantal eerste commentaren wordt neergeschreven (F. Bouckaert, *Tijd. Not.*, 1985, 234; E. Wymeersch, *Balans*, 25 sept. 1985, blz. 10)?

Naar mijn mening gaat het enkel om een statutenwijziging indien de oude benaming van de rechtsvorm een onderdeel vormt van de maatschappelijke benaming. Is dit niet het geval dan geschiedt de «aanpassing» uit kracht van wet en zal de oude terminologie, ter gelegenheid van een coördinatie van statuten, kunnen worden aangepast, zonder dat daartoe een besluit van de algemene vergadering nodig zij (J. Van Bael, *Notarius*, 1985, 372 e.v.)

Het komt hoe dan ook ongerijmd voor aan bestaande P.V.B.A.'s het recht te onzeggen de nieuwe benaming van de rechtsvorm te gebruiken, zolang zij geen besluit hebben genomen tot aanpassing. Nu de wetgever — die ter zake de exclusieve bevoegdheid heeft — deze nieuwe terminologie als algemeen geldend heeft ingevoerd voor alle vennootschappen van die aard, ongeacht of het gaat om nieuw opgerichte, dan wel om bestaande vennootschappen.

Er bestaan dus sedert 24 augustus 1985 geen P.V.B.A.'s meer. Er bestaan alleen nog B.V.(B.A.)'s waarvan sommige (ex-P.V.B.A.'s) zich ten onrechte nog blijven bedienen van een achterhaalde en niet meer wettelijk gangbare benaming van de rechtsvorm.

Indien men de wetgever naar de letter moet volgen, komt nog een manifeste tekortkoming uit de nieuwe wet naar voren. De verkorte benaming van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid luidt volgens de wet nog steeds P.V.B.A. want, bij onachtzaamheid, werd vergeten in artikel 138, 2°, Venn. W. de verkorte benaming P.V.B.A. te vervangen door B.V.(B.A.). Hier is een verbetering van de wet ongetwijfeld geboden.

Misschien kan de wetgever deze nog wettelijk in te voeren verkorte benaming beperken tot B.V., wat heel wat vlotter hanteerbaar en uitspreekbaar is dan het mondje vol met B.V.B.A., te meer daar «B.V.» in Nederland de wettelijke afkorting is voor «besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid».

Jan W. VAN BAEL

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

22 MEI 1985

President: de h. Moons

Advocaat-generaal: de h. Spielmann

Advocaten: mrs. Braun, Van Hecke, Arendt en Elvinger

Merk — Art. 13.A.2 BMW — Ander gebruik — 1. Mogelijkheid van schade — Omstandigheden — 2. Verwaringsgevaar omtrent de herkomst — 3. Aantasting van aantrekkingskracht — 4. Geldige reden — 5. Doorhaling van depot.

1. Bij zijn beslissing of is voldaan aan het in art. 13.A, eerste lid, aanhef en 2°, BMW gestelde vereiste dat door het «ander gebruik» van het merk of van een overeenstemmend teken «aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht», dient de rechter rekening te houden met alle bijzonderheden van het gegeven geval, zowel die betreffende het merk van degene die zich op de wetsbepaling beroept, als die betreffende het merk of teken tegen welks gebruik deze zich verzet. Beslissend is daarbij uitsluitend of, gezien alle omstandigheden van het gegeven geval, de mogelijkheid bestaat dat het «ander gebruik» de merkhouder schade berokkent.

2. De omstandigheid dat het «ander gebruik» ertoe kan leiden dat het publiek of een gedeelte daarvan zal geloven dat de waar waarop dat «ander gebruik» betrekking heeft, afkomstig is van de merkhouder die zich overeenkomstig art. 13.A.2 BMW tegen dat gebruik verzet, kan op zichzelf voldoende zijn om te oordelen dat de mogelijkheid bestaat dat het gewraakte gebruik de merkhouder schade berokkent.

3. De schade waarop art. 13.A.2 BMW betrekking heeft, kan ook bestaan in een vermindering van het kooplustopwekkend vermogen voor de soort van waren waarvoor het merk van de eiser is ingeschreven, door enige andere omstandigheid dan dat de waar waarop het «ander gebruik» betrekking heeft, op zodanige wijze appelleert aan de zintuigen van het publiek dat het merk voor de soort van waren waarvoor het is ingeschreven, in zijn aantrekkingskracht wordt getroffen.

4. Wanneer een ander van het merk of van een overeenstemmend teken in het economisch verkeer gebruik maakt onder zodanige omstandigheden dat daardoor aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, kan het enkele belang van die ander om door het door hem gebruikte merk of teken tot uiting te brengen dat hij een bepaalde nationaliteit heeft, niet als rechtvaardiging voor zodanig gebruik worden aanvaard.

5. Wanneer de rechter een op art. 13.A.2 BMW gebaseerd verzet van de merkhouder gegrond bevindt tegen «ander gebruik» van een overeenstemmend teken dat als merk is gedeponeerd, dient hij alleen dan de doorhaling uit te spreken van dat depot indien de merkhouder zich niet slechts tegen dat «ander gebruik» heeft verzet, maar tevens op een van de in art. 14 BMW uitputtend opgesomde gronden

den de nietigheid van het depot heeft ingeroepen en de rechter ook dat beroep gegrond bevindt.

Weliswaar brengt art. 13.A.2 BMW mee dat de merkhouder al die maatregelen kan vorderen die het toepasselijke nationale recht hem ter beschikking stelt ter bestrijding van een op zijn merkrecht inbreuk makend gebruik als omschreven in art. 13.A BMW, maar toepassing van die nationale wet kan niet leiden tot een door de rechter uit te spreken doorhaling van het depot van het inbreukmakende merk.

N.V. Lever t/ N.V. International Metals
Zaak A 83/1

Conclusie van de advocaat-generaal A. Spielmann

I. Het verloop van het geding

1. De heer hoofdgriffier van het Benelux-Gerechtshof heeft bij brief van 11 februari 1983 een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift aan partijen en aan de Ministers van Justitie van België, Nederland en Luxemburg toegezonden van een door het Cour de cassation van het Groothertogdom Luxemburg op 13 januari 1983 gewezen arrest, waarbij uw Hof is verzocht uitspraak te doen over zes vragen van uitlegging van artikel 13-A-2 van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken.

2. De vragen luiden als volgt:

Eerste vraag: «Mag en/of moet de feitenrechter, die rekening dient te houden met de betrokken belangen en te dien einde dient te letten op de aard en de omvang van de door de houder van het beschermd merk aangevoerde schade, in vergelijking met de belangen die voor de gebruiker voortvloeien uit het aanwenden van een overeenstemmend teken voor niet-soortgelijke waren, als doorslaggevend of enkel gewichtig beschouwen de omstandigheid dat de zich verzettende merkhouder een groot aantal soorten van waren op de markt brengt die zonder onderscheid voor een groot publiek van consumenten zijn bestemd en waarvoor grootscheeps wordt geadverteerd, terwijl de gebruiker van het overeenstemmende teken zijn waren alleen bij grote hoeveelheden aan een beperkt aantal verwerkende bedrijven verkoopt en zonder dat de zich verzettende merkhouder van enige reclame met dat doel gewag maakt?»

Tweede vraag: «Mag en/of moet de feitenrechter, in dezelfde gedachtengang, rekening houden met de omstandigheid dat de waren waarvoor respectievelijk de twee concurrerende merken gevoerd worden, van elkaar verschillen, niet alleen door de graad van bewerking en de staat van afwerking waarin zij op de markt worden gebracht, doch tevens door het gebruik en het publiek waarvoor zij bestemd zijn, nu één van die waren een ruwe stof is, bestemd voor industriële doeleinden zoals het smeren van machines, en in het groot afgenomen wordt door een gering aantal bedrijven, gespecialiseerd in omzettingsprocédés, en door fabrikanten die volkomen op de hoogte zijn van de aard en de bestemming van dat produkt dat zij kopen om het industrieel om te vormen, terwijl de andere waar een bewerkt

en afgewerkt produkt is dat rechtstreeks is bestemd voor en wordt aangeboden aan het grote verbruikerspubliek voor huishoudelijke, cosmetische doeleinden of lichaamshygiëne of gelijkaardige aanwendungen?»

Derde vraag: «Kan de schade, zonder meer aangevoerd door de merkhouder bestaan in een eventueel geloof bij het publiek of bij een deel van het publiek, dat de waar van de gebruiker van het overeenstemmende merk onrechtstreeks afkomstig is van de houder van het beschermde merk, die zich ertoe beperkt te stellen dat zulk geloof afbreuk zou kunnen doen aan zijn technische en commerciële reputatie of aan die van de groep waartoe hij behoort, zonder evenwel te bewijzen of zelfs het bewijs aan te bieden dat de waar van de gebruiker van het overeenstemmende merk op haar gebied van mindere kwaliteit zou wezen of met minder correcte methodes op de markt zou zijn gebracht?»

Vierde vraag: «Geldt de regel, gegeven in het arrest van 1 maart 1974 van het Benelux-Gerechtshof in de zaak A 74/1 waarbij recht is gesproken in antwoord op de aan dat college gestelde tweede vraag, eveneens in het geval dat de onderscheidenlijk door de zich verzettende merkhouder en de gebruiker van het overeenstemmende teken op de markt gebrachte waren ieder van die aard zijn en normaal zo gebruikt worden dat aan de zintuigen van het publiek niet noodzakelijkerwijze en beslissend of althans wezenlijk kan worden geappelleerd, terwijl geen van de betrokken waren tot doel heeft smaakge waarwordingen op te wekken en terwijl de fundamentele functie van een deel der afgewerkte produkten die door het beschermd merk worden gedekt niet eens het opwekken van reukge waarwordingen is?»

Vijfde vraag: «Kan de 'geldige reden', in art. 13.A.2 BMW bepaald als grond van rechtvaardiging van een inbreuk op de reclamefunctie van het beschermde merk ook nog, afgezien van de noodzaak juist dat teken te gebruiken hoewel het met het beschermde merk overeenstemt, hierin gelegen zijn dat de gebruiker van het overeenstemmende teken er niet alleen belang bij heeft zich te bedienen van dat teken dat hij bijzonder geschikt acht om zijn waar aan te duiden, doch er tevens belang bij heeft met een in het teken begrepen lettergreep of achtervoegsel van zijn eigen nationaliteit (natuurlijke of rechtspersoon) aan te duiden, en, zo niet, zelfs met het gevolg dat het aan alle onderdanen van een Beneluxland wordt verboden een merk of overeenstemmend teken te gebruiken dat hun band met dat land aangeeft of naar die band verwijst?»

Zesde vraag: «Leidt het in artikel 13 BMW bepaalde recht van verzet van de houder van het beschermde merk, mits het in rechte gegrond wordt bevonden, noodzakelijkerwijze tot doorhaling van het overeenstemmende merk waarvan de houder in het economisch verkeer voor zijn niet-soortgelijke waar een onrechtmatig gebruik maakt, of kan de civielrechtelijke sanctie bestaan in andere beschermde of schadevergoedende maatregelen waarin wordt voorzien hetzij door de eenvormige Beneluxwetgeving, hetzij door de nationale wetgeving van de rechter bij wie het bodemgeschil aanhangig is, zoals de bekendmaking van de rechterlijke uitspraak, de toekenning van schadevergoeding en/of de dwangsom?»

(...)

II. In rechte

De zes vragen, die door het Cour de cassation van het

Groothertogdom Luxemburg zijn gesteld, betreffen de uitlegging van artikel 13.A.2 van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken.

A. Die tekst luidt letterlijk als volgt:

«Artikel 13

A. Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen: (...)

2. elk ander gebruik, dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht.

Onder dezelfde voorwaarden kan de merkhouder schadevergoeding eisen voor elke schade, die hij door dit gebruik lijdt.»

De geciteerde tekst wordt in de bijbehorende memorie van toelichting van de volgende commentaar voorzien:

«Artikel 13. Krachtens deze bepaling heeft het uitsluitend recht van een merkhouder een grotere draagwijdte dan volgens de bestaande nationale wetten het geval is. De bepalingen onder A, onder 1, bekrachtigen de bescherming die de huidige wetgeving aan een merkhouder verleent.

Bovendien kan een merkhouder zich volgens het onder A, onder 2, bepaalde, verzetten tegen ieder ander gebruik, dat hem schade toebrengt onder voorwaarde evenwel, dat dit gebruik plaatsheeft in het economische verkeer en zonder geldige reden.

Zo zal de houder het gebruik van het merk bij voorbeeld in woordenboeken of wetenschappelijke werken niet ingevolge de eenvormige wet op de merken kunnen verbieden en zal de rechter over een ruime bevoegdheid beschikken om de feiten, die een werkelijke en ongerechtvaardigde inbreuk op het merkrecht vormen, te beoordelen.

De rechter zal echter het gebruik van het merk door opvolgende verkopers van de waren, die door de merkhouder of zijn licentiehouder binnen het Beneluxgebied of daar buiten in het verkeer zijn gebracht, alleen dan als inbreuk jegens de merkhouder of de licentiehouder, die het merk heeft aangebracht, beschouwen, indien de waren wijzigingen hebben ondergaan, daar deze aan de goede faam van dat merk afbreuk zouden kunnen doen. In de andere gevallen is de verhouding tussen de merkhouder of de licentiehouder en de opvolgende verkopers van hun waren uitsluitend aan het gemene recht onderworpen.»

Merkwaardig is vast te stellen, dat in voornoemde memorie van toelichting met betrekking tot het onder A, onder 2, bepaalde de termen: «dat hem schade toebrengt» worden gebezigd, terwijl in de bepaling zelf sprake is van: «onder zodanige omstandigheden, dat ... schade kan worden toegebracht.»

Naar het mij toeschijnt is de nuance niet onaanzienlijk, met name in verband met de voor het onderhavige geding te geven oplossing. Het probleem zal dan ook in mijn uiteenzetting m.b.t. het antwoord op de eerste door het Cour de cassation van Luxemburg voorgelegde vraag aan de orde worden gesteld.

B. Beantwoording der vragen

Ten aanzien van de eerste vraag

De eerste vraag komt mij eensdeels *complex* voor en lijkt mij anderdeels de *vierde* door het Cour de Cassation van Luxemburg gestelde vraag gedeeltelijk te *overlappen*.

Nu hoeft Uw Hof zich bij de beantwoording van die onvolkomen geformuleerde vragen niet strikt aan een zulke formulering te houden. 's Hofs taak bestaat erin een dienstig antwoord aan de nationale rechter mede te delen en hem de meest geschikte elementen te verstrekken, opdat hij een oplossing voor het bij hem aanhangig gemaakte geschil zou kunnen vinden. (*Contentieux communautaire*, door Vandersanden en Baran, blz. 81, «procédure préjudicielle»; conclusie van de advocaat-generaal M. J.P. Warner in de zaken EMI Records/ CBS United Kingdom, *Jurisprudence van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, 1976-5, blz. 855.)

Hetzelfde probleem is door mr. Antoine Braun, advocaat bij de balie te Brussel, namens de naamloze vennootschap naar Belgisch recht *Lever* in zijn pleitnota van 19 maart 1984 aan de orde gesteld.

Mr. Antoine Braun heeft zich daarin als volgt uitgedrukt:

«Wij zijn de mening toegedaan dat de eerste vraag betrekking hebbende op de derde toepassingsvoorwaarde van artikel 13.A.2 (een gebruik onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht) verdient te worden geherformuleerd als volgt:

'Dient de rechter ten gronde, om na te gaan of het aangeklaagde gebruik zich voordoet onder omstandigheden die de titularis van het merk schade toebrengen, rekening te houden met het feit dat deze laatste een groot aantal soorten produkten verhandelt, voor een groot consumentenpubliek bestemd en gesteund door een belangrijke publiciteit, terwijl de gebruiker van het tweede teken zijn produkten slechts in industriële hoeveelheden aan een beperkt aantal transformatiefabrieken verkoopt en dit zonder dat de verzetdoende titularis melding maakt van welke publiciteit desbetreffend ook?'

Ten einde wat klaarheid in de situatie te scheppen, meen ik dat als volgt moet worden te werk gegaan:

1. Een aantal óf dubbelzinnige, óf overbodige elementen van de vraag als zodanig moeten worden weggelaten,
2. de vraag moet wat worden *aangevuld*;
3. ze dient enigszins te worden gewijzigd, met name aan het einde van de *enkele* zin ervan.

ad 1

— Zoals terecht door de naamloze vennootschap naar Belgisch recht *Lever*, zowel in de memorie van 15 maart 1983 als in de pleitnota van 19 maart 1984, wordt opgemerkt, is de feitenrechter m.b.t. de eerste vraag *geenszins verplicht rekening te houden met de betrokken belangen*.

Dat vraagstuk betreft enkel de vijfde vraag, die op het begrip «*geldige reden*» betrekking heeft.

— Voorts dient de zinsnede: «... *als doorslaggevend of enkel gewichtig* ...» mijns inziens eveneens te worden geschrapt.

Ofwel *moet* de feitenrechter de door het Cour de cassation gemelde feitelijke omstandigheden in aanmerking nemen, ofwel is *hij niet* verplicht er rekening mee te houden.

Hoe dan ook, hij heeft het recht niet deze «*een weinig*» in aanmerking te nemen. Ter zake van principes bestaat er geen middenweg. (Net zomin er geen sprake van «*een weinig*» abortus of «*een weinig*» doodstraf kan zijn.)

ad 2

Zoals hiervoor is aangestipt, bevat het bepaalde in artikel 13.A.2 het begrip: «... dat aan de houder van het merk schade *kan worden toegebracht*».

Het zou dan ook raadzaam zijn dat begrip in de vraagstelling zelf in te voegen.

ad 3

De term: «*terwijl*», verbindingswoord tussen het eerste en het tweede deel van de eerste vraag, kan volgens mij aanleiding geven tot enige verwarring.

Aldus kan worden geconstateerd dat de naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht *International Metals*, al refereert zij zich ten slotte aan 's Hofs oordeel, n.a.v. haar standpunt over de aan de orde gestelde vraag in haar memorie van 18 april 1983 evenwel de mening is toegedaan «*dat het op de eerste vraag te geven antwoord in voorkomend geval positief zou kunnen zijn*».

In dat geval vraag ik mij af of de vraag niet duidelijker zou worden, indien de term «*terwijl*» door de woorden «*zelfs indien*» werd vervangen.

Ik ben derhalve van oordeel dat de eerste vraag als volgt kan worden samengevat:

«Dient de feitenrechter, om na te gaan of het aangevochten gebruik zich voordoet onder *zodanige* omstandigheden, dat aan de houder schade *kan* worden toegebracht, de volgende feitelijke elementen in aanmerking te nemen:

- de houder verhandelt een groot aantal *soorten* waren,
- die waren zijn zonder onderscheid voor een *groot consumentenpubliek* bestemd,
- voor die waren wordt *grootscheeps geadverteerd*, *zelfs indien*

de gebruiker van het overeenstemmende teken zijn waren

- alleen bij *grote* hoeveelheden
- aan een *beperkt* aantal verwerkende bedrijven
- en *zonder enige reclame* verkoopt? »

In dat geval heeft die eerste vraag m.i. betrekking op de volgende begrippen:

1. schade;
2. — waaier van produkten,
- geviseerde klantenkring,
- gevoerde reclame.

ad 1

In de memorie van toelichting bij de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken worden de termen: «*dat schade toebrengt*» m.b.t. artikel 13.A.2 gebezigd.

In de tekst zelf van meergenoemd artikel is er daarentegen sprake van: «*onder zodanige omstandigheden, dat ... schade kan worden toegebracht*».

Uit artikel 13.A.2 vloeit derhalve voort dat een *kans* op schade volstaat.

Dat vraagstuk lijkt mij overigens definitief te zijn opgelost in de zaak A 82/1 in zake: «*Research Specialties for Laboratories P.V.B.A. tegen Chrompack N.V.*». De eerste door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen gestelde vraag luidde als volgt:

«Betekent 'elk gebruik' of alleszins 'ieder ander gebruik in het economisch verkeer', ook de uitsluitende vermelding van de merknaam in publiciteitsdruksels zonder toestem-

ming van de merkhouder, zonder aanduiding van de herkomst van het produkt of zonder enige aanwijzing waaruit blijkt dat het produkt niet afkomstig is van diegene die er in zijn publiciteit gewag van maakt? *Kan de merkhouder zich tegen dergelijke vermeldingen verzetten?*»

De heer advocaat-generaal E. Krings had te dien aanzien onder meer als volgt geconcludeerd:

«Wanneer dus een derde adverteerderswerk verspreidt waarin het merk van de merkhouder vermeld wordt, buiten dezes toestemming, zonder aanduiding van de herkomst van het produkt of zonder enige aanwijzing waaruit blijkt dat het produkt niet afkomstig is van diegene die er in zijn reclame gewag van maakt, dan kan de merkhouder zich op grond van artikel 13.A.2 tegen dat gebruik verzetten, voor zover hij het bewijs levert van de schade *die hij* daardoor *zou kunnen lijden*, en mits de derde geen geldige reden kan doen gelden. Immers, uit de vraag zelve blijkt, dat het gebruik in elk geval in het economisch verkeer plaatsvindt, zodat er vanuit dat oogpunt geen twijfel kan bestaan omtrent de toepassing van de bepaling van artikel 13.A.2»

Uw Hof heeft in zijn arrest van 2 februari 1983 «*voor recht*» verklaard:

«Degene die zich van een anders merk bedient door in een publikatie, ter bevordering van de afzet van zijn eigen waar, aan te geven dat bij het vervaardigen van die waar gebruik is gemaakt van onder dat merk in het economisch verkeer gebrachte materiaal, maakt van het merk gebruik in dat verkeer, in de zin van artikel 13.A.2 van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken. De merkhouder kan zich daartegen verzetten, zo een geldige reden voor dit gebruik ontbreekt en het gebruik *onder zodanige omstandigheden* wordt gemaakt *dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht.*»

Het desbetreffende probleem lijkt mij te zijn opgelost.
ad 2

Zoals hiervoor is aangestipt, houdt de eerste door het Cour de cassation van Luxemburg gestelde vraag daarenboven verband met de begrippen:

- waaier van produkten,
- geviseerde klantenkring,
- gevoerde reclame.

Voor de beantwoording van dit gedeelte van de vraag volstaat het m.i. aan de zaak *Mazda* te refereren. In haar vonnis van 25 oktober 1969 heeft de Tribunal de Grande Instance van Parijs zich onder meer als volgt uitgesproken:

(Vertaling): «Overwegende dat het t.a.v. de bekendheid van de litigieuze benaming vaststaat, dat het door de Compagnie des Lampes gedeponeerde merk *Mazda* in alle landen gedurende lange tijd is aangewend en dat het met name in Frankrijk vanaf het jaar 1910 is gedeponoord; dat het sedertdien, onder meer gesteund door een grootscheepse reclame, permanent op grote schaal en met veel succes is aangewend; dat het een vaststaand en overigens niet betwist feit is, dat het zelfs buiten de kring van vaste gebruikers bij een ruime fractie van het publiek zeer goed bekend is als een merk met een uitmuntende reputatie; dat het thans in Frankrijk de hoedanigheid van algemeen bekend merk niet kan worden onzegd.»

Het Cour d'Appel van Parijs (arrest van 19 oktober 1970) heeft in dezelfde zaak het volgende standpunt ingenomen:

(Vertaling): «Overwegende dat de Tribunal naar voren

heeft gebracht dat het merk *Mazda* van de Compagnie des Lampes zowel wegens de verbreiding ervan in Frankrijk en in de gehele wereld als wegens het langdurig bestaan ervan en de kwaliteit van de waren algemeen bekend was; dat daaruit volgde dat de vennootschappen Toyo-Kogyo en France Motors, die een identiek merk voor niet-concurrerende waren voerden, op zijn minst nalatig waren geweest, waardoor er verwarring over de herkomst van de verkochte waren was ontstaan, terwijl het merk bestemd is om de herkomst aan te geven, en dat door die verwarring de aantrekkingskracht en het onderscheidend vermogen van het merk *Mazda* van de Compagnie des Lampes waren afgenomen;

Overwegende dat appellanten in de eerste plaats doen gelden dat het merk niet 'uitzonderlijk befaamd' is en niet als 'algemeen bekend' kan worden aangemerkt. Doch overwegende dat het vast staat dat het merk *Mazda* van de Compagnie des Lampes bij een ruime fractie van het publiek, zowel wegens de kwaliteit van de waren als wegens de daarvoor gevoerde reclame, zeer goed bekend is; dat de eerste rechters bijgevolg terecht de bekendheid ervan hebben aangehouden.»

Ten slotte lijkt mij een gedeelte van de eerste vraag een oplossing in *de zaak Klarein* te hebben gevonden (uw arrest van 1 maart 1975; zie ook te dien aanzien mijn conclusie m.b.t. de in de onderhavige zaak gestelde vierde vraag).

In dat geval en onder verwijzing naar de vorengenoemde uitspraken ben ik de mening toegedaan dat alle in de eerste vraag vermelde omstandigheden door de feitenrechter in aanmerking moeten worden genomen om na te gaan of «het ander gebruik» van het merk is gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht.

Daaruit volgt dat de door de Cour de cassation van Luxemburg gestelde eerste vraag *bevestigend* dient te worden beantwoord.

Ten aanzien van de tweede vraag

De tweede vraag kan na enige wijziging of aanvulling als volgt worden samengevat:

«Moet de feitenrechter, om na te gaan of het aangevochten gebruik wordt gemaakt onder *zodanige* omstandigheden, dat aan de houder schade *kan* worden toegebracht, rekening houden met het feit dat beide waren

- door de *aard* ervan,
 - door het *gebruik* ervan,
 - door de *bestemming* ervan,
- van elkaar *verschillen*?»

M.i. ligt het voor de hand dat de soortgelijkheid van de waren niet voor de toepassing van artikel 13.A.2 is vereist.

Zoals het geval was voor de door het Cour de cassation van Luxemburg gestelde eerste vraag, moeten de voormelde bijzonderheden (aard, gebruik en bestemming) door de feitenrechter dan ook in aanmerking worden genomen om na te gaan of er mogelijkheid bestaat van schade voor de zich verzettende merkhouder. Vloeit het antwoord op die tweede vraag overigens niet impliciet doch onvermijdelijk voort uit het door uw Hof op de tweede vraag in voornoemde zaak *Klarein* gegeven antwoord?

Hoe dan ook, ik ben van mening dat de tweede vraag eveneens *bevestigend* dient te worden beantwoord.

Welk is overigens *het verschil* tussen de door het Cour de cassation van Luxemburg gestelde eerste en tweede vraag?

Ten aanzien van de derde vraag

De derde vraag kan in twee onderdelen worden ingedeeld en als volgt worden samengevat:

1. *Volstaat* het, opdat er van inbreuk op het recht van de eerste houder in de zin van artikel 13.A.2 sprake zou zijn, dat er bij het publiek een eventueel geloof bestaat dat de waren van beide gebruikers tot een gezamenlijke herkomst kunnen worden teruggebracht?

2. Zo niet, moet de houder van het beschermde merk bewijzen of het bewijs aanbieden dat de waar van de gebruiker van het overeenstemmende merk van mindere kwaliteit is of met minder correcte methodes op de markt is gebracht?

International Metals neemt i.v.m. die vraag onder meer het volgende standpunt in:

«In casu is de vraag waarschijnlijk op die manier gesteld geweest, omdat *Lever* in de loop van het geding vooral twijfels aangaande de kwaliteit van de door *International Metals* te verhandelen talk heeft geuit, zonder evenwel het bewijs aan te bieden dat de desbetreffende talk wellicht niet deugdelijk was en geen handelskwaliteit bezat.

Al heeft de aldus geformuleerde vraag geen algemene draagwijdte, het blijft een feit, dat het te geven antwoord slechts bevestigend zal kunnen zijn: het bewijs van schade moet worden geleverd, een bewering zonder meer is onvoldoende, daar de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken niet in een rechtsvermoeden dienaangaande heeft voorzien.

Lever maakt nog melding van het eventuele geloof bij een deel van het publiek, dat de waar van een zodanige mindere kwaliteit is, dat zij een schadelijke invloed kan uitoefenen op de factoren die de keuze van de koper van de waren van het beschermde merk bepalen.

Dat gevaar dient op basis van de gebleken feiten in concreto door de feitenrechter te worden onderzocht. Noch de bewering, noch de vaste overtuiging van een gevaar voor verwarring dat tot een gevaar voor schade leidt, kunnen als zodanig volstaan om de toepassing van de in artikel 13 bepaalde beschermingsmaatregelen te rechtvaardigen» (memorie van antwoord van 21 september 1983).

Ik ben van oordeel dat het door het Cour de cassation van Luxemburg aan de orde gestelde vraagstuk in de zaak Klarein — onrechtstreeks althans — een oplossing heeft gevonden.

De daarin gestelde eerste vraag luidde letterlijk als volgt: «Stelt evengenoemde wetsbepaling (artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en sub 2), als vereiste voor het verzet van de merkhouder tegen het gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven:

a. dat door dat gebruik afbreuk wordt gedaan aan de onderscheidende kracht van het merk waarvoor de bescherming wordt ingeroepen?

b. dat door dat gebruik gevaar ontstaat voor verwarring bij het publiek omtrent de herkomst van de waren of op onbehoorlijke wijze wordt geprofiteerd van de bekendheid van het merk waarvoor de bescherming wordt ingeroepen?»

Uw Hof heeft in het arrest van 1 maart 1975 het volgende geantwoord:

«In artikel 13, onder A, eerste lid, aanhef en sub 2, van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken is voor het verzet van een merkhouder tegen het gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven niet als vereiste gesteld:

a. dat door dat gebruik afbreuk wordt gedaan aan de onderscheidende kracht van het merk waarvoor de bescherming wordt ingeroepen;

b. dat door dat gebruik gevaar ontstaat voor verwarring bij het publiek omtrent de herkomst van de waren of op onbehoorlijke wijze wordt geprofiteerd van de bekendheid van het merk waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.»

Die beslissing is op de conclusie van de advocaat-generaal mr. W.J.M. Berger genomen, die zich dienaangaande als volgt had uitgedrukt:

«Na het vorenstaande zal het geen verwondering wekken dat, naar mijn oordeel, de eerste vraag, die de Hoge Raad aan uw Hof ter beantwoording heeft voorgelegd, zowel sub a als sub b ontkennend moet worden beantwoord. De vereisten, waaraan moet zijn voldaan, wanneer de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen gebruik van dat merk, zijn bij gebruik van dat merk voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven, vastgelegd in art. 13A, eerste lid aanhef en sub 2, en zijn niet anders dan deze: dat van het merk of van een overeenstemmend teken gebruik wordt gemaakt:

1. zonder geldige reden;

2. in het economische verkeer;

3. onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht.

Is aan deze vereisten voldaan dan 'zal de rechter over een ruime bevoegdheid beschikken om de feiten, die een werkelijke en ongerechtvaardigde inbreuk op het merkrecht vormen, te beoordelen'. Die feiten kunnen hierin zijn gelegen dat aan de onderscheidende kracht van het merk, waarvoor de bescherming wordt ingeroepen, afbreuk wordt gedaan (H.R., 29 januari 1954, *N.J.*, 1954, nr. 449, en H.R., 14 mei 1954, *N.J.*, 1954, nr. 450, met noot van Houwing en H.R., 26 mei 1972, *N.J.*, 1972, nr. 450, m.n. Wichers Hoeth) ofwel ondanks gebruik voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven dat niettemin gevaar ontstaat voor verwarring bij het publiek ofwel dat op onbehoorlijke wijze wordt geprofiteerd van de bekendheid van het merk waarvoor de bescherming wordt ingeroepen. Maar evengenoemde wetsbepaling stelt deze feiten niet als vereisten voor het verzet van de merkhouder. Zij staan ter vrije beoordeling van de rechter.»

Welke is nu de strekking van het antwoord, dat door uw Hof is gegeven op de in de zaak Klarein gestelde eerste vraag met betrekking tot het antwoord, dat op de derde vraag van het onderhavige geding moet worden gegeven?

Naar mijn oordeel is er slechts één mogelijkheid, t.w.:

Uw Hof heeft door zijn uitspraak dat in artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en sub 2, van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken voor het verzet van de merkhouder tegen het gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven *niet als vereiste is gesteld, dat*

door dat gebruik gevaar ontstaat voor verwarring bij het publiek omtrent de herkomst van de waren, impliciet, doch noodzakelijkerwijze beslist dat de door de zich verzettende merkhouder aangevoerde schade *uiteeraard eveneens daarin kan gelegen zijn*, dat door het aangevochten gebruik gevaar kan ontstaan voor verwarring bij het publiek omtrent de herkomst van de desbetreffende waren, op grond van het beginsel dat het minste in het meeste is vervat.

In dat geval ben ik de mening toegedaan dat het eerste onderdeel van de derde vraag *bevestigend* dient te worden beantwoord, waardoor ieder antwoord op het tweede onderdeel van dezelfde vraag overbodig wordt.

Ten aanzien van de vierde vraag

Mr. Antoine Braun heeft in zijn pleitnota van 19 maart 1984 namens de naamloze vennootschap naar Belgisch recht *Lever* de vierde vraag als volgt samengevat:

«Geldt de regel door uw Hof geuit ter beantwoording van de hem in de zaak Klarein gestelde tweede vraag in de hypothese waarin de waren, respectievelijk aangeduid met de concurrerende merken, *niet aan de smaak of reukzin van het publiek appelleren*?»

Ik sluit mij aan bij bovenstaande samenvatting.

Beide partijen lijken het er min of meer over eens te zijn te stellen dat het door uw Hof in de zaak A 74/1 gegeven antwoord *een algemene draagwijdte* heeft.

Immers, volgens de vennootschap *Lever*: «geldt (het antwoord) eveneens in de hypothese bedoeld door het Cour de cassation van Luxemburg want het volstaat dat door gebruik van het tweede merk de *gevoeligheid* van het publiek wordt beïnvloed zodoende dat het beschermde merk riskeert te worden aangetast in zijn kooplust opwekkend vermogen.»

International Metals is van oordeel dat het voorheen door het Beneluxhof gegeven antwoord wel lijkt te moeten blijven gelden, doch dat het ten deze geen toepassing kan vinden.

De vraag kan worden opgeworpen of de vierde vraag niet overbodig is, aangezien uw Hof daarop in meergenoemd arrest m.b.t. de zaak A 74/1 in principe geantwoord heeft, met name in de volgende bewoordingen:

«Overwegende dat tot de voordelen welke voor de houder van een merk aan zijn uitsluitend recht op het merk zijn verbonden, kan behoren hetgeen in de tweede vraag van de Hoge Raad wordt omschreven als zijn kooplust opwekkend vermogen voor de soort van waren waarvoor het merk is ingeschreven;

dat dit vermogen ook kan worden aangetast doordat anderen dan de houder van het merk of een overeenstemmend teken gebruik maken voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven; dat die aantasting hierin kan bestaan dat het merk door het verlies van zijn exclusiviteit niet meer in staat is bij het publiek de onmiddellijke associatie te wekken met de waren waarvoor het is ingeschreven en wordt gebruikt, doch ook mogelijk is dat de waar, waarop het 'ander gebruik' van het merk of overeenstemmend teken betrekking heeft, op zodanige wijze appelleert aan de zintuigen van het publiek, dat het merk voor de soort van waren waarvoor het is ingeschreven, daardoor in zijn aantrekkingskracht en 'kooplust opwekkend vermogen' aan de houder van het merk kan worden toegebracht;

dat niet valt in te zien waarom een dergelijke schade niet

zou kunnen vallen onder de in artikel 13 onder A, eerste lid, sub 2, bedoelde schade, welke aan de houder van een merk kan worden toegebracht door 'elk ander gebruik' dat in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken zonder geldige reden wordt gemaakt;

dat de tekst van het artikel immers geen grond geeft voor een uitlegging waarin nadelen als hier bedoeld niet onder de daarin genoemde schade zouden vallen en zulk een uitlegging ook in de toelichting, volgens welke de rechter over een 'ruime bevoegdheid' zal beschikken 'om de feiten, die een werkelijke en ongerechtvaardigde inbreuk op het merkrecht vormen, te beoordelen', geen enkele steun vindt;»

Volledigheidshalve verdient het aanbeveling de conclusie van de advocaat-generaal mr. W.J.M. Berger dienaangaande weer te geven:

«De tweede door de Hoge Raad voorgelegde vraag vindt haar bevestigend antwoord in de zin en de achtergrond van het hier aan de orde zijnde wetsvoorschrift. In zijn — voor het onderhavig geding belangwekkende rede 'Triptiek van Beschermingsomvang' (1966) komt Van Nieuwenhoven Helbach tot de conclusie: 'dat de verwatering van de reputatie, de wervingskracht en de onderscheidingskracht van een merk voor de bepaling van de beschermingsomvang van het subjectieve merkrecht tweërlei rol speelt. Binnen het kader van overeenstemming in hoofdzaak bij soortgelijkheid van waren levert zij grond op voor directe schending van het subjectieve recht, terwijl zij daarbuiten ook bij afwezigheid van verwarringsgevaar grond voor onrechtmatige daad kan opleveren uit hoofde van het gemene recht. Dat bij afwezigheid van verwarringsgevaar de speciale omstandigheden, die tot aantasting van de reputatie, de werfkracht of de onderscheidingskracht van het oudere merk aanleiding geven, zich niet licht zullen voordoen, kan aan de betekenis voor de verwatering als factor voor de bepaling van de beschermingsomvang van het subjectieve merkrecht niet afdoen'. Welnu de hier destijds nog aan het gemene recht te ontleenen bescherming is m.i. thans in art. 13 sub 2 nedergelegd. Wellicht voor de beantwoording van de gestelde vraag niet in aanmerking komend, zou ik er te dezen op willen wijzen, dat het merk waar het in dit geding over gaat (Claeryn/Klarein) meer in het bijzonder geschikt is om in zijn kooplustopwekkend vermogen te worden getroffen, omdat het inhoudelijk een leuze, een slagwoord is, waarop dan ook daarom Bols in haar reclamecampagne voor de jonge jenever Claeryn bijzonder de nadruk gelegd heeft en waarin Colgate, naar haar zeggen, grond heeft gevonden om het als merk voor haar vloeibare allesreiniger te kiezen. Een schade brengend effect als hier aan de dag treedt, zal zich niet makkelijk voordoen bij jenever, die bijvoorbeeld onder het merk Kabouter of Mops in de handel gebracht wordt. Hier dient ook nog bijzonder gelet op de indringende kracht van de televisie- en radioreclame.»

Een merk kan mitsdien in zijn aantrekkingskracht en zijn «kooplust opwekkend vermogen» worden getroffen, zelfs indien de onderscheidenlijk door de zich verzettende merkhouder en de gebruiker van het overeenstemmende teken op de markt gebrachte waren ieder van die aard zijn en normaal zo gebruikt worden dat aan de zintuigen van het publiek niet noodzakelijkerwijze en beslissend of althans wezenlijk kan worden geappelleerd, terwijl geen van de betrokken waren tot doel heeft smaakgewaarwordingen op te wekken en terwijl de fundamentele functie van een deel der

afgewerkte produkten die door het beschermde merk worden gedekt niet eens het opwekken van reukgevaarwordingen is.

Uit het vorenstaande volgt — voor zover de vierde vraag voor de oplossing van het onderhavige geding als relevant moet worden aangemerkt — dat het antwoord *bevestigend dient te zijn*.

Ten aanzien van de vijfde vraag

De door het Cour de cassation van Luxemburg voorgelegde vijfde vraag houdt verband met het in artikel 13.A.2°, van de Eenvormige Wet bedoelde begrip «*geldige reden*».

— *International Metals N.V. Luxemburg* is via haar lasthebster, mr. Josette Elvinger, van mening dat het antwoord op die vraag als volgt zou kunnen luiden:

«Zo een warenmerk bestaat in een teken dat op zichzelf geoorloofd is, daar het niet rechtstreeks in strijd is met de goede zeden of de openbare orde in een van de Beneluxlanden, maar dat slechts toeëigenbaar is voor zoveel het niet gelijkkluidend is met een term waarvan het vrije gebruik moet worden verzekerd in het respect voor het nationaal gevoel in een van die landen, mag de onderdaan van dat land die een met het merk overeenstemmend teken gebruikt de bedoelde bijzondere omstandigheden inroepen om zodoende het gebruik van het overeenstemmend teken in het economisch verkeer te rechtvaardigen, zelfs onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk een schade kan worden toegebracht. Het staat aan de feitenrechter te beoordelen of, mede gelet op de andere omstandigheden van de zaak, als daar zijn het bestaan van andere beweegredenen bij de gebruiker van het overeenstemmende teken, het gebruik van het overeenstemmend teken voor rechtstreeks soortgelijke, ja zelfs identieke waren, of de gewisheid dat de houder van het merk onvermijdelijk een merkelijke schade zal ondergaan, zodanige bijzondere omstandigheden de geldige reden in de zin van artikel 13.A.2 BMW vormen.

Levert met name de 'geldige reden' op, elk ander gebruik in de zin van artikel 13.A.2 dat gemaakt wordt van een met een merk overeenstemmend teken, ook ingeval door dat gebruik aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, indien het teken, hoewel met het merk overeenstemmende, die overeenstemming ontleent aan de bijzondere omstandigheid dat het merk zelf overeenstemt of geheel gelijk is met een nationaal teken of letterwoord, dat niet vatbaar is voor een uitsluitende private toeëigening.»

Voorts heeft *mevrouw de minister van Justitie* van het Groothertogdom Luxemburg een schriftelijke uiteenzetting ingediend, die verband houdt met de vijfde vraag en die als volgt luidt:

«Artikel 13.A.2 van de eenvormige wet op de warenmerken staat aan de houder van een merk toe zich te verzetten 'tegen elk ander gebruik, dat *zonder geldige reden* in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht'.

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 13 januari 1983 herhaaldelijk verwezen naar de jurisprudentie van uw Hof zoals zij uit het arrest van 1 maart 1975 blijkt. Lijkt weliswaar die jurisprudentie te gaan in die zin, dat het be-

grip 'geldige reden' in dat geval is uitgelegd als betekend 'een noodzaak om juist van dat welbepaald teken gebruik te maken', toch moet het probleem van de uitlegging van genoemd begrip niet 'in abstracto' worden gesteld maar wel 'in concreto' worden onderzocht.

In dat verband moet ik met klem de opvatting steunen, dat een restrictieve uitlegging van het begrip 'geldige reden' er niet in de weg aan kan staan dat een firma die in het Groothertogdom Luxemburg gevestigd is en de afkorting 'Lux' bezigt welke gemeengoed is bij talrijke Luxemburgse ondernemingen, dat woord toevoegt in de aanduiding van een harer produkten, met het doel zodoende de geografische herkomst van het produkt kenbaar te maken en voor zich de goede faam op te eisen die de Luxemburgse produkten zowel op de binnen- als op de buitenlandse markten genieten. In dit opzicht sluit ik mij gaarne aan bij de formulering vervat in de overwegingen van het arrest van het Cour de cassation van 13 januari 1983, volgens welke de afkorting 'Lux' voor een Luxemburger de uitdrukking vormt van zijn recht om bij de keuze van een benaming of een merk van dat nationaliteitslement gebruik te maken.

Ging men de 'geldige reden' zien als het ware als een noodzaak voor de gebruiker die deze verplicht dat teken te gebruiken, dan zou elke specifieke betekenis worden ontnomen aan die term die volstrekt niet kan worden opgevat in de zin van 'noodzaak' of 'overmacht'.

De 'geldige reden', zoals dit begrip althans in het Belgische en het Luxemburgse recht wordt aangewend, doelt op de wettige reden die een gedrag of een houding rechtvaardigt. Aldus bepaalt artikel 343 van het Luxemburgse Burgerlijk Wetboek, dat adoptie niet kan plaatshebben dan indien daartoe geldige redenen aanwezig zijn ('... que s'il y a de justes motifs').

Het in de Benelux-Overeenkomst gebruikte begrip 'geldige reden' zal moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de inhoud die over het algemeen aan dat begrip in de nationale rechten wordt gegeven. Het zou niet opgaan van dat begrip een definitie te geven die specifiek op een welbepaalde materie slaat.

Ik ben derhalve de mening toegedaan, dat op de vijfde vraag, gesteld door het Cour de cassation dient te worden geantwoord, dat de 'geldige reden' die artikel 13.A.2 BMW vereist als rechtvaardigingsgrond voor een inbreuk op de reclamefunctie van het beschermde merk kan worden opgeleverd door de omstandigheid dat de gebruiker van het overeenstemmende teken er een belang bij heeft zijn eigen nationaliteit en de herkomst van zijn produkten aan te duiden door een lettergreep of een achtervoegsel, begrepen in het teken.»

Ik ben het niet met die zienswijze eens.

1. Primair

Primair ben ik van gevoelen dat de gestelde vijfde vraag een *schijnprobleem* is, aangezien het aan de orde gestelde vraagstuk zich in het onderhavige geding niet voordoet.

Een ieder moet immers toegeven dat de waar Lux-Talc *geen Luxemburgs produkt is*. Genoemd begrip «*geldige reden*», als aan de orde gesteld in de vorenvermelde schriftelijke uiteenzetting van mevrouw de minister van Justitie van het Groothertogdom, houdt dan ook generlei verband met de aan uw rechtscolllege voorgelegde zaak ten gronde.

In dat geval meen ik dat het niet op de weg van uw Hof ligt «*recht te spreken*» over een vraag die wellicht uit theo-

retisch oogpunt boeiend kan zijn, doch zich in de onderhavige zaak feitelijk niet voordoet.

Een antwoord — bevestigend of ontkennend — van uw Hof zou immers als het ware vooruitlopen op toekomstige gedingen, waarbij het opgeworpen probleem zich werkelijk zou kunnen voordoen.

Ik ben mitsdien van oordeel dat het antwoord moet luiden dat de door het Cour de cassation van Luxemburg voorgelegde vijfde vraag *geenszins relevant* voor de oplossing van het desbetreffende geding is.

2. Subsidiar

Volledigheidshalve meen ik dat het door het rechtscollege van het Groothertogdom voorgelegde *theoretisch* probleem reeds is opgelost.

In tegenstelling tot de schriftelijke uiteenzetting van mevrouw de minister van Justitie van Luxemburg, ben ik van mening dat uit uw arrest van 1 maart 1975 naar voren komt dat het begrip «geldige reden» «*een noodzaak* juist dat teken te gebruiken» betekent.

Zulks zou uiteraard in de onderhavige zaak evenwel niet het geval zijn, zelfs al was de waar «Lux-Talc» een Luxemburgs produkt (quod non).

Uw Hof zou, eveneens subsidiair, de vijfde vraag ontkennend moeten beantwoorden, mede op grond van de door mr. Ernest Arendt in zijn pleitnota van 19 maart 1984 geformuleerde argumenten, die als volgt luiden:

«De stelling van de Luxemburgse regering kan niet gevolgd worden:

— zij is onverenigbaar met de conclusies van International Metals en de beslissingen van de Luxemburgse rechters die de geldigheid van het merk 'Lux' erkennen;

— zij is onverenigbaar met de interpretatie die uw Hof gegeven heeft van het begrip 'geldige reden';

— zij is onverenigbaar met het EEG-Verdrag en de Europese rechtspraak inzake aanduidingen van herkomst;

— zij is onverenigbaar met de eenvormige Beneluxwet die van de drie grondgebieden een eenheid maakt inzake warenmerken daar zij aan de Luxemburgse onderdanen buitengewone rechten zou toekennen waarvan de merkgebruikers van de twee andere landen verstoken zouden blijven;

Ten slotte lijdt de stelling van de Luxemburgse regering aan interne en externe tegenstrijdigheid en verwacht zij het gebied van de aanduidingen van herkomst met dat van de warenmerken.»

Ten aanzien van de zesde vraag

De zesde vraag kan, ingedeeld in twee onderdelen, als volgt worden samengevat:

1. Leidt het in rechte gegrond bevonden recht van verzet noodzakelijkerwijze *tot doorhaling* van het overeenstemmende merk?

2. Kan de civielrechtelijke sanctie bestaan in *andere maatregelen*, die onder de bevoegdheid van de feitenrechter vallen?

ad 1

Het op het eerste onderdeel van de vraag te geven antwoord moet aan de *teksten zelf* van de BMW worden ontleend, waarbij evenwel een onderscheid tussen de in artikel 13.A.1 en artikel 13.A.2 bepaalde hypothesen moet worden gemaakt.

— Ten aanzien van artikel 13.A.1

Luidens artikel 14.D van de Eenvormige Wet «is alleen de rechter bevoegd uitspraak te doen in de gedingen, welke op deze wet zijn gegrond; *hij spreekt ambtshalve* de doorhaling *uit* van de inschrijving van de nietigverklaarde depots, evenals van de depots waardoor de vervallenverklaarde rechten zijn verkregen».

Voor de toepassing van artikel 13.A.1 is aldus de ambtshalve doorhaling van de inschrijving als verplichte sanctie bepaald.

— Ten aanzien van artikel 13.A.2

Voor de toepassing van artikel 13.A.2 is er in de BMW *geen verplichte sanctie* voorgeschreven.

Met betrekking tot het eerste onderdeel van de zesde vraag, meen ik dan ook dat het antwoord *ontkennend* moet luiden.

Te dien aanzien komt het mij onnodig voor te verwijzen naar het arrest Mécadox t/ Pfizer van 6 juli 1979, luidens hetwelk de door de rechter uitgesproken doorhaling van een op grond van artikel 13.A.1 aangevochten depot mogelijk is.

Ad 2

Ten aanzien van het tweede onderdeel van de zesde vraag blijkt het antwoord uit de *jurisprudentie* van uw Hof, met name uit het voormeld arrest Pfizer.

Uw Hof heeft zich daarin als volgt uitgedrukt:

«Overwegende dat voor het overige moet worden aangenomen dat de ruime en niet nader omschreven term 'zich verzetten' *al die maatregelen* omvat die de merkhouder naar het toepasselijke nationale recht kan vorderen ter bestrijding van een op zijn merkrecht inbreuk makend gebruik als omschreven in artikel 13, onder A;

Overwegende dat in dit verband nog opmerking verdient dat artikel 13, onder A, voor zover inhoudende dat de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen het daar omschreven inbreuk makend gebruik, niet de strekking heeft de merkhouder in enigerlei opzicht te beperken in het aanwenden van de middelen die het toepasselijke nationale recht hem in zodanig geval toekent;

Overwegende dat vraag 2 derhalve aldus moet worden beantwoord dat artikel 13, onder A, van de BMW in ieder geval meebrengt dat de merkhouder een verbod kan vragen om het merk of een overeenstemmend teken op een der wijzen, als omschreven in genoemde bepaling, te gebruiken;

dat voor het overige de term 'zich verzetten' *al die maatregelen* omvat die de merkhouder naar het toepasselijke nationale recht kan vorderen ter bestrijding van een op zijn merkrecht inbreuk makend gebruik als omschreven in artikel 13, onder A.»

Uit het vorenstaande vloeit voort dat het tweede onderdeel van de zesde vraag *bevestigend* moet worden beantwoord in de volgende zin: de civielrechtelijke sanctie *kan*, behalve in de *doorhaling* van het overeenstemmende merk, bestaan in *andere* beschermende of schadevergoedende *maatregelen*, dit alles overeenkomstig de nationale wetgeving van de feitenrechter.

Samenvattend kan de zesde vraag als volgt worden beantwoord:

— de *doorhaling* van het overeenstemmende merk is *niet* als verplichte sanctie *voorgeschreven*;

— zowel de *doorhaling* als *andere maatregelen kunnen* daarentegen worden uitgesproken, mits deze in de nationale wetgeving van de feitenrechter zijn bepaald.

Besluit

Op vorenstaande gronden moge ik concluderen dat uw Hof als volgt uitspraak zou doen nopens de door het Cour de cassation van Luxemburg voorgelegde vragen betreffende de uitlegging van artikel 13.A.2 van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken:

Vraag 1. Ja, de feitenrechter moet, om na te gaan of het aangevochten gebruik wordt gemaakt zonder zodanige omstandigheden, dat aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, alle in de vraag vermelde feitelijke omstandigheden in aanmerking nemen.

Vraag 2. Ja, de feitenrechter moet, om te beoordelen of het aangevochten gebruik wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, rekening houden met de in de vraag vermelde feitelijke elementen.

Vraag 3. Ja, de zonder meer door de zich verzettende merkhouder aangevoerde schade kan daarin gelegen zijn dat er een geloof bij het publiek kan bestaan dat de waren van beide gebruikers van het merk tot een gezamenlijke herkomst kunnen worden teruggebracht.

Vraag 4. Ja, de door het Benelux-Gerechtshof in antwoord op de tweede vraag in de zaak Klarein gegeven regel geldt eveneens in het geval dat de waren die respectievelijk van de concurrerende merken zijn voorzien, niet aan de smaak- of de reukzin van het publiek appelleren.

Vraag 5. Neen, de «geldige reden», die artikel 13.A.2 BMW vereist als rechtvaardigingsgrond voor een inbreuk op de reclamefunctie van het beschermde merk, kan niet worden opgeleverd door de omstandigheid dat de gebruiker van het overeenstemmende teken er belang bij heeft met een in het teken begrepen lettergreep of achtervoegsel zijn eigen nationaliteit (natuurlijke of rechtspersoon) aan te duiden.

Vraag 6. a) Neen, het in rechte gegrond bevonden recht van verzet leidt niet noodzakelijkerwijze tot doorhaling van het overeenstemmende merk. *b) Ja*, de civielrechtelijke sanctie kan zowel in de doorhaling van het overeenstemmende merk als in andere civielrechtelijke maatregelen bestaan, mits al die maatregelen in de nationale wetgeving van de feitenrechter zijn bepaald.

Arrest

Ten aanzien van de feiten en het verloop van het geding

De naamloze vennootschap Lever, houdster in de Benelux-landen van het merk Lux ter aanduiding van produkten in de klassen 1 en 3 van de internationale classificatie, heeft de procedure voor de Tribunal d'arrondissement te Luxemburg, zitting houdende in koophandelszaken, ingeleid door te dagvaarden de naamloze vennootschap International Metals, die het merk Lux-Talc op 27 mei 1975 had gedeponeerd en laten inschrijven in klasse 1 voor industriële talk en in klasse 3 voor toilettalk. De dagvaarding van 18 februari 1976 strekte ertoe te horen vaststellen, op grond van artikel 13.A.1 van bovengenoemde Eenvormige Wet, dat

het merk Lux-Talc inbreuk maakt op het merk Lux en strekte tevens tot de doorhaling van het merk Lux-Talc.

Bij vonnis van 15 december 1976 heeft de Rechtbank de eis van Lever afgewezen. Lever heeft op 4 mei 1977 hoger beroep ingesteld.

In hoger beroep heeft Lever zich subsidiair beroepen op artikel 13.A.2 BMW daar zij oordeelde dat het gebruik dat International Metals in het economisch verkeer en zonder geldige reden maakt van het jongere merk Lux-Talc, haar als houdster van het merk Lux schade kan toebrengen. Deswege verzocht Lever enerzijds voor recht te verklaren dat Lux-Talc een inbreuk maakt op het merk Lux en anderzijds dat de inschrijving van het merk Lux-Talc zou worden doorgehaald.

De Cour supérieure de Justice, zitting houdende als appelrechter in koophandelszaken, heeft bij arrest van 13 juni 1979 beslist dat de door meergenoemde merken aangeduide waren niet soortgelijk zijn in de zin van artikel 13.A.1 BMW en heeft daaruit afgeleid dat er geen gevaar voor verwarring tussen die merken bestaat en dat de vordering op grond van merkinbreuk ongegrond was. In het arrest werd ook het subsidiaire beroep op artikel 13.A.2 afgewezen, op grond van het feit dat bedoeld artikel tot doel had beroemde merken tegen parasitaire aantastingen te beschermen, doch dat het merk Lux niet de kenmerken van een beroemd merk bezit.

Op het op 27 februari 1980 ingestelde cassatieberoep heeft de Cour de cassation op 26 november 1981 een arrest gewezen, waarbij het arrest van de appelrechter op dit laatste punt werd vernietigd, op grond «dat het bestreden arrest, door de wettelijke bescherming van artikel 13.A.2 van de BMW te weigeren aan het ouder bevonden merk Lux, en zulks enkel omdat dit merk niet ten volle de kenmerken van een beroemd merk bezit, heeft geschonden het evengenoemde artikel 13.A.2 in de uitlegging welke het Benelux-Gerechtshof daaraan heeft gegeven, bij welke uitlegging de Cour de cassation zich aansluit».

Ten gevolge van dat arrest kwam de zaak opnieuw voor bij de Cour de cassation, zitting houdende in rescissie. Dit college heeft bij arrest van 13 januari 1983 het Benelux-Gerechtshof verzocht uitspraak te doen over een aantal vragen van uitleg van artikel 13.A.2 BMW.

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van alle vragen samen

Overwegende dat alle vragen betrekking hebben op artikel 13.A, eerste lid, aanhef en onder 2. BMW, hierna ook te noemen: de wetsbepaling;

dat de vragen 1 tot en met 4 meer in het bijzonder betreffende de uitleg van het in die bepaling gestelde vereiste dat het «ander gebruik» dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt, plaatsvindt «onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht», vraag 5 de uitleg van het vereiste dat zodanig gebruik geschiedt «zonder geldige reden» en vraag 6 de omvang van de te vorderen sancties;

Ten aanzien van de vragen 1 en 2

Overwegende dat de Cour de cassation blijkens haar eerste en tweede vraag wil weten of de rechter die over de feiten oordeelt, wanneer hij moet uitmaken of in concreto is voldaan aan het vereiste van de wetsbepaling dat door

het «ander gebruik» van het merk of van een overeenstemmend teken «aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht», rekening moet houden met omstandigheden als in die vragen omschreven ;

dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, omdat de rechter bij zijn beslissing of aan dat vereiste is voldaan, rekening dient te houden met alle bijzonderheden van het gegeven geval, zowel die betreffende het merk van degene die zich op de wetbepaling beroept, als die betreffende het merk of teken tegen welks gebruik deze zich verzet ;

dat, voor het geval uit vraag 1 moet worden opgemaakt dat de Cour de cassation daarenboven wenst te weten welk onderling gewicht die rechter daarbij met name aan de in die vraag omschreven omstandigheden moet toekennen, moet worden geantwoord dat deze vraag zich voor beantwoording in abstracto niet leent ;

dat ten slotte de formulering van vraag 1 aan het Benelux-Gerechtshof aanleiding geeft op te merken dat de opvatting dat de rechter die over de feiten oordeelt, aan zijn oordeel of voldaan is aan meerbedoeld vereiste, afweging van de wederzijdse belangen van partijen ten grondslag dient te leggen, onjuist is, omdat die rechter daarbij uitsluitend de feitelijke vraag heeft te beantwoorden of, gezien alle omstandigheden van het gegeven geval, de mogelijkheid bestaat dat het «ander gebruik» de merkhouder schade berokkent ;

Ten aanzien van vraag 3

Overwegende dat de Cour de cassation blijkens haar derde vraag in de eerste plaats wil weten of de omstandigheid dat het «ander gebruik» ertoe kan leiden dat het publiek of een gedeelte daarvan zal geloven dat de waar waarop dat «ander gebruik» betrekking heeft, afkomstig is van de merkhouder die zich overeenkomstig de wetbepaling tegen dat gebruik verzet, op zichzelf voldoende kan zijn om te oordelen dat de mogelijkheid bestaat dat het gewraakte gebruik de merkhouder schade berokkent ;

dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord omdat de wetbepaling de merkhouder mede beoogt te beschermen tegen het gevaar dat bij het publiek omtrent de herkomst der waren verwarring ontstaat ;

dat gegeven dit antwoord de derde vraag voor het overige geen behandeling behoeft ;

Ten aanzien van vraag 4

Overwegende dat de Cour de cassation blijkens haar vierde vraag wil weten of de schade waarop de wetbepaling betrekking heeft, ook kan bestaan in een vermindering van het kooplustopwekkend vermogen voor de soort van waren waarvoor het merk van eiser is ingeschreven, door enige andere omstandigheid dan dat de waar waarop het «ander gebruik» betrekking heeft, op zodanige wijze appelleert aan de zintuigen van het publiek dat het merk voor de soort van waren waarvoor het is ingeschreven, in zijn aantrekkingskracht wordt getroffen ;

dat moet worden aangenomen dat de wetbepaling er mede toe strekt de merkhouder te beschermen tegen elke aantasting van de aantrekkingskracht van zijn merk, zodat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord ;

Ten aanzien van vraag 5

Overwegende dat uit het arrest van de Cour de cassation blijkt dat haar vijfde vraag meer in het bijzonder is ingegeven door het verweer van International Metals dat het be-

standdeel Lux in het gewraakte merk Lux-Talc verwijst en mag verwijzen naar het feit dat de onderneming die dit merk gebruikt, haar zetel in Luxemburg heeft ;

Overwegende dat de Cour de cassation derhalve wil weten of de omstandigheid dat het overeenstemmende teken waarop het «ander gebruik» betrekking heeft, tot uitdrukking brengt dat de gebruiker een bepaalde nationaliteit heeft, een geldige reden in de zin van de wetbepaling kan opleveren ;

dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat wanneer een ander van het merk of van een overeenstemmend teken in het economisch verkeer gebruik maakt onder zodanige omstandigheden dat daardoor aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, het enkele belang van die ander om door het door hem gebruikte merk of teken tot uitdrukking te brengen dat hij een bepaalde nationaliteit heeft, voor zodanig gebruik niet als rechtvaardiging kan worden aanvaard ;

Ten aanzien van vraag 6

Overwegende dat enerzijds de Cour de cassation blijkens haar zesde vraag wil weten of de rechter die een op de wetbepaling gebaseerd verzet van de merkhouder tegen «ander gebruik» van een overeenstemmend teken gegrond bevindt, indien dat teken als merk is gedeponereerd, noodzakelijkerwijs tevens de doorhaling van de inschrijving van dat depot dient uit te spreken ;

dat op die vraag moet worden geantwoord dat voor zodanige uitspraak uitsluitend dan plaats is, indien de merkhouder zich niet slechts tegen dat «ander gebruik» heeft verzet, maar tevens op één van de in artikel 14 BMW uitputtend opgesomde gronden de nietigheid van het in de vraag bedoelde depot heeft ingeroepen en de rechter dat beroep gegrond bevindt ;

dat anderzijds — nu niet blijkt dat Lever te dezen een bevel tot vrijwillige doorhaling van de inschrijving van International Metals heeft gevorderd — wat het tweede deel van deze vraag betreft slechts behoeft te worden opgemerkt dat artikel 13.A BMW weliswaar in ieder geval meebrengt dat de merkhouder een verbod kan vragen om het merk of overeenstemmend teken te gebruiken op een der wijzen als in die bepaling omschreven en voor het overige meebrengt dat de merkhouder al die maatregelen kan vorderen die het toepasselijke nationale recht hem ter beschikking stelt ter bestrijding van een op zijn merkrecht inbreuk makend gebruik als omschreven in artikel 13.A, maar dat toepassing van die nationale wet niet kan leiden tot een door de rechter uit te spreken doorhaling van het in de vraag bedoelde depot, hoedanige uitspraak immers uitsluitend kan worden gebaseerd op nietigverklaring overeenkomstig artikel 14 BMW.

(...)

Verklaart voor recht :

Ten aanzien van de vragen 1 en 2 : Bij zijn beslissing of is voldaan aan het in artikel 13.A, eerste lid, aanhef en 2°, BMW gestelde vereiste dat door het «ander gebruik» van het merk of van een overeenstemmend teken «aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht», dient de rechter rekening te houden met alle bijzonderheden van het gegeven geval, zowel die betreffende het merk van degene die zich op de wetbepaling beroept, als die betreffende het

merk of teken tegen welks gebruik deze zich verzet. Beslissend is daarbij uitsluitend of, gezien alle omstandigheden van het gegeven geval, de mogelijkheid bestaat dat het «ander gebruik» de merkhouder schade berokkent.

Ten aanzien van vraag 3: De omstandigheid dat het «ander gebruik» ertoe kan leiden dat het publiek of een gedeelte daarvan zal geloven dat de waar waarop dat «ander gebruik» betrekking heeft, afkomstig is van de merkhouder die zich overeenkomstig artikel 13.A.2 BMW tegen dat gebruik verzet, kan op zichzelf voldoende zijn om te oordelen dat de mogelijkheid bestaat dat het gewraakte gebruik de merkhouder schade berokkent.

Ten aanzien van vraag 4: De schade waarop artikel 13.A.2 BMW betrekking heeft, kan ook bestaan in een vermindering van het kooplustopwekkend vermogen voor de soort van waren waarvoor het merk van eiser is ingeschreven, door enige andere omstandigheid dan dat de waar waarop het «ander gebruik» betrekking heeft, op zodanige wijze appelleert aan de zintuigen van het publiek dat het merk voor de soort van waren waarvoor het is ingeschreven, in zijn aantrekkingskracht wordt getroffen.

Ten aanzien van vraag 5: Wanneer een ander van het merk of van een overeenstemmend teken in het economisch verkeer gebruik maakt onder zodanige omstandigheden dat daardoor aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, kan het enkele belang van die ander om door het door hem gebruikte merk of teken tot uitdrukking te brengen dat hij een bepaalde nationaliteit heeft, niet als rechtvaardiging voor zodanig gebruik worden aanvaard.

Ten aanzien van vraag 6: Wanneer de rechter een op artikel 13.A.2 BMW gebaseerd verzet van de merkhouder gegrond bevindt tegen «ander gebruik» van een overeenstemmend teken dat als merk is gedeponeerd, dient hij alleen dan de doorhaling uit te spreken van dat depot indien de merkhouder zich niet slechts tegen dat «ander gebruik» heeft verzet, maar tevens op één van de in artikel 14 BMW uitputtend opgesomde gronden de nietigheid van het in de vraag bedoelde depot heeft ingeroepen en de rechter ook dat beroep gegrond bevindt.

Weliswaar brengt artikel 13.A.2 BMW mee dat de merkhouder al die maatregelen kan vorderen die het toepasselijke nationale recht hem ter beschikking stelt ter bestrijding van een op zijn merkrecht inbreuk makend gebruik als omschreven in artikel 13.A BMW, maar toepassing van die nationale wet kan niet leiden tot een door de rechter uit te spreken doorhaling van het depot van het inbreukmakende merk.

(...)

NOOT—Art. 13.A.2 BMW

1. In het geannoteerde arrest krijgt het Benelux-Gerechtshof (hierna BGH) uitsluitend vragen te beantwoorden betreffende de uitlegging van art. 13.A.2 BMW.

In de procedure die tot dit arrest aanleiding heeft gegeven, gevoerd door de N.V. Lever, houdster van het merk «Lux» in de Beneluxlanden tegen de Luxemburgse N.V. International Metals, houdster van het jongere merk «Lux-Talc», hebben de feitenrechters de verbodsvordering ex art. 13.A.1 evenals de eis tot doorhaling van het merk «Lux-Talc» afgewezen op grond van de overweging, dat de merken weliswaar overeenstemmend waren, maar de produk-

ten (enerzijds schoonmaak- en toiletartikelen, anderzijds industriële en toilettalk) niet soortgelijk waren. Daaruit hebben de feitenrechters afgeleid dat er tussen de merken geen verwarringsgevaar bestond. In hoger beroep beriep Lever zich echter subsidiair eveneens op art. 13.A.2, maar de Cour supérieure de justice wees de vordering ook op dit punt af op grond van de overweging dat die bepaling tot doel had «beroemde merken» te beschermen en het merk «Lux» niet de kenmerken van een beroemd merk bezit. De Cour de cassation, duidelijk meer vertrouwd met de rechtspraak van het BGH (arrest Colgate/Bols van 1 maart 1975, antwoord op de derde vraag)¹ heeft de uitspraak van de Cour supérieure op dit punt gecasseerd, zodat in rescissie de Cour de cassation opnieuw uitspraak diende te doen over Lever's eis gebaseerd op art. 13.A.2. Door dit rechtscollege werden een zestal vragen van uitleg tot het BGH gericht die, als gezegd, alle betrekking hebben op art. 13.A.2.

Zoals door het BGH in het arrest wordt opgemerkt, betreffen de eerste vier vragen de uitleg van het in art. 13.A.2 gestelde vereiste dat het «ander gebruik» dat van het merk of een overeenstemmend teken wordt gemaakt, plaatsvindt «onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht». De eerste twee vragen betreffen de feitelijke gegevens waarmee rekening mag of dient te worden gehouden bij het beoordelen van de schademogelijkheid, terwijl in de derde en vierde vraag wordt gepeild naar de aard van de in aanmerking te nemen mogelijke schade. Deze vier vragen waren, op zijn minst gezegd, niet van dien aard dat ze het BGH ertoe konden brengen nieuwe perspectieven te openen op art. 13.A.2, maar ze zijn wel symptomatisch voor een zekere reticentie bij de feitenrechters, deze bepaling als een al te gemakkelijk alternatief ter beschikking te stellen van de merkhouder wiens eis op basis van art. 13.A.1 wegens niet-soortgelijkheid der waren wordt afgewezen, zoals in casu het geval was. Voor deze reticentie kan men begrip hebben². Het verschijnen op de markt van een zelfde merk voor ongelijksoortige waren kan immers op zichzelf niet voldoende zijn om de mogelijkheid van schadeberokkening in de zin van art. 13.A.2 aan te nemen. Dit zou inderdaad de opheffing betekenen van het nog steeds in art. 13.A.1 verankerde specialiteitsbeginsel, waarvan slechts onder wel bepaalde voorwaarden op basis van art. 13.A.2 kan worden afgeweken, en tot een oeverloze uitbreiding leiden van de merkbescherming.

2. De eerste vraag strekte ertoe te vernemen of bij het beoordelen van het schaderisico voortvloeiend uit het gebruik van een overeenstemmend teken voor niet soortgelijke waren rekening mag of moet worden gehouden met de omstandigheid «dat de zich verzettende merkhouder een groot aantal soorten waren op de markt brengt die zonder

¹ Benelux-Gerechtshof, *Jurisprudentie*, 1975-79, 1, R.W., 1974-75, 2059 met noot ECKMAN P.

² Voor voorbeelden van deze reticentie in de Nederlandse rechtspraak, cf. Hof Amsterdam, 22 mei 1980, *BIE*, 1981, 324; Rb. Arnhem, 24 juni 1982, *BIE*, 1984, 51. In deze uitspraken manifesteert zich deze reticentie in het stellen van te hoge eisen aan de schademogelijkheid. Cf. WICHERS HOETH in de noot onder H.R., 13 januari 1984, *N.J.*, 1984, p. 1486 (Pour vous Madame).

onderscheid voor een groot publiek van consumenten zijn bestemd en waarvoor grootscheeps wordt geadverteerd, terwijl de gebruiker van het overeenstemmende teken zijn waren alleen bij grote hoeveelheden aan een beperkt aantal verwerkende bedrijven verkoopt en zonder dat de zich verzettende merkhouders van enige reclame met dat doel gewag maakt». Met de tweede vraag wilde de feitenrechter vernemen of hij er rekening mee mag of moet houden dat de produkten waarop de concurrerende merken betrekking hebben, verschillend zijn, niet alleen door hun mate van afwerking, maar ook door het gebruik waarvoor zij zijn bestemd en m.b.t. het publiek waarvoor zij bestemd zijn.

Het BGH beantwoordt beide elkaar goeddeels overlappende vragen samen en bevestigt dat inderdaad «met alle bijzonderheden van het gegeven geval» rekening dient te worden gehouden «zowel die betreffende het merk van degene die zich op de wetbepaling (art. 13.A.2) beroept, als die betreffende het merk of teken tegen welks gebruik deze zich verzet». Een voor de hand liggend antwoord dat geen nadere commentaar vereist.

De vragen, zoals zij waren geformuleerd, hadden echter niet zonder meer de strekking nadere aanwijzingen te verkrijgen nopens de feitelijke gegevens waarmee rekening diende te worden gehouden bij het beoordelen of het «ander gebruik» al dan niet onder zodanige omstandigheden geschiedt «dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht». De feitenrechtters gingen er duidelijk van uit (eerste vraag) dat zij zich niet dienden te beperken tot het feitelijk vaststellen van een schaderisico voor de zich verzettende merkhouders, maar dienden over te gaan tot een soort belangenafweging door de door de merkhouders ingeroepen schademogelijkheid te stellen tegenover de belangen die voor de gebruiker voortvloeien uit het «ander gebruik». Ongevraagd maar duidelijk worden de feitenrechtters op dit punt terechtgewezen: de opvatting dat de feitenrechter aan zijn oordeel of het «ander gebruik» van dien aard is dat het schade kan veroorzaken, een «afweging van de wederzijdse belangen van partijen ten grondslag dient te leggen», is onjuist «omdat die rechter daarbij uitsluitend de feitelijke vraag heeft te beantwoorden of, gezien alle omstandigheden van het gegeven geval, de mogelijkheid bestaat dat het 'ander gebruik' de merkhouders schade berokkent». Dit is ongetwijfeld het belangrijkste element in het antwoord van het BGH op de eerste twee vragen. Zoals men zich wellicht zal herinneren, heeft het BGH wel een afweging van belangen nodig geoordeeld bij de beoordeling of voor het «ander gebruik» een «geldige reden» kan worden ingeroepen in het geval dat de «andere gebruiker» zich op een eigen recht beroept. In het arrest Colgate/Bols heeft het BGH, met name, gepreciseerd dat in een dergelijk geval «behalve met de rangorde van de desbetreffende depots, tevens rekening zal moeten worden gehouden met de aard en de omvang van de schade die de merkhouders aanvoert, zulks in vergelijking met de belangen die voor de gebruiker bij het gebruik van hetzelfde merk of een overeenstemmend teken voor zijn waren zijn betrokken». Buiten deze hypothese is er van een «geldige reden» volgens het BGH slechts sprake wanneer «een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken dat het van hem (de gebruiker) in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich, niettegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouders toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt». Het is duidelijk, dat door ge-

heel algemeen een belangenafweging ten grondslag te leggen aan het onderzoek naar de mogelijkheid van schade ingevolge het «ander gebruik», zoals door de Luxemburgse feitenrechtters voorgestaan, de strenge eisen die het begrip «geldige reden» stelt opdat er van een gerechtvaardigd «ander gebruik» sprake kan zijn, praktisch zouden worden geneutraliseerd.

3. Zoals men weet, kan de merkhouders zich op basis van art. 13.A.1 verzetten tegen elk gebruik van het merk of een overeenstemmend teken voor soortgelijke waren, zonder dat verwarringsgevaar dient te worden vastgesteld³. M.b.t. het door het specialiteitsbeginsel beheerste begrip van de merkinbreuk «stricto sensu» is dit een verruiming van de beschermingsomvang van het merk ten opzichte van de bescherming die het merk genoot onder de oude Belgische merkenwet en jurisprudentie die het bestaan van verwarringsgevaar vereisten voor de vaststelling van merkinbreuk. Het komt wel overeen met de bescherming die door de oude Nederlandse merkenwet (als gewijzigd in 1956) werd verleend tegen merken die «geheel of in hoofdzaak» overeenstemden met een merk waarop een ander recht had (art. 4bis, lid 3, sub a, en art. 10, lid 1, sub a) en waarbij evenmin verwarringsgevaar werd vereist. De oude Nederlandse merkenwet verleende echter ook bescherming tegen merken die zodanig overeenstemden met een merk waarop een ander recht had, «dat bij het publiek verwarring omtrent de herkomst der waren zou kunnen ontstaan» zonder dat soortgelijkheid der waren was vereist (art. 4bis, lid 3, sub b, en art. 10, lid 1, sub b)⁴. Wel werd door de Nederlandse rechtters bij het toepassen van de bepalingen vaak gewezen op de ondanks de ongelijksoortigheid bestaande verwantschap tussen de waren⁵. Aangezien art. 13.A.1 soortgelijkheid van de waren vereist wordt deze bescherming nu door art. 13.A.2 verleend, dat de merkhouders toelaat zich te verzetten tegen «elk ander gebruik», «hetgeen niet anders kan betekenen dan een gebruik dat niet is een gebruik voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren»⁶. In zijn in 1970 verschenen «Kort Commentaar»⁷ kon Wichers Hoeth dan ook stellen dat de «tot dusverre door de rechtspraak gevormde regels betreffende het begrip 'verwarring omtrent de herkomst' ... hier (zullen) kunnen worden toegepast». Dat art. 13.A.2, naast bescherming tegen verwarringsgevaar omtrent de herkomst der waren, een nog veel ruimere bescherming biedt heeft het BGH overigens duidelijk gemaakt in het arrest Colgate/Bols waarin het, onder verwijzing naar de Beneluxtoelichting bij de BMW, overwoog «dat volgens de nieuwe eenvormige wet de beschermingsomvang van het merk rui-

³ Cf. arrest Jullien/Verschuere van 20 mei 1983, *Benelux-Gerechtshof, Jurisprudentie*, 1983, 36. Zie hierover ECKMAN, P., «De beschermingsomvang van het merk ex art. 13.A, lid 1, sub 1^o, BMW», *R.W.*, 1985-86, 769.

⁴ Cf. ECKMAN, P., o.c., 771.

⁵ Cf. DRUCKER, W.H., BODENHAUSEN, G.H.C. en WICHERS HOETH, L., *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, 4e druk, 1966, 115.

⁶ WICHERS HOETH, L., W.H. Drucker en G.H.C. Bodenhau-sen's *Kort Begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, 6e druk, 1984, 99-100.

⁷ WICHERS HOETH, L., *Kort commentaar op de Benelux Merkenwet*, 1970, 91.

mer is dan nodig is om het merk te beschermen tegen aantasting van zijn onderscheidende kracht en ter voorkoming van het gevaar dat bij het publiek omtrent de herkomst der waren verwarring zou ontstaan».

De derde vraag van de Cour de cassation nu, strekte er in wezen toe te vernemen of kan worden volstaan met de vaststelling van herkomstverwarring en of daarnaast en daarbuiten niet nog concrete bijkomende omstandigheden (zoals bv. mindere kwaliteit van de onder het aangevallen merk op de markt gebrachte produkt) dienden te worden bewezen, die van dien aard zouden zijn dat ze afbreuk doen aan de reputatie van de merkhouder. Het BGH antwoordt kort en duidelijk dat inderdaad art. 13.A.2 mede beoogt de merkhouder te beschermen tegen het gevaar dat bij het publiek omtrent de herkomst der waren verwarring ontstaat. Het bestaan van verwarringsgevaar omtrent de herkomst der waren brengt op zichzelf dus mee dat een «ander gebruik» geschiedt «onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht». Er hoeft niet nog in concreto een bijzondere schademogelijkheid, zoals die voortvloeiend uit de eventuele mindere kwaliteit van de onder het inbreukmakend merk verkochte waren te worden aangetoond. In het licht van wat voorafgaat o.m. wat betreft de reeds onder het oude Nederlandse merkenrecht verleende bescherming was het antwoord van het BGH ook op deze derde vraag vrij voor de hand liggend. Voor de Luxemburgse rechters, die reeds in het kader van art. 13.A.1 hadden beslist dat de waren niet soortgelijk waren en daaruit hadden afgeleid dat er tussen de merken geen verwarringsgevaar bestond, blijft er dus over na te gaan of er niet toch verwarringsgevaar in ruimere zin, m.a.w. verwarringsgevaar omtrent de herkomst der waren voorhanden is, daarbij rekening houdend met alle feitelijke gegevens, overeenkomstig het antwoord van het BGH op de eerste twee vragen, en met name, met het eventuele bestaan van een mogelijke verwantschap tussen de waren en met het feit dat art. 13.A.2 slechts een kans op schade, niet een daadwerkelijke schade vereist⁸.

4. Met de vierde vraag wensten de feitenrechters enige precisering m.b.t. het antwoord door het BGH in het arrest Colgate/Bols gegeven op een door de Hoge Raad gestelde vraag en waarin het had bevestigd dat door het «ander gebruik» aan de houder van het merk schade kon worden toegebracht wanneer de waar, waarop het «ander gebruik» van het merk of overeenstemmend teken betrekking heeft, op zodanige wijze appelleert aan de zintuigen van het publiek (vloeibare zeep) dat het merk voor de soort van waren waarvoor het is ingeschreven (jonge jenever) daardoor in zijn aantrekkingskracht en «kooplustopwekkend vermogen» wordt getroffen. De feitenrechters wensten inderdaad te weten of deze aantasting van het kooplustopwekkend vermogen zich ook kan voordoen wanneer de produkten van de zich verzettende merkhouder en van de gebruiker van het overeenstemmend teken niet wezenlijk aan de zintuigen appelleren, m.a.w. of de mogelijke schade ook kan

bestaan in enige andere omstandigheid waardoor het merk in zijn aantrekkingskracht wordt getroffen. Dat het BGH deze vraag bevestigend beantwoordt en beslist dat art. 13.A.2 «er mede toe strekt de merkhouder te beschermen tegen elke aantasting van de aantrekkingskracht van zijn merk», ligt geheel in de lijn van zijn Colgate/Bols arrest waarin het niet alleen de mogelijkheid van bovengenoemde vorm van aantasting heeft erkend maar ook heeft beslist dat «die aantasting hierin kan bestaan dat (als gevolg van het 'ander gebruik') het merk door het verlies van zijn exclusiviteit niet meer in staat is bij het publiek de onmiddellijke associatie te wekken met de waren waarvoor het merk is ingeschreven en wordt gebruikt». De feitenrechter zal er echter goed aan doen, bij het onderzoek van de vraag of van een dergelijke aantasting van de aantrekkingskracht van het merk sprake is, zich te herinneren dat het BGH in hetzelfde Colgate/Bols arrest weliswaar heeft overwogen dat in art. 13.A.2 geen verschil wordt gemaakt tussen «beroemde» en niet «beroemde» merken, maar er toch op heeft gewezen dat dit verschil «wel van belang kan zijn voor de beantwoording van de feitelijke vraag of in een bepaald geval werkelijk aannemelijk is dat door een 'ander gebruik' ... aan de houder van een merk schade bestaande in de aantasting van het 'kooplustopwekkend vermogen' van het merk kan worden toegebracht, aangezien het bestaan van zulk een vermogen in de regel van de mate van bekendheid van het merk afhankelijk is».

5. Als bekend, heeft het BGH in zijn arrest Colgate/Bols, het begrip «geldige reden» in art. 13.A.2 die het «ander gebruik» van het merk of overeenstemmend teken kan rechtvaardigen, ook al geschiedt het «onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht», vrij restrictief uitgelegd. Zoals reeds is vermeld, zal er van een «geldige reden» slechts sprake zijn indien er voor de gebruiker van het inbreukmakend teken «een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken, dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich, niettegenstaande de door het gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt, dan wel dat de gebruiker een eigen recht heeft om dat teken te gebruiken en dat recht voor de toepassing van art. 13.A.2 van de wet voor dat van de merkhouder niet behoeft te wijken». De opvatting als zou er van een geldige reden reeds sprake zijn indien de gebruiker een redelijk belang heeft, is in dat arrest ondubbelzinnig van de hand gewezen. Met de vijfde vraag hebben de feitenrechters duidelijk een poging ondernomen het BGH op deze restrictieve visie te doen terugkomen: kan de «geldige reden» hierin gelegen zijn (aldus de vraag) dat de gebruiker van het overeenstemmend teken er niet alleen belang bij heeft zich te bedienen van dat teken dat hij bijzonder geschikt acht om zijn waar aan te duiden, doch er tevens belang bij heeft met een in het teken begrepen lettergreep of achtervoegsel zijn eigen nationaliteit aan te duiden? Opnieuw geheel in lijn met zijn uitspraak in het Colgate/Bols arrest antwoordt het BGH lakoniek dat «het enkele belang (van de gebruiker) om door het door hem gebruikte teken tot uitdrukking te brengen dat hij een bepaalde nationaliteit heeft, voor zodanig gebruik niet als rechtvaardiging kan worden aanvaard». Het aanduiden van de nationaliteit van de merkhouder is uiteraard geheel vreemd aan de functie van het merk dat als herkomstteken uitsluitend verwijst

⁸ Cf. H.R., 13 januari 1984, *N.J.*, 1984, nr. 398 (Pour vous Madame) met noot L.W.H.; cf. ook de noot onder hetzelfde arrest van P.J.M. Steinhauer in *BMM Bulletin*, Xe jaargang nr. 2 (juni 1984), p. 32.

naar de onderneming waaruit het produkt afkomstig is. Wel zou men zich kunnen voorstellen dat een bestanddeel in een merk fungeert als geografische herkomstaanduiding zodat wellicht alsdan in die mate sprake zou kunnen zijn, zoniet van een eigen recht, dan toch van een rechtmatig gebruik dat in aanmerking zou kunnen komen als «geldige reden» in de zin van art. 13.A.2. Dit zou echter meteen in die mate de ondeugdelijkheid van het merk tot gevolg hebben. In casu was hiervan in de door de Luxemburgse rechters geformuleerde vraag in elk geval geen sprake. Terecht trouwens, aangezien, zoals door de Cour de cassation in zijn arrest van 26 november 1981 wordt opgemerkt⁹, de feitenrechters (arrest van de Cour supérieure de justice van 13 juni 1979) het door de merkhouder tot International Metals gerichte verwijt dat haar merk «Lux-Talc» misleidend was (de door deze onderneming verkochte talk was niet van Luxemburgse herkomst) in de zin van art. 4, 2°, BMW, precies van de hand hadden gewezen op grond van de overweging dat het merk niet de waarde had van een herkomstaanduiding.

6. Met de zesde en laatste vraag wilden de feitenrechters in de eerste plaats vernemen of de rechter, wanneer hij het verzet van de merkhouder tegen het «ander gebruik» in de zin van art. 13.A.2 gegrond bevindt, noodzakelijk, indien het overeenstemmend teken als merk is gedeponeerd, de doorhaling van de inschrijving van dat depot dient uit te spreken. Er dient in dit verband te worden gewezen op een belangrijk verschil tussen de positie van de merkhouder die zich verzet tegen het gebruik van een overeenstemmend teken voor soortgelijke waren op basis van art. 13.A.1 en van de merkhouder die zich verzet tegen een ander gebruik in de zin van art. 13.A.2. Een verbodsvordering ex art. 13.A.1 kan en zal meestal gepaard gaan met een nietigheids sanctie tegen het overeenstemmend teken dat als merk gedeponeerd is, op basis van art. 14.B, onder 1, BMW (depot dat in rangorde na het depot van een overeenstemmend individueel merk komt), een nietigheids sanctie die precies beantwoordt aan de inbreukactie ex art. 13.A.1 en die, indien gegrond bevonden, de rechter zal verplichten ambtshalve de doorhaling van de inschrijving van het nietigverklaarde depot uit te spreken. Een aan de inbreukactie ex art. 13.A.2 beantwoordende nietigheidsgrond is echter niet voorhanden in art. 14 BMW. Het is in het licht hiervan dat het antwoord van het BGH dient te worden gezien, dat het uitspreken van de doorhaling slechts mogelijk is «indien de merkhouder zich niet slechts tegen dat 'ander gebruik' heeft verzet maar tevens op een van de in artikel 14 BMW uitputtend opgesomde gronden van nietigheid ... heeft beroepen en de rechter dit beroep gegrond bevindt». Hiermee wijst het BGH meteen de opvatting van de hand, die in de rechtsleer¹⁰ en rechtspraak¹¹ wel eens is gehuldigd, als zouden naast de nietigheidsgronden van art. 14 BMW, nog andere, op algemene beginselen gebaseerde nietigheidsgronden in het Benelux-merkenrecht bestaan.

⁹ Ing. Cons., 1981, 328.

¹⁰ Cf. VAN BUNNEN, L., «La Cour de Justice Benelux et l'interprétation uniforme du droit des marques», J.T., 1975, 181 e.v., spec. 184.

¹¹ Cf. Gent, 19 december 1974, Ing. Cons., 1975, 141, BIE, 1977, 173, met noot van Nieuwenhoven Helbach.

In antwoord op de bijkomende vraag naar de aard van mogelijke andere sancties herhaalt het BGH zijn reeds in het arrest Pfizer/Meditec van 6 juli 1979¹² gegeven zienswijze dat art. 13.A in ieder geval meebrengt dat de merkhouder een verbod kan vragen het teken op een met die bepaling strijdige wijze te gebruiken en voor het overige meebrengt dat de merkhouder al die maatregelen kan vorderen die het nationale recht hem ter beschikking stelt ter bestrijding van het inbreukmakend gebruik in de zin van art. 13.A. Het BGH preciseert echter dat de toepassing van de nationale wet niet kan leiden tot een door de rechter uit te spreken doorhaling van het depot van het inbreukmakend merk aangezien die alleen kan worden gebaseerd op een nietigverklaring ex art. 14 BMW. Het BGH wijst hiermee de zienswijze van de hand als zou het depot zelf neerkomen op een inbreukmakend gebruik in de zin van art. 13.A.2, waaraan de rechter een einde zou kunnen maken door het uitspreken van de doorhaling. Het verzet van de merkhouder ex art. 13.A.2 tegen een «ander gebruik» zal slechts tot de ambtshalve doorhaling van het inbreukmakend merk kunnen leiden voor zover hij zich tevens met succes op een van de nietigheidsgronden ex art. 14 kan beroepen. Wel laat het BGH in zijn antwoord de mogelijkheid open dat, buiten die hypothese, de merkhouder een bevel tot vrijwillige doorhaling zou vorderen.

Kort samenvattend kan worden gezegd dat het BGH in zijn antwoord op de eerste vier vragen evenals op de vijfde vraag hoofdzakelijk de leer neergelegd in het Colgate/Bols arrest bevestigt, terwijl het in zijn antwoord op de zesde vraag zijn omschrijving van het begrip «zich verzetten» in de zin van art. 13.A, zoals het die heeft gegeven in het arrest Pfizer/Meditec, nader preciseert m.b.t. art. 13.A.2 BMW.

Paul Eeckman

¹² Benelux-Gerechtshof, Jurisprudentie, 1975-79, 191.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 11 JUNI 1985

Voorzitter : de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur : de h. Holsters

Advocaat-generaal : de h. Velu

Advocaat : mr. Mallien

Voorlopige hechtenis — Handhaving — Wettigheid van het bevel tot aanhouding — Voorafgaande ondervraging.

1. De wettigheid van het bevel tot aanhouding kan niet meer worden betwist ter gelegenheid van de handhaving van de voorlopige hechtenis. Dit geldt uiteraard voor de vormvoorschriften van het aanhoudingsbevel, zoals de voorafgaande ondervraging van de verdachte door de onderzoeksrechter, die voor de geldigheid van het bevel tot aanhouding moeten worden nageleefd.

2. De door art. 5 van de wet op de voorlopige hechtenis bedoelde ondervraging betreft de voorafgaande ondervraging van de verdachte door de onderzoeksrechter.

S.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 april 1985 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbesluidigingstelling;

Over het eerste middel en het tweede onderdeel van het derde middel samen,

het eerste middel afgeleid uit de schending van de artikelen 5 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis en 7, derde lid, van de Grondwet,

doordat het arrest bepaalt dat de handhaving van de voorlopige hechtenis wel geschiedde binnen de maand rekening houdend met de datum van het bevel tot aanhouding en de daaropvolgende bevestiging,

terwijl artikel 5 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis duidelijk stelt dat de vervalltermijn van één maand dient te worden gerekend vanaf de ondervraging en geenszins de ondervraging van de onderzoeksrechter op 1 maart 1985 kan worden bedoeld daar deze geschiedde meer dan vierentwintig uur na de aanhouding in strijd met artikel 7, derde lid, van de Grondwet zodat de termijn van één maand dient te worden berekend vanaf een ondervraging binnen vierentwintig uur vanaf de aanhouding op 28 februari 1985 en zodat de handhaving van de voorlopige hechtenis op 1 april 1985 niet meer kon geschieden;

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

doordat het arrest beslist dat de wettigheid van het bevel niet meer kan worden betwist bij de tweede verschijning voor de raadkamer,

terwijl eiser in zijn conclusie niet de wettigheid van het aanhoudingsbevel aanvocht, doch stelde dat de vervalltermijn van één maand overeenkomstig artikel 5 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis slechts kon aanvangen te rekenen van de ondervraging of aanhouding binnen vierentwintig uur, waarop niet werd geantwoord:

Overwegende, eensdeels, dat, wanneer de wettigheid van een bevel tot aanhouding niet meer betwist kan worden, dit uiteraard geldt voor de vormvoorschriften, zoals de voorafgaande ondervraging van de verdachte door de onderzoeksrechter, die voor de geldigheid van het bevel tot aanhouding nageleefd moeten worden;

Overwegende, anderdeels, dat de door artikel 5 van de wet op de voorlopige hechtenis bedoelde ondervraging de voorafgaande ondervraging van de verdachte door de onderzoeksrechter betreft; dat, nu die ondervraging op 1 maart 1985 gebeurde, de raadkamer op 1 april 1985 besliste binnen een maand te rekenen van de ondervraging;

Dat de overweging van het arrest dat «de wettigheid van het mandaat niet meer kan worden betwist bij de tweede verschijning voor de raadkamer» de vormvoorschriften insluit en aldus de desbetreffende conclusie van eiser beantwoordt;

Dat het middel en het onderdeel niet kunnen worden aangenomen;

(...)

NOOT—De handhaving van de voorlopige hechtenis

1. Luidens art. 5 van de wet op de voorlopige hechtenis wordt de verdachte in vrijheid gesteld indien de raadkamer

binnen een maand te rekenen van de ondervraging niet heeft beslist over de telastlegging (m.a.w. indien ze de procedure niet geregeld heeft), tenzij ze bij een met redenen omklede beschikking verklaart dat de hechtenis moet worden gehandhaafd.

De termijn van een maand begint te lopen vanaf de ondervraging door de onderzoeksrechter onmiddellijk vooraleer hij het bevel tot aanhouding aflevert, maar niet vanaf de bevestiging van het bevel tot aanhouding door de raadkamer (Cass., 27 januari 1890, *Pas.*, 1890, I, 65), of niet vanaf de ondervraging door een opsporingsambtenaar.

We laten beknoptheidshalve het geval van het bij verstek verleende bevel tot aanhouding buiten bespreking.

2. Ingevolge de bepalingen van de artt. 52 en 54 Ger. W., die bij ontstentenis van andersluidende bepalingen van toepassing zijn in strafzaken, wordt de termijn van een maand, waarbinnen de handhaving van de hechtenis moet zijn bevolen, gerekend vanaf de dag na de ondervraging door de onderzoeksrechter tot de dag vóór de «zoveelste» (cf. Cass., 19 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2238). Men houdt bijgevolg geen rekening met het werkelijk aantal dagen, onverschillig of deze maand méér of minder dan dertig dagen telt.

Als de ondervraging door de onderzoeksrechter gebeurde op 3 januari 1986, dan moet de handhaving uiterlijk op 3 februari 1986 worden bevolen. Heeft de ondervraging plaatsgehad op 15 februari 1986, dan moet de handhaving uiterlijk op 15 maart 1986 gebeuren.

3. Als de volgende maand niet genoeg dagen telt en bijgevolg de overeenkomstige «zoveelste» dag niet heeft, dan eindigt de termijn op de laatste dag van die maand (R. Hayoit de Termicourt, «La nouvelle procédure civile», *J.T.*, 1936, 258; *R.P.D.B.*, tw. «Procédure civile», nr. 11; A. Maréchal, «Les mandats de comparution et les mandats d'amener», nr. 199, in *Nov.*, *Procédure pénale*, I, 1; H. Solus en R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, I, p. 398, nr. 434; Ph. Bertin en Ph. Goichot, «Délai», nr. 19 in *Rép. procédure civile*, Dalloz; N. Fricero, «Délais de procédure», nr. 27 in *Jurisclasser de procédure civile*).

Als de ondervraging gebeurde op 29, 30 of 31 januari, dan moet de handhaving worden bevolen uiterlijk op 28 februari (of op 29 februari wanneer het een schrikkeljaar is). Indien de ondervraging door de onderzoeksrechter plaats had op 31 maart, dan moet de handhaving uiterlijk op 30 april gebeuren.

4. Als nu de ondervraging plaats had op 28 februari, moet de handhaving «dan op de zoveelste» van de volgende maand, nl. uiterlijk op 28 maart of op 31 maart gebeuren? Als de ondervraging plaatsvond op 30 juni, kan de handhaving dan nog geldig geschieden op 31 juli? J. D'Haenens meent van wel (*Belgisch strafprocesrecht*, 2e ed., p. 394, nr. 491). R. Declercq is een andere mening toegedaan (*Strafvordering*, 7e ed., I, p. 228).

Moeten we hier eenvoudig van de zoveelste tot de zoveelste rekenen of een maand volgens de Gregoriaanse kalender bijvoegen? Geen van beide methodes zijn correct.

5. Art. 54 Ger. W., dat het eerste lid van artikel 1033 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging heeft overgenomen, biedt de oplossing. De termijn vangt aan daags na de ondervraging door de onderzoeksrechter en de maand eindigt de dag vóór de zoveelste van de volgende maand (Cass., 19 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2238).

Deze berekeningsmethode werd ingevoerd door art. 46 van het K.B. nr. 300 van 30 maart 1936 (cf. A. Maréchal, o.c., nr. 198bis).

Indien de ondervraging plaatsheeft op 28 februari, moeten we dus rekenen vanaf 1 maart tot de «zoveelste» van de volgende maand, dit brengt ons op 1 april. De uiterste dag vóór de zoveelste, d.i. vóór 1 april, is wel degelijk 31 maart.

Indien de ondervraging plaatsheeft op 30 juni, kan de handhaving bijgevolg nog op 31 juli worden bevolen.

6. Deze methode strookt met de klassieke leer (Ch. Bioche, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 5e ed., tw. «Délai», nr. 52; E. Garsonnet en Ch. Cezar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e ed., II, p. 124, nr. 69).

In strijd met de bewering van A. Maréchal, speelt de berekeningswijze een belangrijke rol en kan zelfs een verschil van drie dagen opleveren (cf. A. Maréchal, o.c., nr. 198bis).

7. Ter gelegenheid van de procedure tot handhaving van de voorlopige hechtenis wordt de wettigheid van het bevel tot aanhouding of de regelmatigheid van de titel van de hechtenis niet meer onderzocht (Cass., 30 januari 1905, *Pas.*, 1905, I, 108; Cass., 27 april 1920, *Pas.*, 1920, I, 123; Cass., 5 oktober 1971, *Pas.*, 1972, I, 126; Cass., 24 november 1982, *Pas.*, 1983, I, 382).

De onderzoeksgerechten gaan nog alleen na of de verdere hechtenis opportuun is, of de openbare veiligheid de handhaving nog rechtvaardigt en of de hechtenis de «redelijke termijn» niet overschrijdt.

8. De verdachte mag echter steeds de bevoegdheid van het onderzoeksgerecht betwisten, of de strafbaarheid van het feit, de verjaring van het misdrijf, de ontvankelijkheid of het verval van de strafvordering ter discussie stellen (cf. Cass., 2 juli 1951, *Pas.*, 1951, I, 762; Cass., 30 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1109; T.J. Herman, «Détention préventive», nr. 99bis in *R.P.D.B., Compl.*, II).

Ten deze betwistte de verdachte indirect de regelmatigheid van het bevel tot aanhouding, daar hij beweerde dat het niet binnen vierentwintig uur werd afgeleverd, maar het Hof van Cassatie beslist terecht dat de regelmatigheid van de rechtspleging die tot de vrijheidsberoving aanleiding had gegeven, niet meer in betwisting kon komen (cf. Cass., 21 september 1977, *Pas.*, 1978, I, 90).

A. Vandeplas

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 8 OKTOBER 1985

Voorzitter : de h. Baeteman (rapporteur)

Staatsraden : de hh. Borret en De Brabandere

Auditeur : mevr. Tulkens

Advocaten : mrs. Ilse loco Berghs en Vlassak

Rechtspersoon — Inleiding van het geding — Beslissing.

Met betrekking tot het instellen van een rechtsgeding door een rechtspersoon moeten twee bevoegdheden duide-

lijk worden onderscheiden: enerzijds de bevoegdheid om namens de rechtspersoon te besluiten om in rechte te treden en anderzijds de bevoegdheid om de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen.

N.V. P. t/ College Burgemeester en Schepenen
van Leuven
Arrest nr. 25.703

Gezien het verzoekschrift dat op 24 februari 1983 namens de N.V. P. door haar raadsman werd ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissingen van 27 december 1982 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven waarbij, in verband met de openbare aanbesteding van 12 november 1982 voor het oprichten van het wijkontmoetingscentrum «Imeria» te Wijkmaal, lot II, omvattende de verluchting en centrale verwarmingsinstallatie, werd toegewezen aan de P.V.B.A. C., en lot III, omvattende de sanitaire installatie, aan de firma F. te L.;

Overwegende dat met betrekking tot het instellen van een rechtsgeding door een rechtspersoon twee bevoegdheden duidelijk dienen te worden onderscheiden, te weten de bevoegdheid om namens de rechtspersoon te beslissen in rechte te treden enerzijds en de bevoegdheid om de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen anderzijds, dat luidens artikel 54, eerste en tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen in principe alleen de raad van bestuur bevoegd is om namens een naamloze vennootschap de beslissing te nemen een geding in te stellen en om als procesvertegenwoordiger in het geding op te treden; dat de statuten krachtens het genoemde artikel 54, vierde lid, weliswaar de bevoegdheid om als procesvertegenwoordiger op te treden aan een of meer leden van de raad van bestuur kunnen overdragen, doch niet de bevoegdheid om namens de vennootschap te beslissen in rechte te treden, bevoegdheid die krachtens artikel 54, eerste lid, uitsluitend bij de raad van bestuur berust; dat van de voormelde mogelijkheid *in casu* gebruik gemaakt werd, aangezien luidens artikel 12.3 van de statuten de raad van bestuur onder zijn leden één of meer afgevaardigde beheerders mag benoemen met individuele macht om de vennootschap te vertegenwoordigen en luidens artikel 12.4 van de statuten twee beheerders bevoegd zijn om gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen; dat zulks niets afdoet aan de regeling van de bevoegdheid om namens de vennootschap te beslissen in rechte te treden, welke bevoegdheid uitsluitend bij de raad van bestuur berust;

Overwegende dat de verzoekende partij het bewijs niet levert dat de beslissing tot het indienen van het onderhavige annulatieberoep werd genomen door het enige daartoe bevoegde orgaan, namelijk de raad van bestuur; dat van ambtswege moet worden vastgesteld dat het beroep niet ontvankelijk is.

(...)

NOOT—Het instellen van het rechtsgeding door een rechtspersoon

Het is steeds betreurenswaardig een geding te zien stranden wegens de miskennen van fundamentele procedureverplichtingen. De Raad van State heeft reeds talrijke arresten

gewezen zoals het hiervoor afgedrukte. Dit bewijst dat vele advocaten en bedrijfsjuristen bij het instellen van het rechtsgeding het onderscheid miskennen tussen het besluit om het geding in te leiden en de bevoegdheid om een rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen. In het handboek *Geschillen van Bestuur*, Kluwer, 1984, 154-159 hebben we de regels onderzocht die gelden voor het besluit om het geding in te leiden door de N.V., de P.V.B.A. (B.V.B.A.), de V.Z.W., de beroepsverenigingen en de publiekrechtelijke overheden, zoals de gemeenten en het O.C.M.W. Daarbij moet worden onderzocht wat de toepasselijke wetgeving voor elk van deze rechtspersonen voorschrijft en eventueel wat de statuten bepalen. Daarbij mogen de statuten de wetbepalingen zelf niet uithollen. Zo is statutair geen delegatie geldig waarbij de algemene vergadering of de raad van bestuur zelf, de hele bevoegdheid van deze raad, daarin o.m. begrepen de bevoegdheid te besluiten om een proces aan te spannen, in globo aan één afgevaardigde beheerder overdraagt (R.v.St., N.V. Sonar en N.V. De Noordzee, nr. 21.364 van 10 juli 1981).

Bovendien moet het rechtsgeldig bewijs worden geleverd dat de raad van bestuur tijdig, d.w.z. doorgaans vóór het verstrijken van de termijn van 60 dagen in de procedure voor de Raad van State, heeft besloten het beroep in te stellen (R.v.St., Belreal, nr. 23.750 van 14 december 1980).

Ten slotte moet worden opgemerkt dat de bij artikel 19 van de R.v.St.-wet aan partijen toegestane mogelijkheid zich voor de Raad door advocaten te laten vertegenwoordigen, geldt voor het verrichten van de eigenlijke proceshandelingen. Dit staat los van het wettelijk aan de raad van bestuur verleende recht om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen. Het feit dat een advocaat het door de verzoekende vennootschap ingediende verzoekschrift heeft ondertekend, kan die vennootschap er niet van ontslaan het bewijs te leveren dat haar raad van bestuur, die volgens de wet bevoegd is om te beslissen dat in rechte zal worden opgetreden, binnen de voor het beroep wegens machtsoverschrijding bepaalde termijnen, besloten had het verzoekschrift in te dienen (R.v.St., Promintra, nr. 22.559 van 19 oktober 1982).

Voor de gewone rechter wordt het probleem niet zo dikwijls opgeworpen omdat de gedingvoerende partijen doorgaans verwaarlozen te letten op deze rechtsregeling.

Het auditoraat en de Raad van State waken echter van ambtswege over de regelen die de procesbevoegdheid beheersen.

W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 17 OKTOBER 1985

Voorzitter-rapporteur : de h. Vanderhoeft
Raadsheren : de hh. Vandeplas en Vanhouche
Openbaar ministerie : mevr. Dekkers
Advocaat : mr. Spaas

Jacht — Wild — Verdelging van schadelijk wild — Kraaien.

De enkele bewering, zonder enig gegeven betreffende de wildstand en de aanwezigheid van kraaien in de jacht is niet voldoende om de schade aangericht aan de fazantenbroedsels aan te tonen en dientengevolge het dragen van een jachtwapen door beklaagde, die geen jachtverlof had, te verantwoorden.

B.

Telastlegging : te Hamont-Achel op 4 juni 1982 drager te zijn bevonden van een jacht- of sportwapen zonder wettige reden.

Overwegende dat beklaagde aanvoert dat hij van de eigenaar van de grond en van de pachters van het jachtrecht opdracht had «kraaien te verdelgen daar zij aanzienlijke schade berokkend aan de fazantenbroedsels»;

Overwegende dat kraaien naar luid van artikel 1bis, d, van de Jachtwet wild zijn;

Overwegende dat zij slechts als wilde dieren kunnen worden beschouwd, die zelfs met vuurwapens kunnen worden teruggedreven of gedood, wanneer de voorwaarden gesteld door artikel 6 van voormelde wet vervuld zijn;

Overwegende dat de enkele bewering, zonder enig gegeven betreffende de wildstand en de aanwezigheid van kraaien in de jacht, ten deze niet voldoende is om de beweerde schade aan te tonen en dientengevolge het dragen van een jachtwapen door beklaagde, die geen jachtverlof heeft, te verantwoorden;

Overwegende dat de feiten zich immers voordeden in een bos en kraaien gewoonlijk slechts solitair of in paren voorkomen, behalve op roestplaatsen en zich ophouden in alle soorten vrij open terrein doch ook in steden (B. Bruun, *Gids voor de vogels van Europa*; R.T. Peterson, G. Mountfort en P.A.D. Hollom, *Vogelgids voor alle in ons land en overige in Europa voorkomende vogelsoorten*);

Overwegende dat daaruit volgt dat het gevraagde getuigenverhoor betreffende het bestaan van «een geschreven verklaring tot het verdelgen van schadelijk wild» ten behoeve van beklaagde ten deze niet dienend is;

(...)

NOOT—De verdelging van schadelijk wild

1. Door de verdachte werd in een bos, waarvan hij geen eigenaar of pachter was, op kraaien geschoten, die naar hij beweerde, schade berokkend aan de fazantenbroedsels.

Artikel 1bis van de wet van 28 februari 1882 op de jacht, rangschikt het wild in vier categorieën : het grof wild, het klein wild, het waterwild en het overige wild.

In de categorie «overig wild», waartoe o.m. de zwarte en de bonte kraaien behoren, werden de dieren opgenomen die niet rechtstreeks het voorwerp van de jacht zijn, maar die toch enig belang voor de jacht bezitten. Hun opname in de bepaling van het wild werd vooral ingegeven door de overweging dat het niet uitgesloten is, dat het in de toekomst nodig zal zijn maatregelen te treffen voor hun bescherming omdat zij, evenals de andere wildsoorten, een belangrijke rol spelen in de voedingskringloop van de natuur (wetsontwerp tot goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst op het gebied van de jacht en de vogelbescherming, memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, Kamer, 1970-71, nr. 919/1, blz. 5).

De dieren die tot de wildsoorten behoren, zijn beperkend opgesomd in het artikel 1bis van de Jachtwet. Alle niet in die opsomming voorkomende in het wild levende diersoorten zijn wilde dieren, doch geen wild.

2. Artikel 6 van de Jachtwet bepaalt dat de eigenaar of de pachter wilde dieren mogen verdrijven of doden wanneer deze dieren schade toebrengen aan hun eigendommen.

«Eigendommen» moet in de meest algemene betekenis worden genomen: dieren, zaken, voorraden, vruchten (A. Pauwels, *Wildschade*, A.P.R., blz. 22, nr. 16).

Onder «wild dier» in de zin van artikel 6 wordt verstaan elk dier, ongeacht of het al dan niet als wild wordt beschouwd, dat kwaadaardig of schadelijk wordt, doordat het aan de eigendommen, o.m. de oogst, ernstige schade toebrengt of dreigt toe te brengen (Cass., 30 maart 1931, *Pas.*, 1931, I, 129; Cass., 28 juni 1938, *Pas.*, 1938, I, 232). Behoort het dier tot de categorie van het wild, dan zal het naar de «wilde dieren» overgaan, wanneer het ernstige verwoestingen aanricht, wanneer het zich niet meer voordoet als een wild waarop men jaagt, maar wel als een plaag, waartegen men genoodzaakt is zich te verdedigen (Cass., 30 maart 1931, *Pas.*, 1931, I, 129).

Bij de uitoefening van de mogelijkheid die door artikel 6 wordt geboden, mag evenwel niet naar willekeur worden gehandeld. De vonnisrechter moet uitmaken of de door hem te beoordelen handeling een jachtdaad uitmaakt, ofwel een daad van verweer in de geest van artikel 6 (Cass., 15 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1111).

De verdachte moet het bewijs leveren dat er redenen waren om op te treden zoals hij het gedaan heeft, ten aanzien van een onmiddellijk of dreigend gevaar voor aanzienlijke schade. De mogelijke en gevreesde schade moet belangrijk zijn (A. Braas, *Législation de la chasse en Belgique*, uitg. 1954, nr. 105).

3. Het zijn enkel de eigenaar en de pachter die het recht hebben wilde dieren te verdelgen, omdat zij het zijn die schade kunnen lijden aan vruchten of gewassen (Cass., 30 maart 1931, *Pas.*, 1931, I, 129; Cass., 28 juni 1938, *Pas.*, 1938, I, 232; Cass., 28 september 1953, *Pas.*, 1954, I, 49; Corr. Leuven, 18 september 1968, *J.T.*, 1969, 87).

De Jachtwet vermeldt niet dat de eigenaar of de pachter, onder hun verantwoordelijkheid, een ander persoon mogen belasten met de verdelging van wilde dieren die schade toebrengen aan hun eigendommen, zoals dit krachtens artikel 7 van de Jachtwet, het geval is met de verdelging van wilde konijnen.

Men neemt evenwel aan dat ook de jachtgerechtigde het verdelgingsrecht mag uitoefenen. De ratio legis die het verdelgingsrecht toekent aan de eigenaar en de pachter, omdat zij door wilde dieren schade kunnen lijden, geldt evenzeer voor de houder van het jachtrecht die zijn jacht te verdedigen heeft met het oog op het behoud van de wildstand (A. Pauwels, *o.c.*, blz. 23, nr. 18).

4. Door de verdachte werd geen daad van verweer tegen schadelijk wild gesteld maar een verboden jachtdaad.

Luc Declercq

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

4e KAMER — 9 MEI 1985

Voorzitter: de h. Romain

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Jacobs en Leunen

Openbaar ministerie: Van Nuffel

Advocaten: mrs. Vanagt en Oosterbosch loco Janssen

Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Maatschappij van onderlinge bijstand — Lidmaatschap — Gevolg — Fout van gerechtigde sociaal verzekerde — Schade — Vergoeding.

Uit zijn lidmaatschap van een maatschappij van onderlinge bijstand volgt dat de gerechtigde sociaal verzekerde een fout begaat door te weigeren gevolg te geven aan het verzoek om, conform het voorschrift van een omzendbrief van het R.I.Z.I.V. nu een aan het ziekenfonds gegeven kwijting voor medische prestaties niet door hem was ondertekend, die kwijting te komen aanvullen met de identiteit van diegene die voor ontvangst had getekend of met het inschrijvingsnummer van die persoon in het ziekenfonds. De daardoor aan de verzekeringsinstelling berokkende schade moet door de gerechtigde worden vergoed.

Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten t/ N.

Het geding heeft betrekking op de vordering van het Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten ertoe strekkend J.N. te horen veroordelen tot het terugbetalen van de som van 2.758 frank. Deze som was door het ziekenfonds voor een viertal geneeskundige verstrekkingen aan N. toegekend, maar werd door het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering op de uitgavenstaat van de verzekeringsinstelling verworpen.

De beslissing van het Rijksinstituut steunde hierop dat de kwijtingen niet in overeenstemming waren met de omzendbrief V.I. nr. 83/126 van 3 juni 1983 van de Dienst voor Administratieve Controle die voorschrijft dat, wanneer de vergoeding niet aan de gerechtigde wordt uitbetaald maar aan iemand anders — *in casu* werden de bedragen door de echtgenote van geïntimeerde afgehaald — de identiteit van diegene die voor ontvangst tekent moet worden vermeld, alsmede het nummer van zijn (haar) identiteitskaart of het inschrijvingsnummer van deze persoon bij het ziekenfonds; dit was door een onoplettendheid van de bediende van het ziekenfonds niet gebeurd.

De Landsbond verzocht N. de kwijtingen te komen regulariseren, maar N. weigerde, met het betoog dat de omzendbrief hem niet verbindt en daarenboven niet geldig is en dat de gegeven kwijting volstaat naar burgerlijk recht.

De Arbeidsrechtbank te Tongeren verklaarde de vordering van het Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten ongegrond.

(...)

De verzekeringsinstelling stelt dat de zaak moet worden gezien in het licht van de rechtsverhouding die tussen partijen is ontstaan door de toetreding van J. N. tot de «maatschappij van onderlinge bijstand» die het ziekenfonds is. Het lidmaatschap van betrokkene brengt mee dat de wer-

kingsregelen van de vereniging geen «res inter alios acta» voor hem kunnen zijn. Daartoe behoren de kwijtingsvoorschriften, die niet alleen vanuit de toetredingsrelatie geldig zijn, maar waarmee betrokkene ook wegens hun intrinsieke redelijkheid had moeten meewerken. Geïntimeerde was naar behoren over de toedracht van de zaak geïnformeerd: zie de in gebreke stellende brief van 31 januari 1984 van de secretaris van de «Voorzorg», mutualiteitsverbond te Hasselt, die door geïntimeerde zonder gevolg gelaten werd.

(...)

Geïntimeerde zet uiteen dat de omzendbrief V.I. nr. 83/126 niet verbindend is voor de rechthebbenden van de verzekering omdat hij niet in het *Belgisch Staatsblad* bekend gemaakt is (artikel 158, § 1, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering); daarenboven heeft het Comité van de Dienst voor Administratieve Controle bij het uitvaardigen van de omzendbrief zijn bevoegdheid overschreden, aangezien dit comité, luidens artikel 93, 5°, van de wet van 9 augustus 1963, de Algemene Raad van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering de administratieve, boekhoudkundige en statistische regelen voorstelt welke de verzekeringsinstellingen in acht moeten nemen om de Dienst voor Administratieve Controle de mogelijkheid te geven zijn opdracht uit te oefenen. De beslissingsbevoegdheid om regelen uit te vaardigen ligt dus bij de Algemene Raad; het vaststellen van bepalingen als die waarover het *in casu* gaat behoort evenwel tot de bevoegdheid van het Comité van de Dienst voor Geneeskundige Verzorging dat, luidens artikel 12, 4°, van de wet van 9 augustus 1963, de verordeningen uitvaardigt betreffende de voorwaarden voor het verkrijgen van recht op de verstrekkingen van de verzekering voor geneeskundige verzorging. Luidens artikel 12, 5°, is ook dit comité bevoegd om de regelen te bepalen volgens welke de verzekeringsinstellingen hun rekeningen bij de Dienst voor Geneeskundige Verzorging indienen en verantwoorden; derhalve kunnen de in de omzendbrief vervatte regelen overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet door de rechtbanken niet worden toegepast.

N. betoogt voorts dat de rechtsverhouding met het ziekenfonds inderdaad bepaald wordt door de inhoud van het toetredingscontract, maar dit slechts met betrekking tot de materies die in dit contract uitdrukkelijk behandeld worden; op de andere materies blijven de regelen van het burgerlijk recht van toepassing; dit is met name het geval voor de geldigheid van de kwijting.

(...)

Het hof bevindt dat het de stelling van appellant kan volgen. Het lidmaatschap bij een «maatschappij van onderlinge bijstand» doet tussen partijen een rechtsverhouding ontstaan die te goeder trouw moet worden nagekomen en die niet alleen verbindt tot hetgeen uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid en het gebruik aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek). Er werd reeds meer dan eens de hieruit voortvloeiende aansprakelijkheid *ex contractu* van een verzekeringsinstelling vastgesteld en een schadevergoeding aan de aangeslotene toegekend.

In het onderhavig geval ligt er kennelijk een contractuele aansprakelijkheid bij de aangeslotene ten aanzien van zijn

ziekenfonds voor. Het omstreden identificeringsvoorschrift is op zichzelf redelijk en J.N., die kennis had van de mogelijke gevolgen van zijn houding door de brief van de «Voorzorg» en de eraan gehechte omzendbrief, had zich de kleine moeite moeten geven die van hem gevraagd werd, te meer daar de uitbetaling aan een huisgenoot als een facilititeit kan worden beschouwd. Het voorschrift beoogt de goede gang van de sociale zekerheid te bevorderen, meer bepaald te verhinderen dat uitkeringen verduisterd worden, en doet het met middelen die passend zijn. Een dergelijke regeling behoort tot een normale relatie tussen de subsidiërende overheid en de ontvangende vereniging en maakt ook deel uit van een normale werking van deze laatste.

Het betaamt derhalve dat de aangeslotenen hun medewerking verlenen aan richtlijnen met die strekking welke door het ziekenfonds werden opgesteld of aanvaard; het is niet vereist dat een verordening van een bevoegd geacht overheidsorgaan zou voorliggen.

Nu appellant, die de geldigheid van de omzendbrief voorstaat, zich in elk geval de inhoud ervan eigen heeft gemaakt, is geïntimeerde erdoor verbonden, evenzeer als door de andere werkingsregelen, via zijn toetredingscontract en de billijke gevolgen ervan. De door geïntimeerde ingeroepen middelen zijn niet ter zake.

De door N. voorgedragen redenering in rechte, leidend tot de beweerde onwettigheid van de omzendbrief in kwestie, is overigens bezwaarlijk te volgen. De omzendbrief resulteert kennelijk uit de bij artikel 93, 1°, van de wet van 9 augustus 1963 aan het Comité van de Dienst voor Administratieve Controle gegeven bevoegdheid om de technische richtlijnen vast te stellen met het oog op de organisatie van de administratieve controle. Artikel 93, 5°, heeft een heel andere strekking aangezien het hier gaat om voorstellen met betrekking tot algemene beleidsopties aan de Algemene Raad voor Advies aan de minister van Sociale Voorzorg (cf. artikel 8, 7°).

De bepalingen van artikel 12, 4° en 5°, zijn evenmin relevant: richtlijnen betreffende de kwijting kunnen niet gelijkgesteld worden met voorwaarden voor het verkrijgen van het recht op de uitkeringen, en de door het Beheerscomité van de Dienst voor Geneeskundige Verzorging bepaalde regelen, volgens welke de verzekeringsinstellingen hun uitkeringen bij deze dienst indienen en verantwoorden, zijn blijkbaar budgetgericht en liggen op een ander vlak dan een praktische detailmaatregel tot het voorkomen van verduistering bij uitbetaling aan het loket.

Ten slotte is voor een dergelijke maatregel ook geen publicatie ingevolge artikel 158, § 1, van de wet van 9 augustus 1963 vereist, aangezien hij niets toevoegt aan het gemeene recht: het is elementair dat partijen bij een rechtshandeling elkaars identiteit kennen of vaststellen, en het geëigende middel tot vaststelling is het overleggen van persoonsbewijs of trouwboekje. Hieruit volgt meteen dat, afgezien van de bevoegdheid van het beheersorgaan, de administratie van het Rijksinstituut zelf, vanuit haar eigen zorgvuldigheidsplicht, een richtlijn in die zin vermag te geven; de zorgvuldigheidsplicht weegt ook op het ziekenfonds, zowel naar het Rijksinstituut toe als ten behoeve van de leden, en de medewerkingsplicht van de leden hangt hiermee samen;

Samengevat: geïntimeerde heeft foutief gehandeld in het raam van zijn lidmaatschap van het ziekenfonds; appellant betoogt terecht dat het daaruit voortvloeiend verlies aan de

betrokken aangeslotene toegerekend dient te worden ;
(...)

NOOT—Nog de «mutualistische relatie»

De «mutualistische relatie»: met dit elegante (?) gallicisme betitelt de afdeling Hasselt van het Arbeidshof te Antwerpen de verhouding tussen de verzekerde en zijn ziekenfonds, die ontstaat door de toetreding van de betrokkene en die de rechtsverhoudingen tussen beide partijen bepaalt.

In twee eerdere arresten had het arbeidshof reeds deze rechtsverhouding ingeroepen om bepaalde verplichtingen van het ziekenfonds tegenover zijn aangeslotene te gronden. In een eerste geval (Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 24 juni 1980, *J.T.T.*, 1981, 85, met noot J. Van Langendonck en tweede noot D. Simoens) ging het om het niet-terugvorderen van prestaties, verleend aan een lid die getroffen was door een verkeersongeval met vluchtmisdrijf, en die geen vergoeding van het Gemeenschappelijk Waarborgfonds kon krijgen omdat hij de politie niet op de hoogte had gebracht, maar die wel alle gegevens aan zijn ziekenfonds trouw had meegedeeld. In het tweede geval (Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 19 febr. 1981, *J.T.T.*, 1983, 61, met noot J. Van Langendonck) betrof het de aansprakelijkheid van een ziekenfonds voor het verlies van invaliditeitsverzekering in de vrijwillige verzekering, bij overgang van het ene verbond naar het andere, waarbij dit laatste geen invaliditeitsverzekering bezat.

Thans roept, geheel logisch met zijn opvattingen, het arbeidshof deze verhouding in om een verplichting van de verzekerde tegenover zijn ziekenfonds te verantwoorden, nl. de verplichting om de instructies van het ziekenfonds te volgen over de identificatie van de ondertekenaar bij het geven van kwijting voor door het ziekenfonds gedane betalingen. *In casu* had de loketbediende — verkeerdelijk — de betaling verricht aan de echtgenote van de verzekerde op eenvoudige kwijting, terwijl de instructies van het ziekenfonds eisen — in overeenstemming met een omzendbrief van het RIZIV — dat de identiteit van de ontvanger vermeld wordt, evenals het nummer van de identiteitskaart of het inschrijvingsnummer van deze persoon bij het ziekenfonds (omzendbrief V.I. nr. 83/216 van 3 juni 1983). Het R.I.Z.I.V. verwerpt de hierop betrekking hebbende uitgaven. Het ziekenfonds vraagt het lid de kwijting te regulariseren, wat deze weigert. Daarop vordert het ziekenfonds de uitgaven van hem terug. Hierover gaat de gerechtelijke betwisting.

Aard van de «mutualistische relatie». De zgn. «mutualistische relatie» wordt uiteraard beheerst door de wet van 23 juni 1894 op de maatschappijen van onderlinge bijstand. Deze wet is echter uiterst discreet wanneer het gaat over de onderlinge rechtsverhoudingen tussen de maatschappij en haar leden. Van de 35 artikelen van de wet handelen hoogstens vier over de rechten en verplichtingen van de leden. En deze gaan alleen over toetreding van minderjarigen (art. 10), beslag en overdracht van de uitkeringen (art. 9), verbod van verdeling der fondsen (art. 16) en terugbetaling van bijdragen (art. 17).

Men zal zich dus moeten richten naar de *juridische aard* van de verhouding tussen de partijen, om te weten welke rechten en verplichtingen hier ontstaan. Dat is ook wat het arbeidshof doet: het beroept zich op de toetreding van de

verzekerde tot de maatschappij voor onderlinge bijstand, waardoor hij verplicht is de binnen deze maatschappij geldende (redelijke) regelingen te volgen. Het hof geeft hierdoor gelijk aan de landsbond, die had geargumenteed dat deze regelingen voor het lid geen «res inter alios acta» zijn, aangezien ze tot stand gekomen zijn in een vereniging waartoe hij door zijn toetreding behoort.

Nu bestaat er wel wat dubbelzinnigheid over de juridische aard van de ziekenfondsen of maatschappijen van onderlinge bijstand. Naar hun benaming te oordelen zou het gaan om *verenigingen*, waarvan de leden zich onderling verbinden om elkaar bijstand te verlenen volgens de regels die in de statuten zullen worden bepaald. De activiteiten van deze maatschappijen worden echter voortdurend met de term «*verzekering*» aangeduid, zowel in het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering als in de aanvullende vrijwillige verzekering (gesubsidieerd bij K.B. 12 en 13 april 1965).

Waarover gaat het, bijstand of verzekering? In het sociaal recht bestaat er bijna geen groter verschil dan tussen deze twee termen. De bijstand (private en openbare) ligt in de sfeer van het discretionaire, de hulp die op de eigenheid van het individuele geval is gericht en dan ook geval per geval wordt toegekend. De verzekering daarentegen heeft een uitgesproken contractueel karakter, en verleent rechten op basis van de door de rechthebbende verrichte tegenprestaties. Een vereniging die tot doel heeft bijstand te verlenen aan haar leden is dan ook van een heel andere aard dan een onderlinge verzekeringsmaatschappij. De eerste is een liefdadige organisatie, die haar actie op de kring van haar leden richt, terwijl de tweede in essentie een coöperatieve verzekeringsmaatschappij is.

Reeds eerder heb ik de stelling geponeerd, dat de ziekenfondsen, voor de uitvoering van hun vrijwillige verzekering, niets anders zijn dan verzekeringsinstellingen, die een onderlinge verzekering organiseren, zoals bedoeld in art. 2 van titel X van het Wetboek van Koophandel (zie mijn noot onder Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 19 febr. 1981, *loc. cit.*). De hele sociale verzekering is precies opgebouwd om de arbeiders uit de sfeer van de bijstand te halen (zie hierover bv. J.J. Dupeyroux, *Sécurité sociale*, Parijs, Dalloz, 9e uitg., 1984, nrs. 16-19; V. George, *Social Security and Society*, Londen, Routledge and Kegan Paul, 1973, blz. 17-19).

Niets in de activiteit van de ziekenfondsen wijst op een liefdadig karakter van deze instellingen. Alles wijst integendeel op het verzekeringskarakter van hun activiteit. Hun leden zouden ongetwijfeld niet anders aanvaarden: zij wensen voor hun bijdragen een onbetwistbaar recht te hebben op bepaalde prestaties wanneer zich bepaalde eventualiteiten voordoen, en niet afhankelijk te zijn van de goedgunstigheid van het bestuur in hun individueel geval.

Als dat zo is, dan is de verhouding van de aangeslotene tot zijn ziekenfonds geen andere dan die van een verzekerde tegenover een coöperatieve verzekeringsmaatschappij. Ook daar is de verzekerde tevens lid van de maatschappij die zijn verzekering organiseert. Maar dat betekent niet dat hij inhoudelijk tegenover deze maatschappij meer (of minder) verplichtingen of rechten zou hebben dan wanneer het om een commerciële maatschappij zou gaan.

De verplichte verzekering. Eerder ook heb ik erop gewezen dat de verhouding die hier de «mutualistische relatie»

wordt genoemd alleen betrekking kan hebben op de vrijwillige verzekering, maar niet relevant is t.a.v. de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering (zie mijn noot onder Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 24 juni 1980, *J.T.T.*, 1981, 86).

Het zijn immers niet de ziekenfondsen, maar de erkende landsbonden van verbonden van ziekenfondsen die die «verzekeringsinstelling» zijn in het kader van de wet op de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering (art. 2, c en d, en art. 3, wet 9 aug. 1963). Alleen de landsbonden zijn belast met de uitvoering van de wet. Wanneer de ziekenfondsen betalingen verrichten in het kader van de verplichte verzekering, doen zij dat als lasthebbers van hun landsbond en voor rekening van deze landsbond.

De verzekerden zijn geen «lid» van hun landsbond. Zij zijn slechts lid van hun ziekenfonds, dat op zijn beurt kan aansluiten bij een verbond, dat deel kan uitmaken van een landsbond (artt. 3 en 3bis, wet 23 juni 1894). Art. 147 van de wet van 9 augustus 1963, dat art. 3bis van de wet van 23 juni 1894 heeft ingevoerd, heeft art. 10, dat handelt over het lidmaatschap, niet op die landsbonden van toepassing verklaard. Wel verplicht art. 62 van de ZIV-wet de verzekerden aan te sluiten bij een ziekenfonds, dat aangesloten is bij een landsbond (of bij de officiële Hulpkas). Maar dat stelt geen «mutualistische relatie» tussen de landsbond en de verzekerde. Zie hierover: H. Lenaerts, «De rechtsbetrekkingen tussen sociaal verzekerden, verzekeringsplichtigen en instellingen van sociale zekerheid», in *B.T.S.Z.*, 1965, nr. 4, blz. 576-577.

Voor zover het gaat om de uitvoering van de verplichte verzekering zijn de landsbonden «meewerkende instellingen» (zoals zij genoemd worden in het verslag van de Koninklijke Commissie «voor de codificatie, harmonisatie en vereenvoudiging van de sociale zekerheid in het kader van de globale hervorming» (Brussel, 1985, artt. 240 e.v.). Een dergelijke instelling moet instaan voor de fouten van haar aangestelden, ook wanneer het aangestelden zijn van een deelvereniging die in haar naam de uitbetalingen verricht.

De gedragingen van de partij J.N. kunnen dan wel niet onze sympathie wegdragen — evenmin als die van het hof — maar in rechte heeft hij gelijk. Hij kan niet gedwongen worden de tekortkoming van de ziekenfondsbediende goed te maken, en hij kan niet aangesproken worden om het verlies te dragen dat daardoor voor het ziekenfonds ontstaat.

Een interessante vraag is dan nog: kan het ziekenfonds om een dergelijke reden zijn lid uitsluiten, zodat hij verplicht zou worden zich elders of bij de Hulpkas aan te sluiten? Die vraag is hier niet aan de orde; wij zullen ze elders bespreken.

J. Van Langendonck

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

3e KAMER — 1 JUNI 1983

Voorzitter: de h. Vanheule

Openbaar ministerie: mevr. Muylaert

Advocaten: mrs. Van Hoyweghen en Van Wauwe loco De Ridder

1. Verjaring — Burgerlijke zaken — Schorsing — Geesteszieke die in een instelling is opgenomen — 2. Bezit — Bedoeling als eigenaar te handelen — Bewijs — Akten en kadastrale gegevens.

1. De artt. 2251 en 2252 B.W. dienen restrictief geïnterpreteerd te worden. De verjaring loopt dus wel tegen een geesteszieke die in een instelling is opgenomen en aldaar verpleegd wordt.

2. De handelingen die zouden kunnen wijzen op de bedoeling van de bezitter als eigenaar te handelen, mogen worden bewezen door alle middelen rechtens, getuigen en vermoedens inbegrepen. Akten of kadastrale gegevens vormen op zichzelf bijna nooit een afdoende bewijs.

De R. en De K. t/ De B.

Eisers revindiceren van verweerder 75 m² tuingrond; deze laatste beroept zich op de dertigjarige verkrijgende verjaring die een aanvang nam bij het optrekken, op zijn vraag, van de scheidingsmuur; tot bewijs hiervan legt verweerder een aantal attesten voor, opgesteld en afgeleverd door personen die de toestand aldaar goed zouden kennen; tevens verwijst hij naar de akte van 16 juli 1952, verleden over de aankoop door hem van een perceel grond van Werner W. en waarin onder meer vermeld staat dat dit aangekochte stuk ten zuiden aan het pand van verweerder paalt.

Eisers werpen hiertegen op dat het volgens verweerder door usucapio verkregen goed in feite toebehoorde aan Albert De B., een krankzinnige die tot aan zijn overlijden op 29 februari 1980 minstens sedert 1942 te Geel verpleegd werd, zodat krachtens de artikelen 2251 en 2252 B.W. al die tijd de verjaring tegen hem niet kan worden ingeroepen (a).

Tevens trekken eisers de inhoud van de door verweerder overgelegde attesten in twijfel. Subsidiair vragen partijen een plaatsopneming (b).

a) *Nopens de toepassing van artikel 2252 B.W.*

Volgens de meest recente Belgische rechtsleer moeten de artikelen 2251 en 2252 B.W. restrictief geïnterpreteerd worden: de verjaring loopt dus wel tegen een geesteszieke die in een instelling opgenomen en verpleegd wordt (Derine e.a., *Zakenrecht*, deel I B, p. 994, nr. 670 en voetnoot 95).

Nu eisers nalaten te bewijzen dat Albert De B. hetzij wegens overmacht hetzij wegens een uit de wet voortvloeiend beletsel, in de onmogelijkheid was de verjaring te stuiten, kan de exceptie «contra non valentem» niet aangenomen worden (Jean Dabin, «Sur l'adage 'contra non valentem agere non currit praescriptio'», *R.C.J.B.*, 1969, 93).

b) *Nopens de bewijskracht van de attesten en van de plaatselijke omstandigheden:* deze laatste eventueel vast te stellen door een plaatsopneming.

De verjaring steunt op daden en feitelijkheden gesteld door diegene die ze inroep ten aanzien van andermans eigendom. Bij dertigjarige verjaring kan dit zelfs te kwader trouw geschieden. Deze handelingen moeten duiden op de bedoeling van de bezitter te handelen als eigenaar (animus domini).

Dit alles mag bewezen worden door alle middelen rechtens, getuigen en vermoedens inbegrepen. Akten of kada-

strale gegevens zijn op zichzelf bijna nooit een afdoend bewijs.

Mocht de factuur opgesteld door de firma Petrus J. en Zonen, die zonder enige twijfel dagtekent van 15 april 1948, ook het bouwen van een scheidingsmuur vermelden, dan ware elke twijfel omtrent de stelling van verweerder uitgesloten. Nu dit niet het geval is en het feit dat het niet vermelden/factureren van de kosten voor het optrekken van de scheidingsmuur eerder de stelling van verweerder zou tegenspreken en de rechtbank niet bij machte is om ter gelegenheid van een plaatsafneming vast te stellen of de scheidingsmuur in 1948 en niet in 1952 geplaatst zou zijn, komt het aangewezen voor verweerder toe te laten tot het bewijs van de usucapio door alle middelen rechtens, getuigen inbegrepen.

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

1e KAMER — 30 SEPTEMBER 1985

Voorzitter : de h. Petit

Rechters in sociale zaken : de hh. Onderbeke en Van Hyfte

Bescherming van het loon — Loon — Begrip — Vergoeding wegens willekeurig ontslag — Wettelijke interest vanaf eisbaarheid — Faillissement.

De vergoeding wegens willekeurig ontslag die aan een werkman toekomt, is loon in de zin van de Loonwet. Derhalve is daarop wettelijke interest verschuldigd vanaf de eisbaarheid van die vergoeding, eventueel totdat de loop ervan ingevolge art. 451 Faillissementswet wordt gestuit.

T. t/ Faillissement De M.

Eiseres vordert wettelijke interest op de haar toe te kennen vergoeding wegens willekeurig ontslag.

Deze wettelijke interest is met toepassing van artikel 10 van de Loonwet op het loon verschuldigd vanaf het tijdstip waarop het eisbaar wordt.

De vraag rijst dus of de vergoeding wegens willekeurig ontslag loon is.

De rechtspraak is verdeeld. Sommige uitspraken staan alleen gerechtelijke interest toe (Arbh. Luik, afd. Hasselt, 29 oktober 1973, *T.S.R.*, 1974, 351; Arbrb. Ieper, 5 februari 1982, *Soc. Kron.*, 1982, 344), andere kennen wettelijke interest toe (Arbh. Gent, 8 oktober 1982, *R.W.*, 1983-84, 1448).

Als argument tot toekenning van die interest wordt verwezen naar een verklaring van dhr. Major, minister van Tewerkstelling en Arbeid (*Parl. Hand.*, *Senaat*, 6 november 1969, blz. 51). Die verklaring wil van de vergoeding wegens willekeurig ontslag een soort aanvullende opzeggingsvergoeding maken waardoor de bestaande kloof inzake de duur van de opzegging van arbeiders en bedienden verminderd wordt. Zij is juridisch niet te aanvaarden. Allereerst gaat zij uit van één persoon, verder is zij tegengesproken door een andere minister, wiens standpunt dat het om een vergoeding wegens rechtsmisbruik gaat, juridisch

veel juist lijkt (*Parl. St.*, *Kamer*, 1968-69, nr. 270/8, blz. 29, 37 en 41) en ten slotte moet, wanneer de oplossing in de tekst terug te vinden is, niet naar de parlementaire stukken gekeken worden (zie bv. Cass., 18 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 57; Cass., 16 januari 1958, *Pas.*, 1958, I, 508; Cass., 20 februari 1951, *Pas.*, 1951, I, 410).

De oplossing is te vinden in artikel 2, eerste lid, van de Loonwet. Onder loon wordt verstaan het loon in geld en de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever.

Alle elementen van deze begripsomschrijving zijn toepasselijk op de vergoeding. Zij is een geldelijk voordeel, waarop de eiser recht heeft krachtens artikel 24ter van de Arbeidsovereenkomstenwet voor werklieden, verschuldigd door de werkgever wegens de onregelmatige beëindiging van de dienstbetrekking (anders voor bedienden, zie Luik, 24 mei 1984, *Jur. Liège*, 1984, 606).

Dit is ook de mening van de rechtsleer (Boes, R., «Bescherming van het loon» in *Arbeidsrecht*, II-19-17).

Bij faillietverklaring van een werkgever wordt echter de loop van de interesten op grond van artikel 451 van het Wetboek van Koophandel, vanaf het vonnis van faillietverklaring gestuit (Cass., 20 december 1982, *R.W.*, 1983-84, 117; Cass., 17 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1035, met noot 1). Het loon, waartoe de vergoeding wegens willekeurig ontslag behoort, wordt immers volgens artikel 19, 3°bis, van de Hypotheekwet slechts bevoorrecht door een algemeen voorrecht op de roerende goederen.

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 22 oktober 1985

Wegverkeer — Art. 62 Wegverkeerswet — Te laat toegezonden proces-verbaal — Verval van de bijzondere bewijswaarde ervan.

«Overwegende dat het bestreden vonnis (Corr. Antwerpen, 17 mei 1985) zegt : 'dat, nu (eiser) door de verbalisanten onmiddellijk in kennis werd gesteld van deze feiten en hij, door zijn verhoor daarover de gelegenheid kreeg zich er tegen te verdedigen, hetgeen hij ook deed, het laattijdig verzenden van het proces-verbaal niet van die aard is dat het de bewijswaarde ervan aantast (Cass., 13 april 1964, *Pas.*, I, 868) en bijgevolg de loutere ontkenning van (eiser) wat betreft de erin opgesomde feiten A, C, D en F, tegen het bewijs gevormd door dit proces-verbaal niet kan opwegen (Cass., 8 december 1970, *R.W.*, 1971-72, 469; Cass., 27 februari 1967, *Pas.*, 1967, I, 802)';

«Overwegende dat de niet-tijdige toezending aan de overtreder van een afschrift van het vaststellend proces-verbaal de bewijswaarde van dit proces-verbaal aantast, aangezien de bijzondere aard van de bewijswaarde vervalt en het proces-verbaal slechts blijft gelden als eenvoudige inlichting waarvan de rechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt; dat de rechters door hun redengeving dat

'bijgevolg de loutere ontkenning van (eiser) tegen het bewijs gevormd door dit proces-verbaal niet kan opwegen', de 'bijzondere' bewijswaarde van het proces-verbaal als onaangetast beoordelen, wat wordt verduidelijkt door de verwijzing naar de arresten van 1967 en 1970 van het Hof; «Dat het middel gegrond is.»

(Voorzitter: de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters — Advocaat-generaal: de h. Declercq — Advocaat: mr. Van Leemput — In de zaak: De L.)

NOOT—*De bewijswaarde van een proces-verbaal in verkeerszaken*

1. Luidens artikel 62 van de Wegverkeerswet moet het afschrift van het proces-verbaal aan de overtreders worden gezonden binnen een termijn van acht dagen, te rekenen van de datum van vaststelling van de misdrijven. Het verzenden van dit afschrift is niet onderworpen aan een bijzondere formaliteit en de wet schrijft evenmin een bijzonder bewijsmiddel voor met betrekking tot deze verzending (Cass., 27 februari 1967, *A.C.*, 1967, 819). Het afschrift dient bijgevolg niet betekend te worden bij ter post aangezekende zending, het mag zelfs overhandigd worden aan de overtreder door de verbalisant.

2. De wet maakt slechts gewag van het verzenden van het afschrift en niet van de ontvangst, de overhandiging of de kennisneming ervan. Indien het afschrift niet binnen een termijn van acht dagen overhandigd of besteld is, indien de overtreder er geen kennis van heeft kunnen nemen omdat hij in het buitenland was of ernstig ziek, dan kan deze omstandigheid de bewijswaarde van het proces-verbaal niet aantasten.

3. Een regelmatig proces-verbaal in verkeerszaken levert bewijs op zolang het tegendeel niet is bewezen van de materiële vaststellingen door de verbalisant binnen de perken van zijn bevoegdheid gedaan (Cass., 8 december 1970, *A.C.*, 1970, 354).

Maar bij ontstentenis van het zenden binnen de termijn van acht dagen aan de overtreder van een afschrift van het proces-verbaal, verliest het proces-verbaal zijn bijzondere bewijswaarde en dan bepaalt de strafrechter vrijelijk de waarde van deze vaststelling, rekening houdende evenwel met het recht van verdediging (Cass., 13 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 868; Cass., 19 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 596).

4. De strafrechter mag steunen op het proces-verbaal waarvan het afschrift te laat is verzonden, hij mag zelfs de verbalisanten als getuigen verhoren of hij mag op andere bewijsmiddelen steunen, maar hij mag aan het proces-verbaal niet de bewijswaarde toekennen die art. 62 van de Wegverkeerswet eraan hechtte nu de voorwaarden voor deze bewijswaarde niet vervuld zijn: m.a.w. de strafrechter mag niet doen alsof het afschrift van het proces-verbaal regelmatig was verzonden.

A. Vandeplas

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 oktober 1985

Dienstplicht — Herkeuringsraad — Beslissing na inobservatiestelling — Nieuwe verschijning nodeloos geacht — Gewijzigde samenstelling van de raad.

De bestreden beslissing (Herkeuringsraad Antwerpen, 12 september 1985) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de bestreden beslissing met name berust op de grond dat eiser vóór zijn inobservatiestelling reeds voor de herkeuringsraad is verschenen en er gehoord werd, en dat derhalve een nieuwe verschijning nodeloos wordt geacht;

«Overwegende dat artikel 45, § 3, van de Dienstplichtwet bepaalt dat de herkeuringsraad die de inobservatiestelling heeft gelast en die in het bezit is van de besluiten van de geneesheer-deskundige, handelt overeenkomstig de artikelen 43 en 44 en dat, indien hij een nieuwe verschijning nodeloos acht, hij de dienstplichtige die reeds voor zijn inobservatiestelling voor de herkeuringsraad is verschenen, niet opnieuw laat oproepen;

«Overwegende dat, in de zin van die wetsbepaling, de nieuwe verschijning welke de herkeuringsraad nodeloos kan verklaren, een verschijning is voor de raad samengesteld uit dezelfde leden als degenen voor wie de dienstplichtige reeds is verschenen en door wie hij reeds is gehoord;

«Dat de beslissing de genoemde wetsbepaling schendt door, na de neerlegging van het deskundigenverslag, in een andere samenstelling te beslissen zonder de dienstplichtige opnieuw te doen oproepen.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — In de zaak: P.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 oktober 1985

Jaarlijkse vakantie — Bedienden — Vakantiegeld — Einde dienstbetrekking — Vakantiegeld lopend vakantiedienstjaar — Brutowedde — Begrip — Nieuwjaarspremie.

Het bestreden arrest (Arbh. Gent, afd. Brugge, 17 oktober 1984) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 als berekeningsgrondslag van het vakantiegeld van de bediende wiens arbeidsovereenkomst een einde neemt, aanwijst de brutowedde verdiend tijdens het lopende vakantiedienstjaar; dat dit vakantiegeld derhalve wordt berekend op alle voordelen die als loon tijdens het betrokken vakantiedienstjaar aan de bediende zijn toegekend;

«Overwegende dat nieuwjaarspremies die aan de werknemers worden toegekend wegens ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst verrichte arbeid, loon zijn en derhalve voor de berekening van het vakantiegeld met toepassing van het genoemde artikel 46 in aanmerking komen;

«Overwegende dat het arrest niet vaststelt dat de aan eiser betaalde 'eindejaarspremie' niet werd toegekend wegens ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst verrichte arbeid; dat het integendeel oordeelt, zonder op dit punt te worden aangevochten, dat 'eindejaarspremies' als loon moeten worden beschouwd;

«Dat het arbeidshof derhalve zijn beslissing dat de bedoelde premie niet in aanmerking komt voor de berekening van het vakantiegeld bij het einde van eisers dienstbetrekking, niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. Bützler en Nelissen Grade — In de zaak: D. t/ C.V. S.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 5 november 1985

Gemeenschap — Gewest — Stedebouw — Uitoefening in het Vlaamse Gewest, door de Raad en de Executieve van de Vlaamse Gemeenschap, van de bevoegdheden van de gewestorganen voor de aangelegenheden bedoeld in art. 107quater Grondwet — Uitoefening van een attribuut van de rechtspersoonlijkheid van het Vlaamse Gewest.

De Vlaamse Gemeenschap had tegen eiser een civielrechtelijke vordering op grond van overtredingen van de Stedebouwwet ingesteld. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 16 maart 1984), dat die vordering ontvankelijk verklaart, wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 6, § 1, I, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen als aangelegenheid bedoeld in artikel 107quater van de Grondwet, dus als gewestelijke bevoegdheid, aanwijst 'de stedebouw en de ruimtelijke ordening';

«Overwegende dat artikel 3, eerste lid, van dezelfde wet aan de Vlaamse Gemeenschap en aan het Vlaamse Gewest afzonderlijke rechtspersoonlijkheid verleent;

«Overwegende dat het tweede lid van zelfde artikel bepaalt dat 'voor het Vlaamse Gewest (...) de attributen van de rechtspersoonlijkheid overeenkomstig (die) wet, inzonderheid artikel 1, (worden) uitgeoefend';

«Overwegende dat artikel 1, § 1, tweede lid, van dezelfde wet bepaalt dat de Raad en de Executieve van de Vlaamse Gemeenschap in het Vlaamse Gewest de bevoegdheden uitoefenen van de gewestorganen voor de aangelegenheden bedoeld in artikel 107quater van de Grondwet, onder de voorwaarden en op de wijze bepaald door die wet;

«Dat aldus aan de organen van de Vlaamse Gemeenschap bevoegdheid wordt verleend om de bevoegdheden van de gewestorganen voor de bedoelde aangelegenheden uit te oefenen; dat zij, wanneer zij ter uitoefening van de bevoegdheden van de gewestorganen optreden dit doen ter uitoefening van een attribuut van de rechtspersoonlijkheid van het Vlaamse Gewest en niet van de Vlaamse Gemeenschap, wier bevoegdheid door artikel 1 van de wet van 8 augustus 1980 niet wordt geraakt.»

(Voorzitter: de h. Boon — Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters — Advocaat-generaal: de h. D'Hoore — Advocaat: mr. Ver Berne — In de zaak: C. t/ De Vlaamse Gemeenschap)

BOEKEN

W.S.M. SCHUT, *Letters of intent*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 108 p.

Bij de totstandkoming van internationale overeenkomsten komen zgn. *letters of intent* veelvuldig voor. Het gaat hier om, veelal in briefvorm opgestelde geschriften, die ter voorbereiding van een definitieve overeenkomst, het voorlopig resultaat der onderhandelingen weergeven (p. 2). Deze intentieverklaringen kunnen eenzijdig zijn of tweezijdig, wanneer de geadresseerde de brief voor akkoord ondertekent en terugstuurt. Ook komt het voor dat het document door de partijen gezamenlijk wordt opgesteld.

In het buitenland, en vooral in de U.S.A. en West-Duitsland, werd aan deze letters of intent reeds veel aandacht besteed. Aan W.S.M. Schut komt de grote verdienste toe om als eerste in ons taalgebied aan de letter of intent een grondige studie te hebben gewijd. De jonge auteur verdient hierbij alle lof. In amper honderd bladzijden is zij erin geslaagd een grote hoeveelheid materiaal te verwerken, de diverse problemen op een even overzichtelijke als grondige wijze te behandelen en hierop genuanceerde en overtuigende antwoorden te geven.

De juridische betekenis van letters of intent is onzeker. Naargelang hun inhoud kunnen zij in allerlei vormen voorkomen, gaande van rechtens vrijblijvende verklaringen tot ontwerpovereenkomsten (voor een recent toepassingsgeval in België, Hof Brussel, 14 juni 1984, T.B.H., 1985, 472). De auteur verwerpt terecht de opvatting dat men a priori van de veronderstelling moet uitgaan dat letters of intent in de rechtens vrijblijvende sfeer liggen. In vele gevallen bevatten letters of intent immers contractueel verbindende afspraken. Aan de hand van jurisprudentie, waaronder vooral Amerikaanse, onderzoekt de auteur de diverse factoren die bepalend kunnen zijn voor het al dan niet verbindend karakter. Zo o.m.: het taalgebruik, de gedetailleerdheid, het opnemen van «escapeclausules» (bv. «subject to contract»: waarbij het ontstaan van de overeenkomst wordt uitgesteld tot de ondertekening van een formeel geschrift), de gedragingen der partijen (bv. de opdracht aan de wederpartij om reeds met de uitvoering van de overeenkomst te beginnen), de gebruiken e.d.m.

Contractueel niet-verbindende intentieverklaringen worden door de auteur, in navolging van Schrans («Progressieve totstandkoming van contracten», T.P.R., 1984, 20), omschreven als «zuivere» letters of intent. Deze strekken ertoe de precontractuele aansprakelijkheid der onderhandelaars te versterken: partijen zullen in een steeds verdergaande mate rekening moeten houden met elkaars belangen. Al voegt de auteur er meteen aan toe dat bij de aansprakelijkheidstelling uit afgebroken onderhandelingen in het algemeen grote terughoudendheid dient te worden betracht.

Eric Dirix

S. KIMBALL en W. PENNINGSTORF, *The regulation of insurance companies in the United States and the European Communities: a comparative study*, Washington, Chamber of Commerce of the U.S., 1981, 272 p.

Spencer Kimball, thans professor aan de University of Chicago Law School, is in de U.S. een van de bekendste auteurs over de regulering van het verzekeringswezen. Hem werd door de U.S. Chamber of Commerce gevraagd een vergelijkende studie te maken van de regulering van verzekeringsmaatschappijen in de U.S. en de landen van de Europese Gemeenschap (E.G.), een domein waarmee hij reeds vertrouwd was (zie o.m. Kimball, S., «Sketches from a Comparative Study of American and European Insurance Regulation», *Journal of Insurance*, 1965, 195). Het doel van de studie is zuiver praktisch: informatie verschaffen aan U.S.-verzekeraars die toegang zoeken tot de Europese markt en vice versa. Eventueel zou de studie zelfs kunnen leiden tot een verdrag dat het U.S.-verzekeraars mogelijk zou maken om op basis van gelijkheid naast de Europese verzekeraars op te treden in de E.G., hetgeen volgens de auteurs tot nog toe niet het geval is (p. 2).

Na een inleidend hoofdstuk worden enkele basisbegrippen van regulering van het verzekeringswezen uiteengezet (hoofdstuk II), waarin o.m. de doelstellingen ervan worden aangegeven. Vervolgens bespreekt men de Amerikaanse situatie. Grondslag is de bevoegdheid van elke afzonderlijke staat om een eigen reguleringssysteem uit te werken. Hoewel er dus theoretisch vijftig verschillende regelingen zijn, zijn er toch enkele gemeenschappelijke kenmerken. 1. De meeste «State-Statutes» beperken de rechtsvorm waarin een verzekeraar mag optreden (aandelenvennootschap of vereniging van onderlinge verzekering). 2. Meer dan de helft van de staten weigert de toegang tot de markt als de verzekeringsmaatschappij staatseigendom is. 3. Vaak is er een verbod om als verzekeraar andere activiteiten uit te oefenen dan in het verzekeringswezen. 4. Ook zijn er minimumkapitaalvereisten.

Belangrijk is dat vreemde verzekeringsmaatschappijen (met zetel buiten de U.S.) meestal dezelfde rechten krijgen als de U.S.-maatschappijen, op voorwaarde dat zij in hun eigen land aan de reguleringsvoorwaarden voldoen. Wel bepalen sommige staten dat de vreemde verzekeraar hetzij aan hogere minimumkapitaalvoorwaarden dient te beantwoorden (bijvoorbeeld Connecticut), hetzij een waarborg dient te stellen (bijvoorbeeld Florida, New York). Meestal is er wederkerigheid van erkenning tussen de verschillende staten, hetgeen betekent dat, als er bijvoorbeeld een erkenning is in New York en daar ook een waarborg is betaald, geen nieuwe waarborg wordt geëist in de andere staten waar de verzekeraar ook wenst op te treden.

Hoofdstuk IV beschrijft de regulering van verzekeringsmaatschappijen in de E.G. Na een kort overzicht van de basisbeginselen van het E.G.-recht worden de verschillende richtlijnen besproken. Er wordt aangegeven waar er reeds harmonisering bereikt is (o.m. herverzekering 1964; vrijheid van vestiging voor E.G.-verzekeraars 1973) en waar er nog veel gedaan moet worden, bijvoorbeeld inzake het coördineren van de contractuele aspecten van de verzekering (hoewel er dienaangaande wel verscheidene voorstellen van richtlijn bestaan, bijvoorbeeld van 10 juli 1979, *Publikatieblad C* 190 van 28 juli 1979; 30 december 1980, *Publikatieblad C* 355 van 31 december 1980). De invloed van de richtlijnen wordt weergegeven, evenals de wijze waarop deze zijn doorgevoerd in de nationale wetgevingen (zie voor België o.m. de wet 9 juli 1975, *B.S.*, 29 juli 1975; K.B. 12 maart 1976, *B.S.*, 23 maart 1976 en de uitgebreide bespreking door Claassens, H., «De veralgemeende controle op het verzekeringswezen in België», *De Verz.*, 1975, 5 e.v.).

Interessant is vooral het vijfde hoofdstuk, waarin de rechtsvergelijkende conclusies worden getrokken. De verschillen tussen beide systemen van regulering liggen volgens beide auteurs niet zo zeer in de doelstellingen van de regulering, als wel in de wijze waarop deze doelstellingen zijn uitgevoerd. Sommige verschillen zijn historisch verklaarbaar, bijvoorbeeld de Amerikaanse weigering om een verzekeraar te erkennen waarvan de eigendom in overheidshanden is (vrees voor valse concurrentie, p. 28 en 106). Ook blijkt er een verschil te bestaan in de wijze waarop men de solvabiliteit van een verzekeraar wil garanderen. De V.S. schijnen vooral nog op minimumkapitaalvoorwaarden een beroep te doen, terwijl de E.G.-landen meer op de solvabiliteitsratio's vertrouwen (p. 111). Aan het einde treft de lezer een uitgebreide appendix aan met de voornaamste E.G.-richtlijnen, alsook een overzicht van de belangrijkste wetgeving van de lid-staten over de controle op het verzekeringswezen.

Het werk van Kimball en Pfenningstorf geeft ongetwijfeld waardevolle informatie, die zeker dienstig zal zijn bij de onderhandelingen tussen de U.S. en de E.G. over een verdrag betreffende deze materie (ook dit was een van de doelstellingen van de studie, p. 1 en 98). Daarnaast zal ook de verzekeraar die zijn grenzen wil verleggen, aan deze studie, zeker als eerste stap, een nuttige steun hebben om na te gaan aan welke voorwaarden hij minstens zal dienen te voldoen.

De opzet van het werk heeft ook zijn beperkingen. Soms wordt er wel informatie gegeven en opgemerkt dat de regulering in de E.G. en de U.S. verschilt, maar wordt niet naar de oorzaak gezocht. Zo wordt gesteld dat vele wetgevingen in de E.G.-lid-staten verbodsbepalingen kennen op het investeren van verzekeraars in andere dan verzekeringsactiviteiten. In de V.S. schijnt men daartegenover veel soepeler te staan (p. 103). Waarom dat zo is, blijft evenwel onduidelijk. Ook was het interessant geweest indien de auteurs zich kritisch hadden beziggehouden met de fundamentele vraag naar de wenselijkheid van de regulering zelf. Kimball was

lang lid van de Editorial board van de *Journal of Law and Economics* en is dus zeker vertrouwd met de economische literatuur over regulering. Een toetsing van deze literatuur aan de regulering van het verzekeringswezen was ongetwijfeld interessant geweest, maar wellicht niet het doel van deze studie.

Het besproken boek kan worden besteld bij: International Insurance Advisory Council, Chamber of Commerce of the United States, 1615 H Street, N.W. Washington D.C., 20062.

Michael G. Faure

BERICHTEN

Colloquium 13 maart 1986 — Mensenrechten en maatschappijvisies

Dit colloquium, georganiseerd door de N.F.W.O., Kontaktgroep Rechtstheorie, wordt onder het voorzitterschap van prof. dr. De Pauw (V.U.B.) gehouden te Gent (Rechtsfaculteit Universiteitsstraat 4).

Voormiddag: Rechtsfilosofie en mensenrechten:

10.00 u. «Human Rights and the American Individualist Tradition», door prof. dr. Tibor Machan (University of San Diego)

11.00 u. «Mensenrechten in de Franse Revolutie», door dr. Fernand Thanghe (U.F.S.I.A.)

11.45 u. Discussie

Namiddag: Mensenrechten en hun realisering in het positief recht

14.30 u. «De bescherming van mensenrechten in de Amerikaanse rechtspraak», door prof. dr. Koen Lenaerts (K.U.L.)

15.15 u. «Bescherming van mensenrechten in het internationaal recht», door dhr. Alain Bloch, (substituut procureur des Konings te Antwerpen)

16.00 u. Commentaar door prof. dr. Jan Gijssels (U.F.S.I.A.)
Discussie

Inschrijving bij het Seminarie Algemene Rechtsleer, Universiteitsstraat 8 - 9000 Gent. Tel.: 091/25.76.71 bp. 360. Prijs: 250 fr. (inclusief het middagmaal in het Universitair Restaurant).

Cent ans de notariat à l'U.C.L.

Op 13 en 14 maart 1986 wordt te Louvain-la-Neuve het honderdjarige bestaan van de opleiding in het notariaat aan de U.C.L. feestelijk herdacht.

Programma:

Donderdag, 13 maart 1986

15.00 u. Ontvangst deelnemers

16.00 u. Eucharistieviering

17.00 u. Academische zitting.

- Begroeting door prof. Denis — «Cent ans de notariat à l'U.C.L.», door prof. Demblon — «Le notariat dans la vie juridique», door procureur-generaal Krings
Toespraak door de heer J. Gol, minister van Justitie.

18.30 u. Inhoudiging van de tentoonstelling «Le Notariat en roman pays de Brabant. L'enseignement du notariat à l'U.C.L.»

20.00 u. Banket

Vrijdag 14 maart 1986: Colloquium «Société — Notariat — Université», onder het voorzitterschap van prof. em. P. Harmel, minister van staat.

9.00 u. «Images 1960-85: études et enquêtes», door R. Meunier en P. Cambier

9.15 u. «Pour plus de droit contractuel», door mr. L. Cohen-Tanugi (New York)

9.45 u. «Vers une autre authentification», door M. Hanotiau, auditeur bij de Raad van State

- 10.45 u. «Jusqu'ou conseiller, assister, informer?», door prof. M. Grégoire
 11.15 u. «Les domaines du service notarial», door prof. E. Cerexhe
 11.45 u. Bespreking
 12.45 u. Lunch
 14.30 u. «L'enseignement et le stage», door prof. M. Verwilghen en prof. L. Weyts
 15.00 u. «La recherche scientifique», door prof. Y. Lejeune
 15.30 u. «La formation post-universitaire», door prof. J. Ledoux
 16.00 u. Bespreking
 16.30 u. «L'ouverture interprofessionnelle», door prof. J. Putzeys
 17.00 u. Conclusie van het colloquium, door prof. J. Demblon

Inlichtingen bij het secretariaat (mevr. Th. Van Den Eynde-Malengrau), Place Montesquieu 2, 1348 Louvain-la-Neuve, tel.: 010/43.47.31.

Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht — Voorjaarsvergadering te Antwerpen

De Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht houdt op vrijdag 21 maart 1986 haar voorjaarsvergadering te Antwerpen in de gebouwen van de U.F.S.I.A. (lokaal R 311), aan de Rodestraat 14. De vergadering begint om 14 u. Besproken zullen worden de preadviezen van prof. J. Mertens de Wilmars en prof. B. Bouckaert over: «De grondslagen en doelstellingen van het recht van de Europese gemeenschappen».

TIJDSCHRIFTEN

Nederlands Juristenblad, 1985

nr.19, 11 mei

Keijser, E.J.A., en Tjoen Tak Sen, K.G., De groei van het kort geding: een mythe?; Balkema, J.P., Van voorwaardelijk naar vervroegd. De afbouw van een instituut; Van Teeffelen, P.A.J.Th., De civiele rechter uit de rolstoel?; Pessers, D., Peter Noll over macht en recht; Baneke, P., e.a., Verslag forum Echtscheidingsrecht; Rechtspraak Hof van Justitie EG; X., Wetgeving; X., Berichten: De prioriteitenlijst bij voorlopige hechtenis; Vrouwenhandel in criminele sfeer; Experimenten met opvang van drugverslaafde justitiabelen; Instructie in discriminatiezaken; Juridische bestrijding van rassendiscriminatie; Risico-aansprakelijkheid bij milieu- en produktschade; X., Kamervragen: Deeltijdwerkers bij de rechterlijke macht.

nr. 20, 18 mei

Nijboer, J.F., Een nieuwe restrictie op het gebruik van het testimonium de auditu in strafzaken. De betrouwbaarheid van de anoniem gebleven informant; Heringa, A.W., en Zwart, T., Grondrechtenkroniek; Heida, A., Omgangsrecht na verbroken concubinaat; Polak, J.M., Mondelinge uitspraken in de civiele rechtspleging; Bol, M., Dienstverlening: succesvol strafwerk. Reactie (met naschrift van De Jonge, G.); Rechtspraak Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (verslag door Buquicchio-De Boer, M.F., en Kleijssen, J.P.A.) en Hoge Raad (civiele kamer en strafkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: de fiscus als knevelaar?; WOB en betrekkingen van Nederland met andere landen, Fraudebestrijding door verzekeraars; De patiëntenvertrouwenspersoon in de geestelijke gezondheidszorg; Emancipatieraad blikt terug op vierjarig bestaan; Naar een nieuwe Grondwet; X., Kamervragen: Non-discriminatie van buitenlandse studenten.

nr. 21, 25 mei

Bartman, S.M., en Dorresteyn, A.F.M., Marginale toetsing en

de vrijheid van de ondernemer; Gisolf, R.C., Een nieuw verhaalsrecht van de Algemene Bijstandswet, Blad, J.R., Naar een legitimatieplicht: de criminalisering der onverdachten; Pessers, D., Peter Noll over macht en recht; Polak, J.M., In memoriam mr. R. Crince le Roy; Winter, J., De rechterlijke toetsing van gemeentelijke verordeningen (met naschrift van De Winter, R.); Smit, R.J.M., Risicoverzekering bij schadeverzekeringen (met naschrift van De Vries, B.); Jaspas, E.P.J., Jaarvergadering Vereniging voor Onderwijsrecht; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Jaarverslag 1984 van de Nationale ombudsman; De inhoud van het leenvergoedingstelsel; Productenaansprakelijkheid; Relatie tussen rijksdienst en burgers; Reclassering ontevreden over criminaliteitsplan; Inwerkingtreding belastingverordeningen; X., Kamervragen: Legitimatieplicht.

nr. 22, 1 juni

Rabus, W.G., Enkele volkenrechtelijke kanttekeningen bij de dagvaarding van de Stichting Verbiedt de Kruisraketten tegen de Staat der Nederlanden; Willems, J.C.M., Het proces tegen de Staat inzake de plaatsing van kruisraketten; Hupkes, P.A., Woningdelers; Stein, F.T.H., Wet op de adeldom en artikel 1 Grondwet; Van Galen-Herrmann, R.E., Een onopgemerkte wetswijziging; Akveld, J.E.M., Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer en strafkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Klachten bij ECRM over toepassing Krankzinnigenwet; Kroon vervangen door Afdeling rechtspraak bij schadevergoedingsregelingen; Wetsvoorstel ingediend tegen fraude in sociale zekerheid, Experimenten criminaliteitsbestrijding voortzetten; Kleine ondernemingen: ruim 32 % heeft ondernemingsraad; Adviescommissie mensenrechten buitenlands beleid geïnstalleerd; X., Kamervragen: Benoeming van vreemdelingen in openbare dienst.

nr. 23, 8 juni

Leijten, J.C.M., Overgangsrecht in het privaatrecht, preadviezen van C.J.H. Brunner en H. Stein; Van Maarseveen, H., Openbare orde, preadviezen van H.Ph.J.A.M. Hennekens en J.J.H. Suyver; Van Os van den Abeelen, T.J.P., en Slothouber, C., De rechterlijke organisatie en het recht. Het rapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie onder vuur; Boas, S., Enige opmerkingen over de terugwerkende kracht van wetten; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer, strafkamer en belastingkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Beleidsplan samenleving en criminaliteit; Strafrechtelijk beslissen in de raadkamer; De Hoge Raad gaat om; Wereldvrouwenconferentie; X., Kamervragen: Eenvoud en soberheid van wetgeving.

nr. 24, 15 juni

Vranken, J.B.M., De hercodificatie van het verbintenissenrecht in de Bondsrepubliek Duitsland. Tegelijk een bespreking van de vierentwintig voorbereidende preadviezen; Schoordijk, H.C.F., Duits verrijksrecht; Frielink, P., De positie van het slachtoffer in ad informandum gevoegde strafzaken; Boas, S., De vermelding «Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek» met de invoeging «(Rechtspersonen)»; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer) en Hof van Justitie EG; Berichten: Rapport Commissie-Mulder; Versnelde ontslagprocedure per 1 juli; Seminar vrouwelijke vluchtelingen; Waarborgsommen bij huurcontracten; X., Kamervragen: ontslagbescherming ondernemingsraadsleden.

nr. 25, 22 juni

Enschede, Ch.J., Euthanasie en overlijdensverklaring; Twaalfhoven, D.F.M., Voorstellen tot wijziging van de benoemingsprocedure en van de bevoegdheid in de rechterlijke macht. Een bedenkelijk bezuinigingsvoorstel met hoge prioriteit; Haentjens, R.C.P., e.a., Object en methode in de Nederlandse rechtswetenschap; Op zoek naar standpunten, De Kok, F.J.C.M., Het gevaar en ongelijk van Ismo omtrent de ongelijkheid; Vermunt, D., «De veearts» leent zich niet voor euthanasie... (met naschrift van Enschedé, Ch.J.); Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer, strafkamer en belastingkamer); X., Wetgeving: EEG-recht; X., Berichten: Samenleving en criminaliteit; Rechtspositie deeltijdwerkers, Herziening naamrecht; Rechtsbijstand consumentenbond; Ondertoezichtstelling niet-autochtone jeugdigen; X., Kamervragen: Wederzijdse steunverlening partners in duurzaam samenlevingsverband.