

HET NIET-DISCRIMINATIEBEGINSEL VAN ARTIKEL 26 INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN EN DE RECHTSPOSITIE VAN VREEMDELINGEN

1 Situering en probleemstelling i.v.m. de betekenis van artikel 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

1. Bij de wet van 15 mei 1981 werden het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten¹ en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten², beide opgemaakt te New-York op 19 december 1966, goedgekeurd³. Door de ratificatie op 21 april 1983 werd België op 21 juli 1983 definitief partij bij deze zogenaamde UNO-Pacten⁴.

2. In tegenstelling tot de opvatting van de Raad van State, afdeling wetgeving⁵ en van de Belgische regering⁶ ter zake, wordt de directe werking van de belangrijkste bepalingen van het I.V.B.P.R. algemeen erkend⁷; die van het I.V.E.S.C.R. wordt daarentegen ontkend⁸. Voor het

I.V.B.P.R. betekent dit dat België de bepalingen van het verdrag moet naleven en het verdrag bij de rechtbanken kan ingeroepen worden.

3. In art. 26 stelt het I.V.B.P.R. een algemeen niet-discriminatiebeginsel in met de woorden: «Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status».

De interpretatie van dit artikel heeft aanleiding gegeven tot heel wat moeilijkheden. Dit is op de eerste plaats het geval door een andere niet-discriminatiebepaling in art. 2, lid 1, van hetzelfde verdrag dat de staten de verplichting oplegt om de in het verdrag erkende rechten te verzekeren zonder enige vorm van discriminatie aan ieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht onderworpen is. De vraag rees of art. 26 al dan niet een herhaling is van art. 2, lid 1, met of zonder zelfstandige betekenis en of het zich al dan niet beperkt tot de materies die in het verdrag zijn geregeld. Uit de voorbereidende teksten van deze twee artikelen was dit niet af te leiden⁹. Sommige auteurs¹⁰ hebben ter zake de houding van het Comité voor de rechten van de mens¹¹ afgewacht, anderen hebben zelf reeds een inter-

¹ Verder het I.V.E.S.C.R. genoemd.

² Verder het I.V.B.P.R. genoemd.

³ B.S., 6 juli 1983.

⁴ Zie hierover BOSSUYT, M., «België partij bij de UNO-pacten inzake mensenrechten (21 juli 1983)», *R.W.*, 1983-84, 782-790. Deze auteur merkt o.m. de traagheid op waarmee België tot deze goedkeuring is overgegaan.

⁵ *Gedr. St., Kamer*, 1977-78, nr. 188/1, 29.

⁶ Verslag Swaelen, *Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 535/2, 4-5 en Verslag Kevers en Wyninckx, *Gedr. St., Senaat*, 442/2, 7.

⁷ Na een grondig onderzoek van de voorbereidende teksten ter zake kwam ook de Belgische rechtsleer tot dit besluit: BOSSUYT, M., «De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten», *R.W.*, 1978-79, 235-248; VELU, J., «Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme», in *Prolegomena*, 2, VANDEPLAS, A. en SPREUTELS, J.P. (red.); Brussel, Swinnen, 1981, 33-53; BRACQUENE, P., «De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake de burgerrechten en politieke rechten na het cassatiearrest van 17 januari 1984», *R.W.*, 1983-84, 1563-1572. Ook het Hof van Cassatie sloot zich hierbij aan wat de toepassing van art. 9, lid 2, betreft: Cass., 17 januari 1984, *R.W.*, 1984-85, 1147.

⁸ ORIANNE, P., «De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les Déclarations internationales», *Ann. Dr.*, 1974, 147-163; VIERDAG, E.W., «The Legal Nature of the Rights granted by the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights», *N.Y.I.L.*, 1978, 69-105; JACOBS, A.T.J.M., *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Alphen, Tjeenk Willink, 1985, 36-38; KLERK, J., «Implementatie van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten», *N.J.C.M.*, 1986, 274-278; ALSTON, Ph. en QUINN, G., «The Nature and Scope of States Parties'. Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Hum. Rights Quart.*, 1987, 156-222.

⁹ Voor een bespreking van deze voorbereidende werken zie Bossuyt, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976, 85-87; TOMUSCHAT, C., «Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights», in *Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht. Festschrift für H.-J. Schlochauer*, VON MUNCH (red.), Berlijn, De Gruyter, 1981, 698-706; RAMCHARAN, B.G., «Equality and Nondiscrimination», in *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, HENKIN, L. (red.), New York, Columbia University Press, 1981, 252-252 en MERON, Th., *Human Rights Law-Making in the United Nations. A critique of Instruments and Process*, Oxford, Clarendon, 1986, 119-123.

¹⁰ MERON, Th., *o.c.*, 120.

¹¹ Dit Comité werd ingesteld door art. 28, lid 1, van het verdrag. Op de eerste plaats bestudeert en commentarieert dit Comité de nationale rapporten die door de gebonden staten moeten worden gemaakt i.v.m. de maatregelen die zij hebben genomen ter uitvoering van het verdrag (art. 40). Daarnaast ontvangt en behandelt het ook de kennisgevingen van een staat die partij is tegen schendingen van het verdrag door een andere partij (voor zover de klagende staat de bevoegdheid van het Comité ter zake heeft erkend (art. 41); België heeft dit gedaan op 18 juni 1987; zie B.S., 2 december 1988). Ten

pretatie van de bepalingen van art. 26 uitgewerkt.

4. Uit de analyse van de tekst van art. 26 leidden verschillende auteurs de directe en zelfstandige werking van deze bepaling af, zeker wat de eerste zin betreft. Het beginsel dat allen gelijk zijn voor de wet (*égaux devant la loi*; equal before the law) verwijst naar het algemeen gangbare niet-discriminatiebeginsel dat de wet t.a.v. ieder op gelijke wijze moet worden toegepast¹². Meer discussie bestond er over de termen «hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet» («une égale protection de la loi», «equal protection of the law»). Toch stellen de meeste auteurs dat deze termen de direct toepasbare verplichting opleggen aan de Staten om in hun wetgeving geen ontoelaatbare¹³ discriminatie op te nemen. Het betreft dan een verplichting die veel verder gaat dan het waarborgen van een gelijke toepassing van de wet. Het gaat hier om een algemeen discriminatieverbod dat slaat op de inhoud van de wet zelf¹⁴. Tomuschat daarentegen was van mening dat het opleggen van een dergelijke algemene gelijkheidsverplichting niet de bedoeling van het verdrag of van art. 26 geweest kan zijn, en dat de hier geïnterpreteerde termen enkel slaan op het verhinderen en verbieden van ontoelaatbare discriminatie in de toepassing en de uitoefening van de bij wet toegekende rechten. De termen «gelijke bescherming door de wet» zouden dan enkel betrekking hebben op de verzekering van de feitelijke realisatie van het algemeen gelijkheidsbeginsel van gelijkheid voor de wet. «Equal protection of the law» betekent voor hem «equal protection in the application of the law»¹⁵.

5. Een ander discussiepunt was, zoals gezegd, het materieel toepassingsgebied van deze niet-discriminatiebepaling. Slaat zij enkel op de rechten die verzekerd worden door het I.V.B.P.R. of heeft zij tevens betrekking op andere rechten. Bossuyt meent dat het discriminatieverbod van art. 26, eerste zin, op alle rechten slaat die door een staat worden toegekend, op alle regelgevende overheidsactiviteiten¹⁶. In die zin gaat art. 26 veel verder dan art. 2, lid 2, van het I.V.B.P.R., dat enkel slaat op de rechten die in het verdrag zelf zijn opgenomen. In het verlengde van zijn opvattingen die uiteengezet zijn in het vorige punt, verwerpt Tomuschat deze ruime interpretatie en beperkt hij het niet-discrimina-

tiebeginsel tot die rechten die zijn opgenomen in het I.V.B.P.R.¹⁷.

6. Minder discussie was er over het punt welke discriminatie wordt verboden door de bepalingen van art. 26. Het maken van onderscheid in de wet kan gerechtvaardigd zijn en art. 26 heeft enkel betrekking op arbitraire en onredelijke discriminatie. Hierover bestond er bij de voorbereiding van deze tekst noch bij de rechtsleer enige discussie¹⁸. Hierbij werd herhaaldelijk verwezen naar de principes die ter zake door het E.H.R.M. worden gevolgd i.v.m. de toepassing van art. 14 E.V.R.M.¹⁹. Op grond van deze principes is er enkel sprake van discriminatie «wanneer met ongelijke behandeling geen geoorloofd doel wordt nagestreefd, ofwel wanneer de ongelijke behandeling niet dienstig is om dit doel te bereiken of wanneer de nadelen van de gediscrimineerde groep onevenredig zijn t.a.v. hetgeen nodig kan geacht worden om dit per hypothese wettig doel te bereiken»²⁰. De objectieve en redelijke verantwoording en de evenredigheid tussen doel en middelen staan hierbij centraal.

2. Het standpunt van het Comité voor de rechten van de mens

7. Over de vraagpunten die tot nu toe zijn behandeld en waarover niet steeds eensgezindheid bestond in de internationale rechtsleer bij de interpretatie van de voorbereidende teksten en van de tekst van art. 26, heeft het Comité voor de rechten van de mens een uitspraak gedaan op 7 april 1987. Reeds lang werd met veel aandacht uitgekeken naar deze stellingname van het Comité. Tot dan toe had het Comité zich onthouden om rechtstreeks een beroep te doen op art. 26. Dit gebeurde slechts op een onzelfstandige manier als aanvulling op andere verdragsbepalingen²¹.

Het ging in feite om drie beslissingen van het Comité die betrekking hadden op de rechtspositie van vrouwen in het Nederlandse sociale zekerheidsrecht²². Belangrijk hierbij

¹⁷ TOMUSCHAT, C., *l.c.*, 256.

¹⁸ Zie, over de betekenis van het niet-discriminatiebeginsel in het algemeen, BOSSUYT, M., *o.c.*, 96 e.v.; over de betekenis ervan in het I.V.B.P.R., TOMUSCHAT, C., *l.c.*, 712-715, en de verwijzingen aldaar naar de voorbereidende teksten en de rechtsleer; KLERK, J., «Working paper on Article 2(2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Hum Rights Quart.*, 1987, 254-255.

¹⁹ E.H.R.M., 23 juli 1969, Belgische Taalzaken, *Publ. Cour*, série A, vol. 6, nr. 9-11, 33-36.

²⁰ RIMANQUE, K., *De toepassing van het E.V.R.M. in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 39-40. Deze auteur stelt eveneens dat een zelfde discriminatiecriterium moet worden gehanteerd bij de toepassing van art. 14 E.V.R.M. en van art. 26 I.V.B.P.R.

²¹ ALKEMA, E.A., «Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen. Wie leidt de wals van de gelijkheid», in *Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen, en de internationale rechtsorde: staatsrechtconferentie 1986*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1987, 887.

²² Beslissingen nrs. 172/1984, 180/1984 en 182/1984. Zij werden gepubliceerd in *Report of the Human Rights Committee*, UN/GAOR/42nd session, Suppl. 40 (A/42/40), New York, U.N., 1987, 139-169. De eerste uitspraak verscheen in *N.J.C.M.*, 1987, 377-391, noot ZWART, T. We zullen verder naar deze uitspraak verwijzen.

slotte kan het tevens de kennisgevingen in ontvangst nemen en behandelen van individuele personen die beweren het slachtoffer te zijn van schending van de in het verdrag genoemde rechten door de staat onder wiens rechtsmacht die persoon valt, maar enkel als die betrokken staat de bevoegdheid ter zake van het Comité heeft erkend door toe te treden tot het Facultatief Protocol behorend bij het verdrag (art. 1 van dit Facultatief Protocol). België is tot nu toe niet toegetreden tot dit protocol. Het Comité is geen rechtscollège dat definitieve en bindende arresten kan vellen, maar heeft door zijn samenstelling (personen van hoog zedelijk aanzien en met een erkende bekwaamheid op het gebied van de rechten van de mens; art. 28, lid 2) een belangrijke gezaghebbende functie. Zie in het algemeen, over de bevoegdheden van dit Comité, BOSSUYT, M., *l.c.*, R.W., 1978-79; 245-248.

¹² BOSSUYT, M., *o.c.*, 87; RAMCHARAN, B.G., *l.c.*, 254-255 en TOMUSCHAT, C., *l.c.*, 707.

¹³ Zie hierover verder nrs. 6 en 10.

¹⁴ BOSSUYT, M., *o.c.*, 88-89 en RAMCHARAN, *l.c.*, 255.

¹⁵ TOMUSCHAT, C., *l.c.*, 707-710.

¹⁶ BOSSUYT, M., *o.c.*, 84. Zie eveneens: RAMCHARAN, B.G., *l.c.*, 256.

was de duidelijkheid waarmee het Comité een standpunt innam in de bovenvermelde betwiste punten.

8. Wat de verplichtingen van de Staten betreft oordeelt het Comité:

«The Committee begins by noting that article 26 does not merely duplicate the guarantees already provided for in article 2. Its basis stems from the principle of equal protection of the law without discrimination, as contained in article 7 of the Universal Declaration of Human Rights, which prohibits discrimination in law or in practice in any field regulated and protected by public authorities. Article 26 is thus concerned with the obligations imposed on States in regard to their legislation and the application thereof. Although article 26 requires that legislation should prohibit discrimination, it does not of itself contain any obligation with respect to the matters that may be provided for by legislation. Thus it does not, for example, require any State to enact legislation to provide for social security. However, when such legislation is adopted in the exercise of a State's sovereign power, then such legislation must comply with article 26 of the Covenant. The Committee observes in this connection that what is at issue is not whether or not social security should be progressively established in the Netherlands but whether the legislation provided for social security violates the prohibition against discrimination contained in article 26... and the guarantee given therein to all persons regarding equal and effective protection against discrimination²³.»

Volgens het Comité mag een staat in de wetgeving zelf die hij uitwerkt (ongeacht de verplichting of de opportuniteit van zodanige uitwerking) geen ongerechtvaardigd onderscheid invoeren. Het Comité benadrukt dat de wetgeving als dusdanig en niet alleen de toepassing ervan, getoetst moet worden aan het niet-discriminatiebeginsel²⁴.

9. Ook op het punt van het materieel toepassingsgebied neemt het Comité stelling:

«The Committee is of the view that the International Covenant on Civil and Political Rights would still apply even if a particular matter is referred to or covered in other international instruments, e.g., the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, or, as in the present case, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Notwithstanding the interrelated drafting history of the two Covenants, it remains necessary for the Committee to apply fully the terms of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee observes in this connection that the provisions of article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights do not detract from the full application of article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights²⁵.»

Het Comité voegt eraan toe dat uit de voorbereidende teksten van het verdrag geen beperking van het toepassingsgebied tot de rechten die verzekerd worden in het I.V.B.P.R. zelf kan worden afgeleid²⁶. Het Comité geeft dus een zeer ruime draagwijdte aan art. 26. Niet alleen bestrijken de aan-

gehaalde internationale verdragen een zeer breed terrein²⁷, daarenboven worden ze slechts als voorbeeld aangehaald, zodat mag aangenomen worden dat volgens het Comité alle terreinen van het overheidsoptreden onderworpen zijn aan de niet-discriminatieverplichting van art. 26 I.V.B.P.R. Dit geldt ook voor rechten die vallen onder andere niet-discriminatieverplichtingen die eventueel enger moeten worden geïnterpreteerd. Daardoor verklaart het Comité zich tevens bevoegd om te oordelen over discriminatie bij de toekenning van de rechten die niet binnen het toepassingsgebied vallen van het I.V.B.P.R.²⁸.

10. Ten slotte sprak het Comité zich uit over het begrip discriminatie:

«The right to equality before the law and to equal protection of the law without any discrimination does not make all differences of treatment discriminatory. A differentiation based on reasonable and objective criteria does not amount to prohibit discrimination within the meaning of article 26²⁹.»

Hierdoor hanteert het Comité een criterium dat vergelijkbaar is met dat van het E.H.R.M., hoewel het bondiger is geformuleerd³⁰. Het laat daarmee een beoordelingsmarge open die de vorige principiële stellingnamen hanteerbaar moeten maken in de praktijk. Na deze overweging paste het Comité dit principe toe bij de toetsing van de aangevochten wetgeving³¹.

3. Werking in de tijd en horizontale werking

11. Hoewel de Nederlandse rechtspraak reeds langer de directe werking en het ruime toepassingsgebied van art. 26 I.V.B.P.R. had aanvaard³², veroorzaakte deze beslissing wegens zijn consequenties toch nog grote opschudding³³. Die opschudding werd nog groter toen de Nederlandse rechtspraak deze beslissing consequent toepaste, wat in de sociale

²⁷ Het I.V.E.S.C.R. heeft betrekking op een zeer breed veld van economische, sociale en culturele rechten zoals: het recht op arbeid (art. 6), billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden (art. 7), collectieve arbeidsbescherming (art. 8), sociale zekerheid (art. 9), bescherming en bijstand (art. 10), een behoorlijke levensstandaard (art. 11), gezondheidszorg (art. 12), onderwijs (artt. 13-14), culturele en wetenschappelijke ontplooiing (art. 15).

Het Internationaal Verdrag ter bestrijding van alle vormen van rassendiscriminatie van 7 maart 1966 (goedgekeurd door de wet van 9 juli 1975, *B.S.*, 11 december 1975) heeft in art. 5 een lange opsomming van allerlei terreinen waarop rassendiscriminatie moet bestreden worden.

²⁸ Ook inzake het materieel toepassingsgebied van art. 26 wijst het Comité de beperkende opvatting van TOMUSCHAT af.

²⁹ Overweging 13.

³⁰ SWART, T., noot, *N.J.C.M.*, 1987, 390.

³¹ Overwegingen 14 en 15.

³² Zie o.m. Hoge Raad, 10 december 1982, *R.W.*, 1982, 106, en Raad van State, 8 januari 1985, in zake X., in POSSEL, A.C., *Rechtspraak Rassendiscriminatie*, Lelystad, Vermande, 1987, 229.

³³ Er gingen zelfs stemmen op om het I.V.B.P.R. op te zeggen en daarna opnieuw te bekrachtigen met voorbehoud van art. 26. Zie HERINGA, A.W., «Effectuering van sociale grondrechten», *N.J.C.M.*, 1988, 306. Zie eveneens PARLEVET, J., «Nederland in rep en roer door uitspraken van het Mensenrechten Comité», *Nemesis*, 1988, 79-81.

²³ Overweging 12.3 tot 12.5.

²⁴ Het Comité verwierpt daardoor de visie van TOMUSCHAT hierover.

²⁵ Overweging 12.1.

²⁶ Overweging 12.2.

zekerheid heel wat gevolgen zou kunnen hebben³⁴. De Centrale Raad van Beroep steunde hierbij in ruime mate op de overwegingen van de beslissing van het Comité van 7 april 1987.

Op één punt is de overeenstemming tussen deze twee uitspraken evenwel betwistbaar, meer bepaald inzake het probleem van de werking van art. 26 in de tijd. De Centrale Raad oordeelde dat de verplichting tot niet-discriminatie niet aan de Nederlandse overheid was opgelegd vanaf het moment dat Nederland gebonden was door het verdrag³⁵, maar oordeelde dat bepaalde rechten die gewaarborgd worden krachtens het verdrag slechts geleidelijk moeten worden ingevoerd. De Centrale Raad legde, na onderzoek van de evolutie van de in het geding zijnde wetgeving, dit tijdstip vast op het moment dat de wetgever wel de intentie te kennen gaf om de bestreden discriminatie weg te werken, maar in werkelijkheid daar niet toe overging³⁶. Het Comité voor de rechten van de mens maakte in zijn beslissing van 7 april 1987 evenwel geen enkel gewag van een beperking in de tijd van de werking van art. 26³⁷. Impliciet ontkent het Comité deze beperking door te stellen dat de invoering van de verschillende gewaarborgde rechten wel over een bepaalde periode kan worden gespreid (progressive implementation)³⁸, maar als de betrokken rechten eenmaal in de nationale wetgeving zijn opgenomen, moet deze wetgeving vrij zijn van elke ongeoorloofde discriminatie³⁹.

Deze stelling wordt nog bevestigd door het standpunt dat ter zake werd ingenomen door een vergadering van experts inzake de UNO-Pacten op 2-6 juni 1986 in Maastricht en die geformuleerd werden onder de naam «Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights»⁴⁰. Hoewel de geleidelijke invoering van de rechten die het voorwerp uitmaken van het I.V.E.S.C.R. de regel is, stellen zij:

«Upon becoming a party to the Covenant states shall eliminate de jure discrimination by abolishing without delay any discriminatory laws, regulations and practices (including acts of omission as well as commission) affecting the enjoyment of economic, social and cultural rights.

De facto discrimination occurring as a result of the unequal enjoyment of economic, social, and cultural rights, on ac-

count of a lack of resources or otherwise, should be brought to an end as speedily as possible⁴¹.»

Dit betekent dat juridische discriminaties moeten worden weggenomen vanaf het moment dat een Staat partij wordt bij het verdrag. Enig respijt krijgen deze landen enkel voor het wegnemen van feitelijke discriminaties, en dit moet wel «as speedily as possible» gebeuren.

De vraag rees of dit ook geldt in tijden van economische recessie. Art. 4 I.V.E.S.C.R. bepaalt immers dat de rechten beschermd in het verdrag door de staten bij wet mogen worden beperkt met het doel het algemeen welzijn te bevorderen. Deze beperkingen mogen dan wel niet in strijd zijn met de aard van deze rechten. Klerk stelt in dit verband dat ongeoorloofde discriminatie steeds in strijd is met de aard van die rechten en dat economische achteruitgang nooit een rechtvaardiging kan zijn voor het invoeren van nieuwe discriminatie of het handhaven van de reeds bestaande. Zij schrijft:

«A declining economy is no justification for burdening only socially disadvantaged groups. No new discriminatory situations should be created; and even in a time of a declining economy states are obliged to end existing discriminatory practices. Nondiscrimination is not a favor that can be granted only in a time of a growing economy⁴².»

Zij werd hierin gevolgd door de «Limburg Principles».

§ 49 bepaalt dat de wetten die beperkingen op de economische, sociale en culturele rechten opleggen niet discriminatoire mogen zijn en § 52 stelt i.v.m. de interpretatie van het begrip algemeen welzijn: «This term shall be construed to mean furthering the wellbeing of the people as a whole.»

Het gaat hier dus duidelijk om het welzijn van heel de bevolking en niet alleen maar van bepaalde groepen. Indien economische redenen aanwezig zijn om de toekenning van bepaalde economische, sociale of culturele rechten te beperken, dan mogen die enkel op een niet-discriminerende manier beperkt worden. Als zij enkel ten laste worden gelegd van één bepaalde bevolkingsgroep, moet daarvoor een redelijke en objectieve verantwoording bestaan en mag er geen onevenredigheid zijn tussen deze doelstelling en de lasten die op deze bevolkingsgroep worden gelegd. Deze conclusie is mede ingegeven door de toepasselijkheid van art. 26 E.V.B.P.R. op de economische, sociale en culturele rechten en geldt als belangrijkste argument om het niet-discriminatiebeginsel ook in de tijd onmiddellijk te laten werken⁴³.

Deze interpretatie gaat evenwel verder dan de houding van het E.H.R.M. In de zaak Abdulaziz, Cabales en Balkandali⁴⁴ toetste het Hof de Britse immigratiewetgeving o.m. aan het niet-discriminatiebeginsel van art. 14 E.V.R.M. In casu oordeelde het Hof echter dat er voldoende redelijke en objectieve verantwoording aanwezig was voor het onderscheid naar nationaliteit (en onrechtstreeks naar ras) in de Britse immigratiewetgeving. Het Hof aanvaardde hierbij het invoeren van economische omstandigheden (grote werkloosheid) voor het beperken van de immigratiestroom⁴⁵.

⁴¹ §§ 37 en 38.

⁴² KLERK, J., *l.c.*, 264.

⁴³ *Ibid.*, 262-263.

⁴⁴ E.H.R.M., 28 mei 1985, *Publ. Cour*, série A, vol. 94.

⁴⁵ Overweging 85. Zie hierover meer: LEMMENS, P., «Immigratiebeleid, gezinsleven en discriminatie», *R.W.*, 1985-86, 1650-1656.

³⁴ Zie o.m. Raad van Beroep, 11 juni 1987, *N.J.C.M.*, 1987, 471, en Centrale Raad van Beroep, 5 januari 1988, *N.J.C.M.*, 1988, 98-120, noot HERINGA, A. Zie hierover LEVELT-OVERMARS, W.M., «De uitspraken van de CRvB van 5-1-1988 over artikel 26 BUPO-Verdrag», *N.J.B.*, 1988, 589-599, en POLAK, J., «Gelijke behandeling en onrechtmatige wetgeving», *N.J.B.*, 1988, 600-604.

³⁵ Het I.V.B.P.R. werd in Nederland goedgekeurd door de wet van 24 november 1978, (S., 624) en trad er in werking op 11 maart 1979 (*Tb.*, 1978, nr. 177).

³⁶ In casu op 1 januari 1980.

³⁷ HERINGA, A., noot, *N.J.C.M.*, 1988, 120.

³⁸ Deze geleidelijkheid bij de invoering van de gewaarborgde rechten geldt vooral van het I.V.E.S.C.R. Zie hierover o.m. ALSTON, Ph. en QUINN, G., *l.c.*, 164-181. Ook bij de invoering van de rechten uit het I.V.B.P.R. wordt, althans door auteurs uit de Derde Wereld, een zekere geleidelijkheid aanvaard: JHEBVALA, F., «Domestic implementation of the Covenant on civil and political rights», *N.I.L.R.*, 1985, 467-472.

³⁹ Overweging 12.5.

⁴⁰ Gepubliceerd in *Hum. Rights. Quart.*, 1987, 122-135.

Aan de uiteengezette interpretatie in het kader van het I.V.B.P.R. i.v.m. de verplichtingen van de staten kan nog een verdere nuance aangebracht worden. Ze belet niet dat de rechtbanken die eraan uitvoering moeten geven, de toepassing in de tijd van art. 26 vanaf het moment dat de betrokken staat partij is geworden bij het verdrag om redenen extern aan het niet-discriminatiebeginsel uitstellen. Dit kan onder meer gebeuren wegens de ernst van de praktische gevolgen van zulke directe en retroactieve toepassing, of wegens de goede trouw ter zake van de nationale overheid⁴⁶.

12. In deze discussie over de betekenis van art. 26 I.V.B.P.R. kwam nog één aspect niet aan de orde, namelijk de vraag of deze bepaling horizontale werking heeft en dus eveneens van toepassing is op discriminerende praktijken tussen privé-personen. De meerderheid van de rechtsleer antwoordt hierop negatief. Een eventuele horizontale werking zou voortspruiten uit de tweede zin van art. 26 die de staten oplegt om in de wet elke discriminatie te verbieden en gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie te garanderen. Deze zin slaat niet meer op de discriminatie in de regelzetting zelf, maar op feitelijke discriminatie in de verhouding tussen burgers. De verplichting die de staten op zich nemen om deze feitelijke discriminaties te verbieden en te bestrijden, is evenwel te vaag om hieruit een subjectief recht met directe werking te halen⁴⁷. Dit gebrek aan horizontale werking spruit voort uit de onmogelijkheid van de staat om zich te mengen in de privé-gedragingen van zijn burgers⁴⁸. Enkel Ramcharan stelt dat art. 26, tweede zin, aan de staten wel degelijk de verplichting oplegt om maatregelen te nemen tegen discriminatie, voor zover ze niet louter de persoonlijke sfeer betreffen⁴⁹. Het Comité heeft zich ter zake nog niet uitgesproken zodat hierover op dit moment nog geen duidelijkheid bestaat.

4. Onderscheid naar nationaliteit en rechtspositie van vreemdelingen

13. Het voorgaande heeft natuurlijk groot belang voor de rechtspositie van vreemdelingen. Hierover zou misschien twijfel kunnen rijzen omdat «nationaliteit» niet opgenomen is in de lijst van discriminatiegronden in art. 26. Deze lijst is evenwel onbetwistbaar enuntiatief. Dit volgt op de eerste plaats uit de bewoordingen zelf van dit artikel: «discrimi-

natie op welke grond ook, zoals...»⁵⁰. Specifiek met betrekking op art. 26 drukt Ramcharan het zo uit: «The rights recognized by the Covenant ... explicitly apply to all persons subject to a state party's jurisdiction, aliens as well as citizens»⁵¹.

Het ruime toepassingsgebied van art. 26 I.V.B.P.R. vormt geen hinderpaal voor de sanctionering van discriminatie op grond van nationaliteit: ook de andere verdragen waarnaar de beslissing van het Comité van 7 april 1988 verwijst, bevatten een enuntiatieve lijst van discriminatiegronden. Voor het I.V.E.S.C.R. volgt dit a contrario uit de bepalingen van art. 2, lid 3, dat ontwikkelingslanden toestaat om in bepaalde omstandigheden de in het verdrag erkende rechten, om economische redenen, voor niet-onderdanen te beperken. Hierdoor krijgen deze landen het recht om hun economie te beschermen tegen inmenging vanuit het buitenland. Deze bepaling geldt evenwel als uitzondering op het niet-discriminatiebeginsel van art. 2, lid 2, van dat verdrag, wat impliceert dat het onderscheid naar nationaliteit krachtens die bepaling niet toelaatbaar is⁵².

Overigens heeft het Comité op 22 juli 1986 een algemene commentaar over de positie van vreemdelingen krachtens het I.V.B.P.R. aangenomen. Het stelt o.m.: «Aliens are entitled to equal protection by the law. There shall be no discrimination between aliens and citizens in the application of these rights. These rights of aliens may be qualified only by such limitations as may be lawfully imposed under the Covenant»⁵³.

Dit betekent evenwel niet dat op alle terreinen discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Op de eerste plaats is er de wetgeving en het beleid inzake de toegang tot het grondgebied. De staten blijven op dit vlak autonoom. Dit volgt onder meer uit art. 12, lid 4, I.V.B.P.R., dat enkel aan nationale onderdanen het recht verleent om hun eigen staat binnen te komen⁵⁴. Het Comité drukte het in zijn algemene commentaar aldus uit: «The Covenant does not recognize the rights of aliens to enter or reside in the territory of a State party. It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise»⁵⁵.

Ook op enkele andere terreinen erkent het I.V.B.P.R. een voorkeursbehandeling voor de eigen onderdanen van een staat op grond van nationaliteit. Het betreft art. 25 dat enkel burgers («citoyens», «citizens») rechten inzake het openbare leven, de verkiezingen en de toegang tot het openbaar ambt

⁴⁶ Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de gevolgen van zijn uitspraken reeds enkele malen beperkt voor de toekomst alleen. Hierbij hield het Hof rekening met de financiële en economische gevolgen van een eventuele retro-actieve toepassing van zijn uitspraak en met het gegronde vertrouwen van de betrokkenen dat ze in overeenstemming met het gemeenschapsrecht handelden. Zie H.v.J., 8 april 1976, zaak 43/75, Defrenne, *Jur.*, 1976, 454; H.v.J., 5 januari 1986, zaak 41/84, Pinna, *Jur.*, 1986, I en H.v.J., 5 februari 1988, zaak 84/86, Blaizot, *T. Vreemd.*, 1988, nr. 48, 33. Voor verdere voorbeelden uit de nationale rechtspraak zie HERINGA, A.W., «Effectuering van sociale grondrechten», *l.c.*, 311.

⁴⁷ BOSSUYT, M., *o.c.*, 89-92.

⁴⁸ TOMUSCHAT, C., *l.c.*, 710-712. Deze auteur wijst erop dat enkel wat betreft de gelijke rechten van man en vrouw in het huwelijksrecht (art. 23, lid 4, I.V.B.P.R.) en de rechten van kinderen op bescherming zonder discriminatie (art. 24, lid 1), het verdrag betrekking heeft op privé-verhoudingen.

⁴⁹ RAMCHARAN, B.G., *l.c.*, 262-263. Zie ter zake het genuanceerd standpunt van ALKEMA, A., *l.c.*, 82.

⁵⁰ BOSSUYT, M., *o.c.*, 56-59.

⁵¹ RAMCHARAN, B.G., *l.c.*, 263. Zie eveneens PARTSCH, K., «Menschenrechte und Fremdarbeiterpolitik», *N.J.W.*, 1974, 170, KLERK, J., *l.c.*, 256, en BOHNING, W.R., «The Protection of Migrant Workers and International Labour Standards», *International Migration*, 1988, 142-143.

⁵² Zie hierover DANKWA, E., «Working Paper on Article 2 (3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Hum. Rights Quart.*, 1987, 230-249.

⁵³ *Report of the Human Rights Committee*, UN/GAOR, 41ste Session, Suppl. no 40 (A/41/40), New York, U.N., 1986, 118.

⁵⁴ RAMCHARAN, B.G., *l.c.*, 263 en PARTSCH, K., *l.c.*, 169.

⁵⁵ § 4.

verleent. Andere uitzonderingen op het principe dat discriminatie naar nationaliteit of tussen personen van verschillende nationaliteit eveneens valt onder de toepassing van art. 26 moeten echter zeer strikt geïnterpreteerd worden⁵⁶. Partsch drukt het zo uit: „Ausnahmen, welche die Gleichbehandlung in diesen Instrumenten selbst zugelassen sind — Wahlrecht, öffentlicher Dienst — Zuzug usw. — oder soweit bei den zulässigen Einschränkungen das Kriterium der Staatsangehörigkeit legitimerweise berücksichtigt werden darf; das ist nur zulässig, wenn die Eigenschaft des Fremden für die zugelassenen Motivationen von Einschränkungen konkret eine Rolle spielt. Dabei wäre allerdings streng zu prüfen“⁵⁷.

Het vreemdelingenbeleid in het algemeen ontsnapt dus niet aan de toepassing van het I.V.B.P.R., en het toelatings- en binnenkomstbeleid kan in sommige omstandigheden getoetst worden aan het verdrag⁵⁸. Het Comité voegt daaraan toe: «... once aliens are allowed to enter the territory of a State party they are entitled to the rights set out in the Covenant»⁵⁹. Onderscheid naar nationaliteit in de wetgeving zal pas dan als gerechtvaardigd kunnen worden beschouwd als het vreemdeling-zijn van de betrokkenen een concrete functie heeft in de doelstellingen van het onderscheid.

Als gevolg van de interpretatie die aldus aan art. 26 I.V.B.P.R. wordt gegeven, verliest het voorbehoud dat België heeft gemaakt bij art. 2, lid 2, I.V.E.S.C.R. veel van zijn betekenis. België erkent niet dat art. 2, lid 2, van dit laatste verdrag de verplichting inhoudt om aan vreemdelingen dezelfde rechten toe te kennen als aan Belgen. Volgens België zou dit artikel enkel de verplichting opleggen om willekeurige gedragingen uit te bannen en niet om onderscheid in rechte op te heffen⁶⁰. Uit het voorgaande volgt evenwel dat art. 26 I.V.B.P.R. een zelfstandige niet-discriminatieverplichting in rechte oplegt ook voor die rechten die opgenomen zijn in het I.V.E.S.C.R. Tegen art. 26 I.V.B.P.R. heeft België evenwel geen voorbehoud gemaakt.

15. Rekening houdend met de hiervoor besproken interpretatie en toepassing van art. 26 I.V.B.P.R. kunnen we het volgende stellen.

Sinds 21 juli 1983 moet elk onderscheid naar nationaliteit op welk terrein van het overheidsoptreden ook, of het nu een onderscheid is tussen Belgen en vreemdelingen of tussen vreemdelingen onderling, getoetst worden aan de criteria van redelijkheid en objectiviteit wat betreft de doelstellingen en van evenredigheid tussen de gevolgen die ze teweegbrengen voor de betrokkenen en de doelstellingen. Het onderscheid naar nationaliteit moet daarenboven specifiek betrekking hebben op deze gerechtvaardigde doelstellingen. Een

automatische invoering van onderscheid naar nationaliteit of het invoeren van economische motieven is niet redelijk. De terreinen waarop deze principes niet gelden, zijn zeer beperkt (toegang tot het grondgebied, politieke rechten, openbaar ambt).

5. Enkele voorbeelden van discriminatie i.v.m. de rechtspositie van vreemdelingen getoetst aan artikel 26 I.V.B.P.R.

16. Ter illustratie van deze redenering zullen we hier kort enkele voorbeelden uitwerken m.b.t. de rechtspositie van vreemdelingen, waarvoor deze interpretatie van art. 26 I.V.B.P.R. van belang kan zijn.

5.1. Het recht op het bestaansminimum

17. Krachtens art. 1, § 1, van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op het bestaansminimum⁶¹ heeft iedere meerderjarige Belg recht op het bestaansminimum. Hij moet zijn werkelijke verblijfplaats in België hebben en mag niet over toereikende bestaansmiddelen beschikken. Dit recht geldt in principe enkel voor Belgen. De wet maakt het de Koning mogelijk om het toepassingsgebied ervan uit te breiden tot vreemdelingen (art. 1, § 2). Deze uitbreiding is er eerst gekomen via het K.B. van 8 januari 1976⁶², dat het recht op het bestaansminimum ook toekende aan onderdanen van E.G.-Lid-Staten, staatlozen⁶³ en erkende vluchtelingen. Alvorens dit recht te kunnen genieten moesten deze vreemdelingen werkelijk in België verbleven hebben gedurende ten minste de laatste vijf jaar vóór de aanvraag van het bestaansminimum.

Onder druk van de Europese rechtspraak⁶⁴ werd deze uitbreiding door het K.B. van 27 maart 1987⁶⁵ vervangen door een nieuwe regeling die het recht op het bestaansminimum toekent aan diegenen die het voordeel genieten van de toepassing van de Verordening nr. 1612/68 van de Raad van de E.G. van 15 oktober 1968 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, aan de staatlozen en aan de erkende vluchtelingen, met weglating evenwel van de verblijfsduurvoorwaarde van vijf jaar. Deze voorwaarde werd echter via een ander K.B. van 27 maart 1987⁶⁶ veralgemeend tot alle rechthebbenden op het bestaansminimum via een wijziging van art. 26, eerste lid, van K.B. 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum⁶⁷. Op grond van dit artikel is deze verblijfsduur noodzakelijk om geacht te kunnen worden zijn werkelijke verblijfplaats in België te hebben en dus aan de voorwaarden voor de toekenning van het bestaansminimum te voldoen⁶⁸.

⁶¹ B.S., 18 september 1974.

⁶² B.S., 13 januari 1976.

⁶³ Krachtens de wet van 3 maart 1982 (B.S., 15 juli 1982) werden de personen van onbepaalde nationaliteit voor de toepassing van deze wet gelijkgesteld met staatlozen.

⁶⁴ H.v.J., 27 maart 1985, zaak 249/83, Hoeckx, T. *Vreemd.*, 1985; 77, noot VERSCHUEREN, H.

⁶⁵ B.S., 7 april 1987.

⁶⁶ B.S., 7 april 1987.

⁶⁷ B.S., 19 november 1974.

⁶⁸ Zie hierover VERSCHUEREN, H.: «Enkele actuele juridische aspecten inzake de toekenning van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, het bestaansminimum en de O.C.M.W.-dienstverlening

⁵⁶ RAMCHARAN, B.G., *I.c.*, 263.

⁵⁷ PARTSCH, K., *I.c.*, 170.

⁵⁸ Zo toetste het E.H.R.M. in de zaak Abdulaziz e.a. het Britse immigratiebeleid aan art. 14 E.V.R.M. Het Hof besliste in deze zaak dat het bevoorrecht in de immigratiewetgeving van vreemdelingen met een nauwere band met Groot-Brittannië (zoals de geboorte aldaar) geen ongerechtvaardigd onderscheid is (overweging 87).

⁵⁹ § 6. Men zou uit deze zinsnede kunnen afleiden dat het Comité van mening is dat deze bescherming enkel van toepassing is op legaal in het land aanwezige vreemdelingen.

⁶⁰ B.S., 6 juli 1983, 8829.

De redenen waarom vreemdelingen in principe uitgesloten blijven van dit zogenaamde «sluitstuk van de sociale zekerheid» is enkel economisch. De regering wees erop dat het de bedoeling was om de vreemdelingen geleidelijk dit recht te laten genieten, maar dat de financiële weerslag ervan te groot zou zijn of nog onzeker⁶⁹. De redelijkheid van de motivering is echter twijfelachtig. Hierboven is reeds aangegeven dat economische redenen geen voldoende motivering zijn om een onderscheid te maken tussen Belgen en vreemdelingen.

Bovendien is de belofde geleidelijkheid niet gerealiseerd. Bij de laatste wijziging van de bepalingen ter zake bleef het toepassingsgebied van de wet beperkt tot die categorieën vreemdelingen die er reeds recht op hadden.

Deze louter economische motivering blijkt evenmin objectief. Vreemdelingen die op grond van deze wetgeving geen recht hebben op het bestaansminimum, kunnen een beroep doen op de O.C.M.W.-dienstverlening krachtens de artt. 1 en 57 e.v. van de wet van 8 juli 1976 op de O.C.M.W.'s⁷⁰. De O.C.M.W.'s moeten deze vreemdelingen in staat stellen een leven te leiden in overeenstemming met de menselijke waardigheid. Zulk een steun kan niet veel lager zijn dan het bedrag van het bestaansminimum⁷¹. Behoeftige vreemdelingen komen aldus hoe dan ook ten laste van de overheid, ofwel via het bestaansminimum ofwel via de O.C.M.W.-dienstverlening. De nationale overheid draagt in het eerste geval voor 50% bij (art. 18 Bestaansminimumwet) in het tweede geval voor 100% indien het gaat om vreemdelingen die niet ingeschreven zijn in het bevolkingsregister (art. 5, 2§; wet van 2 april 1965)⁷². Het grote verschil voor de betrokken vreemdeling is evenwel dat een recht op het bestaansminimum onbetwistbaar en duidelijk omschreven is in de wetgeving (een vastgesteld bedrag), terwijl de O.C.M.W.-dienstverlening aan een ruime beoordelingsbevoegdheid van het plaatselijke O.C.M.W. onderworpen is.

Het onderscheid dat art. 1, § 1, van de wet van 7 augustus 1974 maakt tussen vreemdelingen en Belgen, steunt dus niet op een redelijk noch op een objectief motief. Het verdere onderscheid dat gemaakt wordt door het K.B. van 27 maart 1987, evenmin.

Een zelfde redenering kan gemaakt worden voor het recht op het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, dat principieel ook alleen aan Belgen en aan bepaalde categorieën vreemdelingen is voorbehouden⁷³.

5.2. Wachtuitkering voor schoolverlaters

18. Jonge werknemers die hun studie of hun leertijd beëindigd hebben, zijn onder bepaalde voorwaarden gerechtigd om werkloosheidsuitkeringen te ontvangen (ook wel de

wachtuitkering voor schoolverlaters genoemd) (art. 124, K.B. van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en de werkloosheid⁷⁴). Dit recht wordt aan vreemde of staatloze schoolverlaters krachtens art. 125, tweede lid, van hetzelfde K.B. slechts toegekend binnen de grenzen van een internationale overeenkomst. Dit betekent dat enkel die vreemdelingen recht hebben op deze schoolverlatersuitkering waaraan België ze wegens zijn internationale verplichtingen niet kan weigeren. Op grond daarvan zijn daartoe gerechtigd de onderdanen van: E.G.-Lid-Staten⁷⁵, landen partij bij de Europese Interim-Overeenkomst betreffende de sociale zekerheid van 11 december 1953⁷⁶, landen gebonden door het Europees Verdrag inzake de sociale zekerheid van 14 december 1972⁷⁷, sommige landen waarmee België een bilateraal sociale-zekerheidsakkoord heeft gesloten⁷⁸.

Ook staatlozen en vluchtelingen kunnen inzake werkloosheid op een internationale overeenkomst een beroep doen^{79, 80}.

Als gevolg hiervan hebben bepaalde vreemde schoolverlaters wel recht op een wachtuitkering en anderen niet, afhankelijk van het bestaan van een uitdrukkelijke internationale verplichting ter zake voor België. Het is niet duidelijk welke doelstelling aan dit onderscheid ten grondslag licht, maar wellicht is ze eveneens ingegeven door de bijkomende last voor de schatkist indien dit onderscheid niet bestond. Over de onrechtmatigheid van dit motief voor discriminatie tussen vreemdelingen en eigen onderdanen hebben we vroe-

⁷⁴ B.S., 18 januari 1964, err. 5 mei 1964.

⁷⁵ Krachtens de Europese sociale-zekerheidsverordening nr. 1408/72 van 14 juni 1971 en de uitvoeringsverordening nr. 574/72 van 21 maart 1972 en in sommige gevallen krachtens art. 7 verordening nr. 1612/68 van 15 oktober 1968.

⁷⁶ Goedgekeurd door de wet van 26 maart 1957 (B.S., 27 juni 1957). Naast de E.G.-landen (behalve Spanje), gaat het hier om Cyprus, Noorwegen, Turkije, IJsland en Zweden.

⁷⁷ Goedgekeurd door de wet van 2 september 1985 (B.S., 14 maart 1986). Als niet-E.G.-landen zijn dit enkel Oostenrijk en Turkije.

⁷⁸ Het betreft hier de Verdragen met Joegoslavië van 1 november 1954 (wet van 4 juli 1956, B.S., 1 september 1956), met San Marino van 22 april 1955 (wet van 4 juli 1956, B.S., 6 oktober 1956), met Spanje van 28 november 1956 (wet van 12 maart 1958, B.S., 18 mei 1958); met Algerije van 27 februari 1968 (wet van 3 juli 1969, B.S., 25 oktober 1969), met Tunesië van 29 januari 1975 (wet van 4 augustus 1976, B.S., 23 oktober 1976), en met Oostenrijk van 4 april 1977 (wet van 9 augustus 1978, B.S., 1 december 1978). Wat betreft het recht van de Algerijnse onderdanen op deze wachtuitkering was er een tussenkomst van het Hof van Cassatie nodig om de juridische discussie hierover in een voor de betrokkenen gunstige zin te beslechten (Cass., 23 februari 1987, *J.T.T.*, 1987, 179, en *T. Vreemd.*, 1987, nr. 44, 18). Voor de Marokkaanse onderdanen (Verdrag van 24 juni 1968; wet van 20 juli 1970, *N.S.*, 25 juli 1971) besliste het Hof van Cassatie hierover, na een lang juridisch debat, echter in negatieve zin (Cass., 16 december 1985, *Soc. Kron.*, 1986, 70 en *T. Vreemd.*, 1986, nr. 38, 19).

⁷⁹ Dit volgt niet alleen uit het Verdrag van 28 september 1959 (staatlozen); de wet van 12 mei 1960, B.S., 10 augustus 1960 en het verdrag van 28 juli 1951 (vluchtelingen; wet van 26 juni 1953, B.S., 4 oktober 1953), maar ook uit art. 2 van de Europese sociale-zekerheidsverordening nr. 1408/71.

⁸⁰ Voor een uitgebreider overzicht van deze nationale en internationale bepalingen zie DELCROIX, J.P., e.a., *De werkloosheids-gids. Reglementering en rechtspraak*, Vlezenbeek, Focus, 1987, 1.3/1 - 1.3/15.

aan vreemdelingen en vluchtelingen» *T. Vreemd.*, 1987, nr. 43, 8-9.

⁶⁹ Verslag De Clercq, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 247/1, 5 en Verslag Coens, *Gedr. St.*, Kamer, B.Z. 1974, nr. 192/2, 2.

⁷⁰ B.S., 5 augustus 1976.

⁷¹ Zie hierover onder meer R.v.St., O.C.M.W., Lokeren, nr. 25.302, 9 mei 1985; R.v.St., Rahma nr. 25.448, 7 juli 1985 en R.v.St., Amuah, nr. 26.534, 7 mei 1986.

⁷² B.S., 6 mei 1965.

⁷³ Art. 1 wet van 1 april 1969, B.S., 29 april 1969; ter zake gewijzigd door het K.B. nr. 417 van 16 juli 1986, B.S., 30 juli 1986. Zie hierover VERSCHUREN, H., *l.c.*, 3-14.

ger reeds gewezen. Overeenkomstig het arrest Abdulaziz zou het E.H.R.M. eventueel de nauwere band van de betrokkene met België als rechtvaardigingsgrond aanvaarden. Deze zou kunnen worden uitgedrukt in het al dan niet bestaan van een internationale overeenkomst tussen België en het land van herkomst. In deze zaak ging het evenwel over de immigratiewetgeving zelf, terwijl de wachttuitkering in de praktijk geweigerd wordt aan jonge vreemdelingen met een definitieve verblijfsvergunning die in België naar school zijn gegaan, en dus een nauwe band met ons land hebben.

Daar komt echter nog bij dat er geen evenredigheid bestaat tussen dit eventueel wettig doel en de nadelen die voor de betrokkenen optreden. Bepaalde groepen vreemdelingen die samen met hun schoolgenoten op de arbeidsmarkt komen, kunnen, in tegenstelling tot die anderen, geen beroep doen op wachttuitkering. Zij blijven dan afhankelijk van de familiale solidariteit of moeten een beroep doen op maatschappelijke dienstverlening. Het gaat hier om een onevenredige discriminatie ten nadele van een beperkte groep vreemdelingen die slechts 2% van de bevolking uitmaken. Het budgettair voordeel dat uit hun uitsluiting van de wachttuitkering gehaald wordt, is daardoor beperkt, terwijl de op hen gelegde last onevenredig zwaar is.

5.3. Beperkingen op het gezinsherenigingsrecht

19. Bij de wet van 28 juni 1984⁸¹ werd art. 10, vierde lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen⁸² gewijzigd om beperkingen aan het gezinsherenigingsrecht voor vreemdelingen aan te brengen. We zullen hier enkel ingaan op de beperkingen in de tijd van het gezinsherenigingsrecht en de beperkingen op de trapsgewijze gezinshereniging. De beperking in de tijd bestond erin dat de echtgenoten en kinderen ten laste enkel gebruik kunnen maken van het gezinsherenigingsrecht in het kalenderjaar van en het kalenderjaar na de eerste hereniging van een lid van het gezin. Bovendien heeft een vreemdeling geen recht meer om zijn echtgenoot of kinderen ten laste bij zich te laten herenigen indien hijzelf een verblijfsrecht verkregen heeft op grond van het gezinsherenigingsrecht. Hierbij wordt evenwel een onderscheid gemaakt tussen de vreemdelingen die van dit recht gebruik hebben gemaakt vóór de inwerkingtreding van deze wet⁸³, en hen die er pas daarna gebruik van gemaakt hebben. Daarenboven zijn deze beperkingen evenmin van toepassing op vreemdelingen die voor het recht op gezinshereniging een beroep kunnen doen op internationale bepalingen ter zake (E.G.; bilaterale verdragen). Voor de geviseerde vreemdelingen wordt het recht op gezinshereniging vervangen door een individuele beslissing van de minister van Justitie op grond van art. 9, derde lid, van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980.

De motivering van deze onderscheiden behandeling is het afremmen van het misbruik van de gezinshereniging om zo tot een effectieve immigratiestop te komen. Tijdens de voorbereiding van deze wetwijziging werd herhaaldelijk de even-

redigheid tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel betwist. De regering legde geen gegevens voor waaruit bleek dat er sinds 1980 (datum van de eerste versie van art. 10, vierde lid), een gevoelige stijging van het misbruik van het gezinsherenigingsrecht was⁸⁴. Uit statistische gegevens bleek intengendeel dat er in die periode een stagnering was van het aantal vreemdelingen in ons land⁸⁵. Sommigen meenden zelfs dat de tijdsbeperkingen op het gezinsherenigingsrecht een verhoging van het aantal gezinsherenigingen met zich mee zouden brengen⁸⁶.

Daartegenover staan de toch wel ernstige gevolgen voor de betrokkenen die voor hun gezinshereniging afhankelijk zijn van een individuele beleidsbeslissing van de minister van Justitie. Tijdens de voorbereiding van deze wet is overigens ook gewezen op de onmogelijkheid dat kinderen gespreid naar België komen om elk apart hun studies in het moederland te beëindigen en op de psychologische gevolgen van een gedwongen familiescheiding⁸⁷.

Los van beschouwingen over de schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven (art. 8 E.V.R.M.) en van het recht op bescherming tegen een inmenging in het gezinsleven (art. 17 I.V.B.P.R.), kunnen we stellen dat het onderscheid dat in deze materie gemaakt wordt tussen vreemdelingen, al naar gelang van de datum waarop zij zelf of één van hun gezinsleden naar België zijn gekomen, niet redelijk en objectief is en geen evenredige last oplegt aan de beperkte groep vreemdelingen die onder deze nieuwe regeling vallen. Het bestaan van een internationale overeenkomst, en dus een nauwere band met België, lijkt ons onvoldoende om deze bezwaren weg te nemen.

6. Besluit

20. Deze drie aspecten met betrekking tot het juridisch statuut van vreemdelingen waarop art. 26 I.V.B.P.R. van toepassing is, zijn slechts summier uitgewerkte voorbeelden. Zij kunnen wel een idee geven van de gevolgen van een consequente toepassing van dit internationaal niet-discriminatiebeginsel. Suggesties in die zin zijn tot nu toe in de Belgische rechtsleer niet gemaakt. De rechtspraak heeft art. 26 I.V.B.P.R. nog niet toegepast. Het eerste woord in deze discussie is nochtans aan de rechtspraak. Art. 26 kan immers rechtstreeks toegepast worden door de hoven en rechtbanken, zoals de Nederlandse Centrale Raad van Beroep het stelde:

«De Raad merkt in dit verband op, dat genoemd artikel 26 in gevallen als het onderhavige voldoende nauwkeurig is om door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen teneinde de toepassing van iedere met dat artikel strijdige bepaling te beletten⁸⁸.»

Herwig VERSCHUEREN
Assistent K.U.L.

⁸⁴ Verslag De Decker, *Gedr. St., Kamer*, 1983-84, nr. 756/21, 38-40.

⁸⁵ DUMON, W. en MICHIELS, L., *OCDE - Système d'observation permanente des migrations. Belgique 1987*, Leuven, S.O.I., 1987, 9.

⁸⁶ Verslag De Decker, *l.c.*, 38-40.

⁸⁷ Verslag De Decker, *l.c.*, 38 en 31.

⁸⁸ Centrale Raad van Beroep, 5 januari 1988, *N.J.C.M.*, 1988, 103.

⁸¹ B.S., 12 juli 1984.

⁸² B.S., 31 december 1980.

⁸³ Op 15 augustus 1984: K.B. van 18 juli 1984 (B.S., 24 augustus 1984).

EUROPEES VERDRAG TER VOORKOMING VAN FOLTERING EN ONMENSELIJKE OF VERNEDERENDE BEHANDELING OF BESTRAFFING

1. Inleiding

Het Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (Straatsburg, 26 november 1987)¹ wordt op 1 februari 1989 van kracht. Het stelt een onderzoekscomité in dat door regelmatige bezoeken aan plaatsen waar personen door een overheidsinstantie van hun vrijheid worden beroofd, deze personen tegen het risico van foltering wil beschermen.

Alle Lid-Staten van de Raad van Europa, de organisatie waarbinnen de conventie tot stand kwam, ondertekenden het verdrag; acht Staten ratificeerden reeds: Ierland, Luxemburg, Malta, Nederland, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Zwitserland².

Dat Turkije als eerste Staat ratificeerde, mag opvallend worden genoemd. De behandeling van verdachten en gevangenen aldaar maakte immers in het recente verleden geregeld het voorwerp uit van internationale juridische of politieke controleprocedures op het gebied van de rechten van de mens. Na de militaire staatsgreep van september 1980 werd Turkije tijdelijk uit de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa gestoten. Op 1 juli 1982 maakten Denemarken, Frankrijk, Nederland, Noorwegen en Zweden een klacht aanhangig tegen het land bij de Europese Commissie, onder meer op basis van artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat folteren in absolute bewoordingen verbiedt. De Commissie verklaarde de klacht ontvankelijk op 6 december 1983 en stelde vast dat er *prima facie* aanwijzingen waren van een administratieve praktijk van schendingen van artikel 3 en dat de autoriteiten te kort waren geschoten in het voorkomen van die schendingen. De zaak werd uiteindelijk met een omstreden minnelijke schikking geregeld, waarin de autoriteiten met name werden aangeklaamd om strikt op de naleving van de onder artikel 3 aangegeven verplichtingen toe te zien³. Tijdens dezelfde periode maakte de situatie in Turkije ook het voorwerp uit van een

zgn. confidentiële procedure, op basis van ECOSOC-resolutie 1503 (XLVII) (27 mei 1970), in het kader van de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens⁴.

De snelle ratificatie van het nieuwe Europese Anti-folteringverdrag door Turkije kan in verband worden gebracht met 's lands formele aanvraag tot lidmaatschap van de Europese Gemeenschap in april 1987. De mensenrechtensituatie in Turkije staat immers ook in dat kader ter discussie.

2. Voorgeschiedenis

De idee van preventief onderzoek ter voorkoming van foltering, werd aanvankelijk niet op het Europese, maar op het internationale niveau gelanceerd.

Aan de oorsprong stond de Zwitserse bankier Jean-Jacques Gautier die, nadat hij zich uit de zakenwereld had teruggetrokken, in januari 1977 een nieuwe niet-gouvernementele organisatie (NGO) oprichtte onder de naam «Comité suisse contre la torture» (CSCT). Onder auspiciën van deze organisatie kwam een eerste ontwerp-verdrag betreffende de behandeling van personen die van hun vrijheid worden beroofd, tot stand. Gautier achtte een repressief optreden ten aanzien van folteringen onvoldoende: essentieel was te voorkomen dat iemand slachtoffer van dergelijke praktijken werd. Dat kan enkel indien een controleorgaan op regelmatige tijdstippen gevangenen zou kunnen bezoeken, los van eventuele klachten over slechte behandeling. Dergelijke regelmatige bezoeken hadden als voordeel dat ze niet stigmatiserend werkten ten aanzien van de betrokken Staat. Bovendien kon veel sneller worden opgetreden dan in de regel mogelijk blijkt in een crisissituatie: dan stelt men vaak vast dat een Staat weigert toegang te verlenen aan het internationale controleorgaan tot de rust is hersteld en het kwaad geschied⁵.

In december 1977 gaf de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aan de Commissie voor de Rechten van de Mens de opdracht een ontwerp-verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing op te stellen⁶. Een belangrijk element van dat verdrag bestond precies in het uitbouwen van de internationale controlemechanismen betreffende folteringen. De eerste ontwerp-teksten die door de Zweedse regering en de As-

¹ Verder: het Europees Anti-folteringsverdrag. De Engelse en de Franse tekst van Verdrag en Bijlage zijn geplaatst in Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Trb.), 1988, 19. Zie ook voor de Franse tekst, *Revue Générale de Droit International Public*, 1988, 241-245; voor de Engelse tekst: *International Legal Materials*, 1988, 1152-1159.

² Stand van ratificaties op 10 november 1988.

³ Het rapport van de Commissie werd gepubliceerd in *Human Rights Law Journal*, 1985, 331-338. Voor meer achtergrondinformatie zie RUMFF, C., «Die gültliche Einigung im Staatsbeschwerdeverfahren gegen die Türkei», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1986, 177-186; ZWAAR, L., «The five inter-State complaints versus Turkey under the European Convention on Human Rights», *SIM Newsletter*, May 1984, 14-22; ZWAAR, L., «A friendly settlement in the European inter-State complaints against Turkey», *SIM Newsletter*, February 1986, 44-48.

⁴ Zie BOSSUYT, M., «The development of special procedures of the United Nations Commission on Human Rights», *Human Rights Law Journal*, 1985, 181-185.

⁵ Zie GAUTIER, «J.J., Pour une procédure efficace et réaliste», in *Torture: comment rendre efficace la Convention internationale*, Genève, ICJ/CSCT, 1980, 28-35.

⁶ Res. A.V. 32/62 (8 december 1977). Op 9 december 1975 was door de Algemene Vergadering reeds een Verklaring over hetzelfde onderwerp aangenomen. Zie res. A.V. 3452 (XXX) (9 december 1975).

sociation internationale de droit pénal aan de Commissie werden voorgelegd, zwegen echter over een preventieve controlebevoegdheid van het op te richten Anti-Folteringencomité. Op dat ogenblik stelde Niall MacDermot, de voorzitter van de Internationale Commissie van Juristen, een van de invloedrijkste NGO's op het gebied van mensenrechten, aan Gautier voor om zijn ontwerp in de vorm van een Facultatief Protocol te gieten dat aan het nieuwe verdrag zou kunnen worden toegevoegd⁷. De staat Costa-Rica bleek bereid die tekst officieel bij de Commissie in te dienen⁸. Bedoeling was de bespreking van het Facultatief Protocol ten gronde aan te vatten, nadat men het eens was geworden over de tekst van het verdrag zelf. De vrees leefde immers dat in geval van gelijktijdige bespreking andere gevoelige bevoegdheden van het Comité, zoals het behandelen van individuele klachten of het nemen van een eigen initiatief in geval van berichten over een systematische folterpraktijk in een verdragsstaat, ook naar het Facultatief Protocol zouden worden verwezen. Aan de andere kant achtte men het opnemen van een volstreekte nieuwigheid als preventief onderzoek in het verdrag zelf (nog) niet haalbaar.

De discussies over het verdrag werden op het niveau van de Commissie in 1984 afgerond, en op 10 december werd de tekst door de Algemene Vergadering aangenomen⁹. De weg leek nu vrij voor een discussie over het Facultatief Protocol. In 1986 besloot de Commissie echter de besprekingen tot 1989 uit te stellen¹⁰. Inmiddels lag al een ontwerp-tekst op het Europese niveau voor, en de Commissie wenste verdere ontwikkelingen op regionaal niveau af te wachten, alvorens de zaak opnieuw te bekijken.

Reeds in 1983 hadden het Comité suisse contre la torture en de Internationale Commissie van Juristen zich met succes tot de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa gewend. Deze wenste het door de NGO's opgestelde Europees Anti-folteringverdrag door het Comité van Ministers behandeld te zien¹¹. Het Comité van Ministers ging op die suggestie in, en na bespreking en wijziging van de tekst door het aan het Comité toegevoegde comité van deskundigen voor de rechten van de mens¹², nam het de tekst van het nieuwe verdrag aan op 26 juni 1987¹³.

De voorgeschiedenis van dit verdrag vertoont enkele kenmerken, die tendensen geworden zijn in de huidige regelgeving m.b.t. de internationale bescherming van de rechten van de mens.

Nieuwe verklaringen of verdragen zijn steeds vaker het initiatief van niet-gouvernementele organisaties die op bevriende staten een beroep doen om een project dat hun be-

zorgdheden vertolkt, formeel in te dienen bij het bevoegde orgaan. De tekst verwerft een gouvernementeel karakter door een vaak langdurig proces van onderhandelingen in verschillende commissies waarin regeringsvertegenwoordigers zitten. Vooral op het gebied van burgerlijke en politieke rechten tekent deze tendens zich steeds scherper af, omdat de grootste en meest gerespecteerde NGO's vooral op dat gebied actief zijn.

Boeiend is eveneens de verweving van het internationale en het regionale niveau. Een initiatief dat op internationaal vlak is genomen, resulteert hier in een regionaal instrument dat de intussen uitgestelde internationale besluitvorming opnieuw kan ondersteunen. In het geval van de folteringenproblematiek wordt de wisselwerking nog versterkt door het eveneens recente inter-Amerikaans Verdrag ter voorkoming en bestraffing van foltering (9 december 1985)¹⁴, dat inhoudelijk aansluit bij het VN-Verdrag, maar nog niet van kracht is geworden.

Lijdt deze ontwikkeling niet tot een inflatie van controlemechanismen? Heeft het Europees Anti-folteringverdrag nog een functie te vervullen als straks een Facultatief Protocol bij het VN-Verdrag tot stand komt? Vermoedelijk wel. Het is immers niet denkbeeldig dat een staat eerder tot samenwerking bereid is in een regionaal kader. Wat preventief onderzoek betreft, is het evenmin denkbeeldig dat de regelmaat van bezoeken enkel zal kunnen worden verzekerd indien zowel op het regionale als het universele vlak onderzoekscomités actief zijn. Van die regelmaat hangt precies het succes van de formule af.

3. Inhoud

In het eerste hoofdstukje van het Europees Anti-folteringverdrag (artt. 1-3) wordt de kern van de bevoegdheid van het Comité beschreven. De taak van het Comité bestaat uit het onderzoeken, door middel van inspectiebezoeken, van de behandeling van personen die van hun vrijheid zijn beroofd, met de bedoeling om, waar nodig, de bescherming van zulke personen tegen foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing te verbeteren. Staten die partij worden bij het verdrag, nemen de verplichting op zich om dergelijke bezoeken toe te staan in elke plaats binnen hun rechtsgebied waar personen van hun vrijheid worden beroofd door een overheidsinstantie («a public authority»). Volgens de door het Comité van Ministers opgestelde memorie van toelichting («explanatory report») betekent dit dat het Comité, naast gevangenisbezoeken, ook bezoeken kan brengen aan plaatsen waar personen ten gevolg van administratieve vrijheidsberoving worden ondergebracht, waar minderjarigen door een overheidsinstantie worden vastgehouden, of wanneer patiënten verplicht worden in psychiatrische instellingen te verblijven (wanneer ze uit vrije wil worden opgenomen, kan het Comité de waarachtigheid van hun instemming beoordelen). Zowel particuliere als openbare instellingen kunnen worden bezocht: het doorslaggevend criterium is dat een overheidsinstantie voor de detentie verantwoordelijk is¹⁵.

¹⁴ Voor de Engelse tekst, zie *International Legal Materials*, 1986, 519-526.

¹⁵ Zie R.v.E.-document H(87)4 (7 juli 1987), §§ 28-32.

⁷ Zie voor meer details DE VARGAS, F., «Histoire d'un combat», in *Torture: comment rendre efficace la Convention internationale*, Genève, ICJ/CSCT, 1980, 39-44.

⁸ Zie VN-document E/CN.4/1409 (10 april 1980).

⁹ Res. A.V. 39/46 (10 december 1984). Het verdrag werd van kracht op 26 juni 1987. België ratificeerde (nog) niet.

¹⁰ Res. Comm. R.v.d.M. 1986/56 (13 maart 1986).

¹¹ Aanbeveling Raadgevende Vergadering 971 (28 september 1983).

¹² Het «Committee of Experts for the extension of the rights embodied in the European Convention on Human Rights», dat op zijn beurt weer toegevoegd is aan het «Steering Committee for Human Rights».

¹³ Zie voor meer details NOWAK, M., «Recent developments in combating torture», *SIM Newsletter*, 1987, oktober 1987, 24-35.

Bezoeken kunnen op regelmatige tijdstippen plaatsvinden, of telkens wanneer de omstandigheden dit vereisen (art. 7). Die bepaling laat toe dat het Comité reageert op brieven van individuen of van niet-gouvernementele organisaties, of op persberichten... Een individueel klachtrecht in formele zin kent dit verdrag niet; dat blijft het voorbehouden terrein van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het Comité is hoe dan ook eigen meester van de beslissing om een bezoek aan te vragen.

Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kunnen de bevoegde autoriteiten van een verdragsstaat bezwaar maken tegen een bezoek op een bepaald tijdstip of aan een bepaalde plaats (art. 9). De gronden waarop bezwaar kan worden gemaakt, zijn limitatief omschreven: noden van nationale verdediging, openbare veiligheid, ernstige ongeregeldeheden in de plaats van detentie, de gezondheidstoestand van de betrokken persoon of het aan de gang zijn van een dringend verhoor met betrekking tot een ernstig misdrijf. Wordt zulk een bezwaar ingeroepen, dan vindt overleg plaats tussen het Comité en de betrokken overheid, opdat het bezoek zo snel mogelijk kan plaatsvinden. Eventueel kan de betrokken persoon naar een andere plaats worden overgebracht en daar door het Comité bezocht; in elk geval moet de staat het Comité over de situatie waarin de persoon zich bevindt, op de hoogte houden tot het bezoek plaatsheeft¹⁶.

Het Europees Anti-folteringverdrag legt grote nadruk op de samenwerking tussen de Staten en het Comité; bijgevolg verloopt de procedure grotendeels in een confidentiële sfeer.

Na een bezoek stelt het Comité een verslag op dat, wanneer nodig, ook aanbevelingen bevat, en bezorgt dit aan de betrokken staat. Het Comité kan naar aanleiding van de overhandiging in overleg treden met het oog op een verbeterde bescherming van personen die van hun vrijheid zijn beroofd (art. 10). Wanneer de staat medewerking weigert, of de aanbeveling van het Comité niet opvolgt, kan het Comité bij 2/3 meerderheid en nadat de staat de kans heeft gekregen om zijn standpunt te verduidelijken, besluiten om een publieke verklaring af te leggen. Wanneer een staat daar zelf op aandringt, publiceert het Comité het verslag met de door de staat geformuleerde opmerkingen (art. 11). Persoonlijke gegevens kunnen echter enkel worden opgenomen mits met een expliciete toestemming van de betrokken persoon. Verder publiceert het Comité een jaarverslag dat aan het Comité van Ministers wordt voorgelegd en dat onder andere de lijst van de bezochte staten bevat.

De bevoegdheden die aan het Comité worden toegekend, vertonen gelijkenissen met die waarover het Internationaal Comité van het Rode Kruis (ICRK) beschikt op basis van het humanitair recht. Dat filantropische Zwitserse bankiers in beide gevallen ten grondslag liggen aan de oprichting van deze Comités is trouwens meer dan toeval.

Het Europees Anti-folteringverdrag verwijst uitdrukkelijk naar het ICRK. Artikel 17 bepaalt dat het Europees Anti-foltering Comité geen plaatsen zal bezoeken waartoe het ICRK regelmatig en daadwerkelijk toegang heeft, op basis van zijn bevoegdheid onder de Conventies van Genève

van 12 augustus 1949 en van de Protocollen van 8 juni 1977. Impliciet betekent dit dat, wanneer het ICRK buiten die bevoegdheid optreedt, nl. in situaties van interne spanningen of ongeregeldeheden, — concreet: wanneer het politieke gevangenen bezoekt —, ook het Europees Anti-folteringcomité nog kan beslissen op te treden¹⁷. Niall MacDermot wijst voorts op een aantal verschillen tussen de bevoegdheden van beide comités¹⁸: zo moet het ICRK in bovenstaand geval telkens een afzonderlijk akkoord sluiten met een betrokken staat alvorens het politieke gevangenen kan bezoeken, terwijl aan het Europees Anti-folteringcomité enkel de toegang kan worden geweigerd in uitzonderlijke omstandigheden. Bovendien wordt het ICRK vaak de toegang onttrokken tot andere plaatsen dan gevangenis (bv. tot plaatsen waar verhoren worden afgenomen), terwijl deze uitdrukkelijk wel onder de bevoegdheid van het Europees Anti-folteringcomité vallen. De oprichting van het Anti-folteringcomité betekent zo een verdere stap in de groeiende integratie van humanitair recht en rechten van de mens.

Het Europees Anti-folteringcomité zal evenveel leden tellen als er staten partij zijn bij het verdrag. De leden zijn onafhankelijke deskundigen die worden verkozen door het Comité van Ministers voor een periode van vier jaar¹⁹. De bezoeken zullen telkens door minstens twee leden van het Comité worden verricht. Ze kunnen zich laten bijstaan door tolken en deskundigen (bv. voor bezoeken aan psychiatrische patiënten), wanneer nodig.

4. Preventie

Belangrijk is het Europees Anti-folteringverdrag vooral omdat het gericht is op het voorkomen van schendingen van de rechten van de mens. Preventie is een relatief nieuw terrein en een onmiskenbare vooruitgang voor de internationalisering van de bezorgdheid om de rechten van de mens. Staten aanvaardden in het verleden het doorbreken van hun nationale soevereiniteit in het kader van de mensenrechten enkel nadat individuen en groepen binnen de staat de (internationale) aandacht konden vestigen op beweerde schendingen. Dat is hier niet langer vereist; hier worden routinecontroles aanvaard zonder dat de staat daar door een klacht, een crisissituatie en/of zware internationale druk toe wordt verplicht.

Preventie oogt misschien minder spectaculair en lijkt misschien minder noodzakelijk dan juridische of politieke procedures m.b.t. individuele klachten (er valt politiek ook minder munt uit te slaan), maar is vanuit het standpunt van potentiële slachtoffers (zeker op het gebied van folterpraktijken) onontbeerlijk.

Preventieve actie wordt in het kader van de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties voor-

¹⁷ Aan de werkzaamheden van het ICRK in situaties van interne spanningen of ongeregeldeheden wijdde de *Revue Internationale de la Croix Rouge* onlangs een themanummer. Zie *Revue Internationale de la Croix Rouge*, jan.-feb. 1988, 3-80.

¹⁸ MACDERMOT, N., «La mise en oeuvre de la Convention contre la torture», in *Torture: comment rendre efficace la Convention internationale*, Genève, ICJ/CSCT, 1980; 21.

¹⁹ Na de eerste twee jaar vindt echter al een gedeeltelijke vernieuwing plaats. De helft van de initiële leden zal slechts voor twee jaar worden verkozen.

¹⁶ Een staat kan een bezoek dus nooit zonder meer weigeren; om die reden was deze bepaling enigszins omstreden: zie NOWAK, M., o.c., 29.

al verricht in het kader van de zgn. «raadgevende diensten» («advisory services»). Concreet kan een staat aan de Commissie om materiële bijstand vragen, bv. voor het uitwerken van nationale wetgeving, het opleiden van magistraten of politiemensen, het uitbouwen van kanalen ter verspreiding van fundamentele teksten op het gebied van de rechten van de mens naar bredere lagen van de bevolking enz. Toch volgt een dergelijk verzoek vaak slechts op een regeringswissel na een periode van zware schendingen, zoals in het geval van de Centraal-Afrikaanse Republiek na de val van Bokassa²⁰. Soms gaat een bijzondere procedure die n.a.v. een praktijk van systematische en grove schendingen in een bepaald land door de Commissie is ingesteld, na verloop van tijd in een «raadgevende diensten»-procedure over, wanneer de Commissie van oordeel is dat de mensenrechtensituatie verbeterd is: dit gebeurde in 1987 met betrekking tot de situatie in Guatemala²¹. Zuiver preventief kan die procedure, gezien het gebruik dat ervan gemaakt wordt, dus niet worden genoemd.

Preventie is als methode voorts aangewezen in het kader van sociale en economische rechten, ook al wegens de zwakke regionale en internationale repressieve controle-mechanismen²². Interessant is in dat verband vooral de groeiende belangstelling van gespecialiseerde organisaties van de Verenigde Naties die zich met verschillende aspecten van ontwikkeling bezighouden voor de rechten van de mens. Om terug te keren naar de folteringenproblematiek: dat folteringen vaak het symptoom zijn van een slechte situatie op het gebied van sociale en economische rechten heeft geen betoog: een te ongelijke verdeling van middelen zal de bezittende minderheidsgroep al snel aansporen om repressieve methoden te gebruiken om die situatie in stand te kunnen houden. Zo kan een bekommernis om sociale en economische rechten eveneens een bijdrage leveren tot het voorkomen van folterpraktijken²³.

5. België

België ondertekende het Europees Anti-folteringverdrag op 26 november 1987. Op dit ogenblik bevindt het dossier zich bij het Ministerie van Justitie, waar de memorie van toelichting die de procedure van goedkeuring door het Parlement moet begeleiden, dient te worden opgesteld.

Tegen ratificatie van het verdrag rijzen geen inhoudelijke of financiële bezwaren. Het verdrag past uitstekend in de door België op het gebied van de rechten van de mens gevoerde buitenlandse politiek. De Belgische delegatie in de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens legt er steevast de nadruk op dat nieuwe ontwikkelingen op dit terrein niet zozeer gericht moeten zijn op het uitroepen van nieuwe rechten (zoals bv. de «collectieve rechten»), of op het creëren van specifieke mensenrechten voor zekere categorieën van personen (zo wordt bv. geen actieve rol gespeeld in de werk-

zaamheden betreffende het ontwerp VN-Verdrag m.b.t. de rechten van het kind), maar wel op het uitbouwen van betere toezichtsmechanismen m.b.t. reeds bestaande rechten. In de woorden van de huidige minister van Buitenlandse Betrekkingen: «Eerst en vooral lijkt het mij dat onze organisatie (de Verenigde Naties) door middel van haar verschillende bevoegde organen bijna aan het eind gekomen is van het proces tot instelling van universele normen betreffende de fundamentele rechten. (...) Wij zijn dan ook van mening dat de Internationale Gemeenschap zich in de eerste plaats dient te richten op de uitvoering van de bestaande normen»²⁴. Het Europees Anti-folteringverdrag beantwoordt aan deze bekommernis: het richt een nieuwe vorm van controlemechanisme op, dat een experimenteerfunctie vervult ten aanzien van een toekomstig instrument op het internationale vlak. Aan ontwikkelingen op het regionale vlak hecht België trouwens zeer veel belang, zoals de minister van Buitenlandse Betrekkingen recent in zijn toespraak naar aanleiding van de veertigste verjaardag van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens bevestigde²⁵. In 1982 werd op initiatief van België door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een resolutie aangenomen waarin het belang van nauwere regionale samenwerking werd onderstreept²⁶.

Op een door senator Erdman gestelde parlementaire vraag over door België ondertekende maar niet geratificeerde verdragen²⁷, antwoordde de minister van Justitie met betrekking tot het Europees Anti-folteringverdrag dat bij de opportuniteit van het ratificeren rekening zou worden gehouden «met de omvang van de kosten die uit de oprichting van dit comité zullen voortvloeien» en met de verhouding tot het VN-Anti-folteringverdrag met hetzelfde voorwerp. Beide opmerkingen maken vermoedelijk geen obstakel tot ratificatie uit: de twee verdragen behandelen wel hetzelfde type van mensenrechtenschending²⁸, maar hebben een geheel verschillende, complementaire aanpak. Wat de werkingskosten van het Europees Anti-folteringcomité betreft: deze worden door de Raad van Europa in zijn geheel gedragen en niet enkel door de Staten die partij worden bij het verdrag.

Dat België snel tot ratificatie zal overgaan, mag dus worden verhoopt.

Koen DE FEYTER

Assistent Internationaal Recht UIA

²⁴ Toespraak L. Tindemans tijdens de 41e zitting van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (24 september 1986), gepubliceerd in *België en de Universele verklaring van de Rechten van de Mens*, Brussel, Min. Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, 1988, 22.

²⁵ Toespraak op het officieel colloquium naar aanleiding van de veertigste verjaardag van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (7 december 1988).

²⁶ Res. A.V. 37/172 (17 december 1982).

²⁷ *Vr. en Antw., Senaat*, buitengewone zitting 1988, 13 september 1988, 817 (Vr. nr. 18 (Erdman), gepubliceerd in *R.W.*, 1988-89, 270-271).

²⁸ Al doet de problematiek zich toch wel anders voor in Europa dan op het universele vlak. Vergelijk bijvoorbeeld de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met de beslissingen van het Mensenrechtencomité resp. op basis van art. 3 EVRM en art. 7 Internationaal Pact betreffende Burgerlijke en Politieke Rechten.

²⁰ Zie Res. comm. R.v.d.M. 15 (XXXVII) (9 maart 1981).

²¹ Zie res. Comm. R.v.d.M. 1987/53 (11 maart 1987).

²² Zie ALSTON, P., «Development and the rule of law: prevention vs. cure as a human rights strategy», in *Development, human rights and the rule of law*, Oxford, Pergamon Press, 1981, 31-108.

²³ Zie ook een boeiende, maar enigszins speculatieve studie van MITCHELL, N., McCORMICK, J., «Economic and political explanations of human rights violations», *World Politics*, 1988, 476-498.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

18 NOVEMBER 1988

President: de h. Janssens

Advocaat-generaal: de h. Krings

Advocaten: mrs. Schaper en Wichers Hoeth

Merk - 1. Verval - Niet-gebruik - Geldige reden -

2.a) Vordering tot vervallenverklaring - a) Belanghebbende - Onbehoorlijk handelen - b) Beperking uit het nationale recht

1. *Er bestaat geen grond art. 5, onder 3, B.M.W. aldus uit te leggen dat, onder de in de gestelde vraag aangeduide omstandigheden (zie nader het arrest), het in die bepaling gezegde begrip «geldige reden» ruimer mag worden opgevat dan zulks naar luidt van 's Hofs arrest van 27 januari 1981 in het algemeen het geval is.*

2.a) *Niet als belanghebbende in de zin van art. 14, C, B.M.W. kan worden aangemerkt degene die, ook al zijn de in art. 5, onder 3, gestelde voorwaarden voor het verval van eens anders merk vervuld, door vervallenverklaring van dat merk te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen.*

b) *Met art. 14, C, B.M.W. strookt niet aan te nemen dat plaats zou zijn voor uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen van de bevoegdheid de vervallenverklaring van eens anders merk te vorderen.*

P.M. t/ B.A.T.

Conclusie van de heer E. Krings, advocaat-generaal

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat hier twee kwesties aan de orde zijn. Enerzijds de kwestie van de inhoud en de omvang van de woorden «zonder geldige reden» uit artikel 5, sub 3, B.M.W., en anderzijds de kwestie of eisen van goede trouw in beginsel in de weg kunnen staan aan het inroepen van het verval, als in artikel 14 B.M.W. bedoeld.

De eerste twee vragen die de Hoge Raad heeft gesteld, houden verband met het eerste vraagstuk. De laatste twee vragen van de Hoge Raad hebben op dit tweede vraagstuk betrekking.

Wat het eerste vraagstuk betreft

De Hoge Raad vraagt of de door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 27 januari 1981¹ aan het begrip «geldige reden» uit art. 5, sub 3, gestelde strenge eisen, tot uitdrukking gebracht in het dictum van het arrest onder 3, onverkort gelden in een geval dat wordt gekenmerkt door omstandig-

heden vastgesteld als onder 4 sub VIII van het arrest en/of door die omstandigheden benevens de omstandigheden welke onder 4 sub VIII van het arrest en/of door die omstandigheden benevens de omstandigheden welke onder 4 sub IX als niet uitgesloten zijn aangemerkt.

Vooraf moet worden geantwoord op een opmerking van partij B.A.T. die stelt dat het Benelux-Gerechtshof wel bevoegd is om de B.M.W. te interpreteren doch niet om eigen arresten uit te leggen.

Voor zover het te dezen zou gaan om een interpretatie van het arrest van 27 januari 1981 ben ik van oordeel dat als algemene regel geldt dat elk jurisdictioneel lichaam de macht heeft zijn eigen beslissingen uit te leggen, d.w.z. de draagwijdte ervan nader te bepalen zonder de erin vastgestelde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen. Dit kan dus enkel gebeuren wanneer die beslissing onduidelijk of dubbelzinnig is².

Zulke uitlegging kan immers door niemand beter worden gedaan dan door de rechter die uitspraak deed. Overigens kan deze die uitlegging slechts doen wanneer de beslissing voor geen enkel rechtsmiddel vatbaar is. Dit is uiteraard het geval met het Benelux-Gerechtshof en zijn arresten.

Nu is het evenwel de vraag of het verzoek tot uitlegging van het arrest verplicht moet uitgaan van het gerecht dat de oorspronkelijke vraag tot uitlegging van een bepaling van de B.M.W. heeft gesteld, en die dus de gegeven uitleg moet toepassen in het geschil dat bij dat gerecht aanhangig is, dan wel of die vraag door een ander gerecht kan worden gesteld met het oog op de toepassing van de gegeven uitleg op het geschil dat bij dat ander gerecht in behandeling is³.

Naar mijn oordeel bestaat er geen bezwaar tegen dat die tweede vraag tot het Hof zou worden gericht. Het komt in feite neer op een vraag tot uitlegging van de B.M.W. Alles hangt in feite af van de manier waarop de vraag wordt gesteld. Het verschil is zuiver formeel.

Voor zover het hier dus om een interpretatie van de vroegere rechtspraak gaat, is het Benelux-Gerechtshof daartoe wel bevoegd.

Doch te dezen gaat het niet louter om een interpretatie. Met zijn vraag wil de Hoge Raad ook weten of er, gelet op de omstandigheden die hij vermeldt, aanleiding bestaat tot aanpassing van de uitspraak van het arrest van 27 januari 1981.

Alvorens die vraag te toetsen, zal ik hierna eerst het dictum van het arrest van 1981 aanhalen en vervolgens de door de Hoge Raad aangevoerde omstandigheden nader precisieren.

Het dictum onder 3 van voormeld arrest luidt als volgt: «Wanneer van het merk gedurende het relevante tijdvak door of namens de merkhouders binnen het Beneluxgebied geen normaal gebruik is gemaakt, vervalt het recht op het merk nochtans niet, indien de merkhouders stelt en, eventueel, bewijst buiten zijn macht liggende, niet tot zijn normale ondernemersrisico behorende feiten en omstandighe-

¹ Arrest van 27 januari 1981 i.z. Turmac/Reynolds, *Jurispr. Benelux-Gerechtshof*, 1980-81, 23 e.v.

² DUMON, *Benelux-Gerechtshof*, bl. 135 en 136.

³ DUMON, *eod. loc.*

den, welke normaal gebruik van het merk onmogelijk maken of althans zo bezwaarlijk dat zulks, naar in het economisch verkeer gebruikelijke maatstaven in redelijkheid niet van hem of van zijn licentiehouder kan worden verwacht.»

Is deze uitlegging van de regel toepasselijk, vraagt de Hoge Raad, wanneer de volgende omstandigheden, die ten processe vaststaan, aanwezig zijn:

- verval van het recht van Philip Morris Holland BV — hierna te noemen P.M. — op het door haar op 24 november 1971 gedeponeerde merk KIM, brengt mee dat het recht van B.A.T. op haar op 3 augustus 1972 internationaal gedeponeerde merk KIM niet alleen in België en Luxemburg maar ook in Nederland geldend kan worden;

- op 8 maart 1974 heeft B.A.T. aan P.M. voorgesteld onderhandelingen te openen over verwerving door B.A.T. van het door P.M. in Nederland, Finland en Noorwegen ingeschreven merk KIM;

- sedertdien zijn tussen partijen (met partijen verbonden vennootschappen daaronder begrepen) verscheidene voorstellen en tegenvoorstellen over ruil van merkrechten en andere merkrechtelijke aangelegenheden gewisseld;

- uit de gewisselde stukken blijkt niet dat B.A.T. betwistte dat P.M. in Nederland rechthebbende was op het merk KIM;

- begin 1977 is tussen partijen overeengekomen dat P.M. haar rechten op het merk KIM in Nederland en Noorwegen zou overdragen aan B.A.T., indien B.A.T. de door P.M. in Hamburg aan te spannen procedure over het merk Merit zou winnen;

- laatstvermelde voorwaarde is niet vervuld;

- medio 1978 heeft B.A.T. opnieuw tegenover P.M. doen blijken van belangstelling voor overname van het merk KIM in Nederland; een bij die gelegenheid door B.A.T. overhandigde notitie begint met de zin: «Philip Morris is the proprietor of the KIM mark in Holland and Norway»;

- verdere onderhandelingen over het merk KIM zijn uitgebleven;

- B.A.T. heeft P.M. op 7 december 1982 gedagvaard, met het oog op het vaststellen dat het recht van P.M. op het merk KIM vervallen is.

Dit zijn de omstandigheden die P.M. ertoe hebben geleid in het relevante tijdvak geen of in elk geval geen normaal gebruik te maken van het merk.

Evenwel, ten aanzien van die feiten gelden twee stellingen van P.M. die door B.A.T. worden betwist, te weten;

- indien het merk van P.M. vervalt, dan breiden de in België en Luxemburg geldende rechten op het merk KIM van B.A.T. zich naar analogie van artikel 32 B.M.W. automatisch over Nederland uit. Er komt dus geen ruimte in het merkenregister open. Het vraagstuk is dus enkel voor P.M. en B.A.T. van belang, *niet voor derden*;

- tijdens de onderhandelingen omtrent de merkoverdracht heeft P.M. de omvang van haar gebruik van het merk beperkt. Dit moet beoordeeld worden in het licht van het feit dat het pousseren van haar KIM-sigaretten, waarvoor, naar de kennelijke wens van B.A.T., zo spoedig mogelijk in de plaats zou komen de daarvan naar samenstelling en uitmonstering totaal verschillende KIM-sigaretten van B.A.T., niet in het belang was van B.A.T. (de enige ander met wiens belangen zij rekening moest houden).

Zoals reeds gezegd, betwistte B.A.T. de gegrondheid van die stellingen. We zullen hierna het belang van dit aspect van het probleem onderzoeken.

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad de vraag stelt of, gelet op die omstandigheden, de uitlegging die in het arrest van 27 januari 1981 werd gegeven al dan niet dient te worden behouden.

Er moge allereerst op gewezen worden dat in voormeld arrest het Hof twee vragen te beantwoorden kreeg: enerzijds wat dient te worden verstaan onder de woorden «enig normaal gebruik» en, anderzijds, wat is de draagwijdte van de woorden «zonder geldige reden».

Uit het arrest blijkt dat de tweede vraag nauw met de eerste verbonden is, nu bij de beantwoording van de tweede vraag het Hof onderstreept dat «uit hetgeen hiervoor ten aanzien van de eerste vraag is overwogen volgt dat aan het begrip 'geldige reden' in meerbedoeld voorschrift strenge eisen moeten worden gesteld».

De «strenge» eisen, waarop de Hoge Raad thans doelt, volgen dus uit de uitlegging die gegeven wordt van «normaal gebruik»⁴.

In dit verband dient derhalve te worden gewezen op de redegeving van het arrest betreffende die uitlegging.

Er wordt eerst gewezen op het feit dat de verregaande bescherming welke de wet aan het uitsluitend recht op het merk verbindt, alléén dan gerechtvaardigd is, indien het desbetreffende teken in het economisch verkeer ook metterdaad wordt gebezigd om de waren van een onderneming te onderscheiden.

Het is dan ook niet voldoende dat van het merk gebruik wordt gemaakt om het in stand te houden en om het verval van het merkrecht te voorkomen. Het gebruik moet ertoe strekken voor de waren een afzet te verwerven. Dit is immers van overwegend belang.

Daarom moet het gaan om een «normaal» gebruik. Dit laatste moet echter worden beoordeeld aan de hand van alle aan het geval eigen feiten en omstandigheden, in onderling verband in aanmerking te nemen.

Wanneer nu geen gebruik of althans geen normaal gebruik van het merk plaatsvindt, dan kan het verval ervan voorkomen worden, als er daartoe geldige redenen bestaan.

Het spreekt echter vanzelf dat dit laatste op beperkende wijze dient te worden uitgelegd, wil men niet dat de regel van «enig normaal gebruik» dode letter zou blijven. Niet onverschillig welk gebruik komt immers in aanmerking.

Het Hof heeft daarom beslist dat om die afwijking te mogen genieten de merkhouders moet stellen en eventueel bewijzen buiten zijn macht liggende en niet tot zijn normale ondernemersrisico behorende feiten en omstandigheden welke normaal gebruik van het merk onmogelijk maken, of althans zo bezwaarlijk dat zulks, naar in het economisch verkeer gebruikelijke maatstaven, in redelijkheid niet van hem of van zijn licentiehouder kan worden verwacht.

Als voorbeeld dat niet als geldige reden kan worden beschouwd, haalde het Hof het geval aan van de merkhouders die zich uit hoofde van een door hem met de gerechtigde tot een ander merk vrijwillig aangegane overeenkomst gehou-

den met een ander merk.

⁴ Zie in dezelfde zin VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II, *Industriële eigendom en mededingsrecht*, bl. 385.

den acht om zoveel mogelijk verwarring met dat merk te voorkomen. In dit geval ligt de reden van het gebrek aan gebruik niet buiten de macht van de merkhouder.

Dit arrest werd voorafgegaan door de zeer grondige en merkwaardige uiteenzetting van advocaat-generaal Berger, die in dezelfde zin concludeerde.

Er bestaat geen enkele reden om van die beslissing af te wijken. De redengeving die tot grondslag heeft gediend van de bepaling van het normaal gebruik blijft volkomen geldig. Het is trouwens noodzakelijk dat het Hof zijn rechtspraak in stand houdt, wil men de rechtszekerheid geen onrecht aandoen. Wijziging van de rechtspraak zou wel verantwoord zijn mocht blijken dat ze niet meer bij de tijdsomstandigheden of de evolutie van de instellingen aangepast is. Dit is zeker te dezen niet het geval en de omstandigheden die in het arrest van de Hoge Raad worden aangehaald, wijzen helemaal niet op de noodzaak van zulk een aanpassing.

Dit brengt dan noodzakelijk mee dat ook de gevallen waarin het verval van het merk door onbruik niet plaatsvindt, zeer beperkt moeten blijven.

Er moet dus worden nagegaan of in de door het arrest van de Hoge Raad bepaalde omstandigheden het voor de merkhouder onmogelijk was van zijn merk normaal gebruik te maken of dat zulk gebruik zo bezwaarlijk was dat, naar in het economisch verkeer gebruikte maatstaven, in redelijkheid van hem of van zijn licentiehouder normaal gebruik niet kon worden verwacht. Aan de hand van die regel moet dus door de nationale rechter worden uitgemaakt of het antwoord was dat er geen normaal gebrek van het merk werd gemaakt.

Er bestaat geen reden om van die regel af te wijken.

Dit maakt meteen het antwoord op de eerste vraag uit.

Hieruit volgt dat de tweede vraag niet verder hoeft te worden beantwoord.

Wat het tweede vraagstuk betreft

Voor zover er aanleiding kon bestaan tot verval van het merkrecht ingevolge niet-gebruik van het merk zonder geldige reden, stelt de Hoge Raad de vraag of een belanghebbende onder alle omstandigheden het verval kan aanvoeren, dan wel of uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw in beginsel in de weg kunnen staan aan het inroepen van het verval. Meer in het bijzonder wordt het vraagstuk hier opgeworpen naar aanleiding van de omstandigheden waarin P.M. en B.A.T. ten opzichte van elkaar verkeren of hebben verkeerd, zoals het betrokken zijn geweest bij onderhandelingen met betrekking tot het merk.

Het komt me voor dat het Benelux-Gerechtshof zich niet kan mengen in de beoordeling van de feitelijke omstandigheden die aan de vraag ten grondslag liggen en dat overigens zulks helemaal niet de bedoeling van de Hoge Raad is. De uitleg die de Hoge Raad geeft maakt het evenwel mogelijk de juiste draagwijdte van de vraag te beoordelen⁵.

De Hoge Raad stelt vervolgens de vraag of het voor het antwoord op de vorige vraag een verschil uitmaakt of er ten tijde van het inroepen van het verval al dan niet derden — anderen dan de bedoelde belanghebbende — zijn die een concreet belang bij het verval van het merkrecht hebben.

We zullen de twee vragen hierna samen bespreken omdat ze, zoals verder zal blijken, nauw met elkaar verbonden zijn.

Ik meen eerst te moeten aanstippen dat de derde vraag in twee subvragen kan worden opgesplitst:

a) een algemene die luidt: kan een belanghebbende onder alle omstandigheden het verval inroepen?

b) en een meer bijzondere: kunnen de uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw in beginsel in de weg staan aan het inroepen van het verval?

Men kan oordelen dat de tweede subvraag enkel belang heeft voor zover de eerste ontkennend wordt beantwoord.

Men kan ook uitgaan van het standpunt dat de tweede subvraag even algemeen is, in die zin dat bij de beoordeling van de toepassing van de regel uit artikel 5, onder 3, steeds rekening moet worden gehouden met de algemene rechtsbeginselen die naar nationaal recht gelden, zoals onder meer de goede trouw.

Die tweede opvatting komt neer op de vraag of het rechtsbeginsel van de goede trouw bestaanbaar is met de regel gesteld in artikel 5, onder 3.

Het moet echter worden toegegeven dat, als wordt beslist dat het verval in alle omstandigheden kan worden ingeroepen, het vraagstuk van de goede trouw noodzakelijk wegvalt.

De studie van het vraagstuk brengt mij ertoe te oordelen dat de twee vragen het best samen worden behandeld.

De goede trouw is een rechtsbegrip met een zeer algemene inhoud, dat het geheel van de rechtsbetrekkingen of rechtsverhoudingen overkoepelt.

De juiste aanwending ervan hangt meestal af van rechtsbeginselen, doch soms ook van bepaalde rechtsregels.

Sommige rechtsbeginselen zijn overigens betrekkelijk vaag, precies gelet op het feit dat zij een zeer ruim toepassingsveld hebben en dus bij vrij uiteenlopende toestanden of omstandigheden toepasselijk kunnen zijn.

Er zij hierbij op gewezen dat het recht van een land een geheel uitmaakt en dat het niet opgaat een juridisch probleem te beoordelen volledig los van het rechtstelsel waar toe het behoort.

In dat verband zijn de algemene beginselen van het recht van groot belang. Zij strekken ertoe niet alleen de bestaande rechtsregels uit te leggen, doch ook de toepassing ervan te beheersen.

Die rechtsbeginselen heten algemeen te zijn, omdat ze vatbaar zijn voor een op wettelijk vlak onbeperkt aantal toepassingen. Dat is precies wat het rechtsbeginsel van de rechtsregel onderscheidt⁶.

Dat betekent evenwel niet dat het algemeen rechtsbeginsel noodzakelijk voor het geheel van de rechtswetenschap geldt. Er zijn algemene rechtsbeginselen die eigen zijn aan een be-

⁵ Raadpl. Boulanger, «Principes du droit et droit positif», in *Mélanges Ripert*, I, p. 51 e.v.; BUCH, «La nature des principes généraux du droit», *Rev. dr. intern. et de dr. comp.*, 1962, 58; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1970, bl. 46; DEL VECCHIO, «Les principes généraux», in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gunry*, bl. 69; HUBERLANT, «Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits», in *Mélanges Dabin*, II, bl. 661; VELU, *Droit public*, I, bl. 151, 156, 150 en 160.

⁶ Vgl. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, *op. cit.*, bl. 382.

paalde tak van het recht, zoals het publiek recht, het sociaal recht, het strafrecht, het fiscaal recht, en andere. Overigens zijn die beginselen niet noodzakelijk in alle landen dezelfde, ook al gelden in die landen zeer verwante rechtsstelsels.

De rechtsbeginselen maken zodoende de grondgedachte, de basis uit waarop de rechtsregels berusten, zelfs als, bij uitzondering, sommige regels van die beginselen afwijken. Die beginselen zijn de uiting, de vertolking van de wil van de wetgever en soms zelfs van de grondwetgever.

Voorbeelden hiervan zijn o.m. het rechtsmisbruik⁷ de miskenning van het recht van verdediging⁸, de niet-retro-activiteit van de wet⁹, de onpartijdigheid van de rechter¹⁰ enz.

Uiteraard kunnen die beginselen verschillen van land tot land en zal trouwens de draagwijdte ervan ook verschillen al zijn ze, wat de begripsomschrijving betreft, eensluidend, d.w.z. dat de gevolgen die eraan verbonden worden, ook niet steeds op dezelfde wijze worden opgevat.

Zulks is onder meer het geval met de rechtsverwerking. Hoewel in Nederland de rechtsverwerking kennelijk hoe langer hoe meer als een algemeen rechtsbeginsel wordt opgevat¹¹, is het beslist niet zeker dat het thans in België reeds als dusdanig geldt¹². Doch wat vooral opvalt, is dat hetzelfde beginsel in de huidige stand van de rechtspraak in beide landen niet noodzakelijk op dezelfde wijze wordt opgevat, op dezelfde grondslagen stoelt en dezelfde draagwijdte heeft.

Nu is het echter de vraag of die algemene rechtsbeginselen die dus enkel naar nationaal recht kunnen worden beoordeeld, eveneens in acht mogen worden genomen wanneer de nationale rechter toepassing moet maken van een eenvormige wet.

Het spreekt vanzelf dat het in acht nemen van die rechtsbeginselen tot gevolg kan hebben dat, wanneer zich in twee landen waar de eenvormige wet van kracht is, identieke toestanden voordoen, zulks tot uiteenlopende oplossingen aanleiding kan geven. Dat kan het geval zijn met de B.M.W.

Is dat wel te voorkomen? In feite houden die rechtsbeginselen geen verband met de eigenlijke interpretatie van de B.M.W. zelve, doch hoofdzakelijk met de rechtsbedeling in het algemeen¹³. Die kan uiteraard van het ene land tot het andere verschillen, al wordt er binnen Benelux een grote inspanning gedaan om die verschillen zoveel mogelijk te beperken.

⁷ Cass., 16 december 1982 (*Arr. Cass.*, 1983, nr. 231); 16 januari 1986 (*Arr. Cass.*, 1986, nr. 317).

⁸ Cass., 18 augustus 1970 (*Arr. Cass.*, 1970, 1046); 2 oktober 1980 (*ibid.*, 1981, 118).

⁹ Cass., 17 mei 1973 (*Arr. Cass.*, 1973, 898) in verband met het fiscaal recht.

¹⁰ Cass., 4 juli 1986 (*Arr. Cass.*, 1986, nr. 684).

¹¹ AAFINK, "Rechtsverwerking en afstand van recht", Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Jaarvergadering 1979, *T.P.R.*, 1980.

¹² VAN OMMESELAGHE *T.P.R.*, 1980 e.v. DIRIX en VAN OEVELEN, "Overzicht van rechtspraak verbintissenrecht 1978-1979 en 1979-1980", *R.W.*, 1979, 80-81, 2441-2442; VAN OEVELEN en DIRIX, "Kroniek verbintissenrecht", *R.W.*, 1985-1986, 95, nrs. 44-45; Kh. Dendermonde, *afd. St.-Niklaas*, 24 juni 1986, *R.W.*, 186-87, 1282.

¹³ Hierbij moet worden onderstreept dat het rechtsbeginsel hier niet wordt ingeroepen ter aanvulling van de regels van de B.M.W.

Dit wijst er reeds op dat zulks hier de grenzen van de bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof overstijgt. Het Hof is alleen bevoegd om de B.M.W. uit te leggen en niet om aan de gerechten van elk land te zeggen hoe en op grond van welke rechtsbeginselen ze dienen recht te spreken.

Het ligt hoe dan ook niet op de weg van het Benelux-Gerechtshof te beslissen dat bij de toepassing van de eenvormige wet met een bepaald rechtsbeginsel rekening zal worden gehouden, tenzij dat beginsel uit de eenvormige wet zelve af te leiden valt. In dat geval zou het immers gaan om een beginsel dat wettelijk aan de drie landen gemeen is gemaakt.

Het Hof zou echter wel mogen beslissen dat een rechtsbeginsel, dat in een van de drie landen van toepassing is, in strijd is met de grondslagen van de eenvormige wet, zodat het zeker door de nationale rechter niet in acht mag worden genomen.

Het Hof zal dus, in de regel, enkel mogen beslissen of het ingeroepen rechtsbeginsel dat op nationaal vlak geldt, al dan niet bestaanbaar is met de toepassing van de eenvormige wet en dus of de rechter er al dan niet rekening mag mee houden.

Mag ik er eerst op wijzen dat de kwade trouw door de B.M.W. in aanmerking wordt genomen: luidens artikel 4, 6°, wordt geen recht op een merk verkregen door het te kwader trouw verrichte depot, onder andere (in de gevallen bepaald sub a en b). De aldus vermelde gevallen zijn echter slechts exemplarisch opgegeven¹⁴.

Het vraagstuk van de goede en de kwade trouw is dus zeker in het stelsel van de B.M.W. geen onbekende, althans niet in verband met een te kwader trouw verricht depot¹⁵.

Dat betekent evenwel niet dat de goede resp. kwade trouw in verband met elke regel van de B.M.W. mag worden ingeroepen.

Overigens, bij de bepaling van de andere regels wordt het vraagstuk niet met zoveel woorden in de wet behandeld.

De wisselwerking tussen een regel van de B.M.W. en een algemeen rechtsbeginsel uit het nationale recht moet dus telkens fundamenteel worden nagegaan. Het is immers niet zeker dat die wisselwerking steeds, wat elke bepaling van de B.M.W. betreft, op dezelfde manier zal verlopen.

Het moet bijgevolg worden uitgemaakt of de uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw in verband met de omstandigheden waarin zich partijen ten opzichte van elkaar bevinden, in beginsel in de weg staan aan het inroepen van het verval, zoals in artikel 14, C, bepaald.

De thans gestelde vraag wijst er overigens op dat de draagwijdte ervan strikt wordt beperkt tot het geval bedoeld in artikel 14, C, B.M.W., d.i. het inroepen van het verval omdat zonder geldige reden van het individueel merk geen normaal gebruik werd gemaakt.

De vraag is dus of de partij die het verval van het merkrecht van de tegenpartij inroept zoals bepaald in artikel 14, B.M.W., haar rechtsoverdracht kan hebben verwerkt wanneer blijkt dat haar optreden niet te goeder trouw plaatsvindt.

¹⁴ GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux Merkenrecht*, 1969, nr. 53, bl. 74; WICHERS HOETH, *Kort Commentaar op de Benelux Merkenwet*, 1977, bl. 97; VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, *op. cit.*, nrs. 659-673.

Luidens artikel 14, C, kan iedere belanghebbende het verval van het merkrecht inroepen in de gevallen vermeld in artikel 5, onder 3 en 4.

Te dezen gelden enkel de gevallen bepaald in artikel 5, onder 3.

Op te merken valt allereerst dat wordt verondersteld dat de partij die het verval inroept, dit strikt wettelijk genomen, wel met succes op slagen kan doen. Is dit niet het geval, dan kan haar vordering gewoon als ongegrond worden afgewezen.

In het onderhavige geval zou haar vordering wellicht kunnen slagen, doch gelet op haar houding of op de omstandigheden die met de vordering gepaard gaan, zou dit niet het geval kunnen zijn. De rechter zou immers kunnen beslissen dat ze niet te goeder trouw heeft gehandeld.

Is die regel nu bestaanbaar met de regel gesteld in artikel 14, C, B.M.W.?

De rechtsleer neemt aan dat het verval, zoals in voormeld artikel bepaald, intreedt zodra de termijn van drie resp. vijf jaar verstrijkt¹⁵. Wanneer de rechter hierover aangesproken wordt, volstaat hij ermee het verval *vast te stellen* en het tijdstip te bepalen waarop de termijn verstreken is. De rechter zal meteen de doorhaling van de inschrijving in het register bevelen¹⁶.

Dit brengt dan mee «dat het mogelijk is dat het recht vervallen is, zonder dat zulks uit het register blijkt. Dit doet zich met name voor in de gevallen van artikel 5, sub 3 en 4, zolang het verval op deze doorhaling niet uitdrukkelijk in een proces is ingeroepen en de rechter de doorhaling niet heeft uitgesproken»¹⁷.

In dezelfde zin oordeelt men dat «het verlaten merkteken door een ander geldig kan worden gedeponereerd, zelfs al ontbreekt iedere gerechtelijke vervallenverklaring»¹⁸.

Uit artikel 14, B, leidt men a contrario af dat de rechter mag worden geadieerd, al wordt de houder van het merk niet opgeroepen om aan het geding deel te nemen¹⁹. Meestal zal het geding evenwel tegen de merkhouder worden ingesteld, tenzij hij zelf een geding instelt tegen de derde die een depot van hetzelfde merk of van een overeenstemmend teken heeft gedaan.

Die stellingen berusten hoofdzakelijk op de bepalingen van artikel 4, 4°, en 4, 5°.

Luidens de eerste bepaling wordt geen recht op een merk verkregen door het depot van een merk dat overeenstemt met een door een derde voor soortgelijke waren gedeponereerd individueel merk ... dat in de loop van de drie jaren voorafgaande aan het depot vervallen is door het verstrijken van de geldigheidsduur van de inschrijving, *tenzij ... overeenkomstig artikel 5, onder 3, geen gebruik van dit merk is gemaakt*.

¹⁵ GOTZEN, *op. cit.*, nr. 134.

¹⁶ Art. 14, D.

¹⁷ DRUCKER en RODENHAUSEN, *Kort begrip van het recht betreffende industriële en intellectuele eigendom*, 1984, bl. 113.

¹⁸ GOTZEN, *op. cit.*, nr. 135; BRAUN, *Précis des marques de produits et de service*, nr. 525; WICHERS HOETH, *Coll. Jupiter*, nr. 13212, in fine.

¹⁹ GOTZEN, *op. cit.*, nr. 134; WICHERS HOETH, *Coll. Jupiter*, nr. 13212; WICHERS HOETH, *Kort Commentaar op de Benelux Merkenwet*, bl. 100.

Luidens de tweede bepaling wordt geen recht op een merk verkregen door het te kwader trouw verrichte depot, o.a. het depot dat wordt verricht terwijl de deposant weet of behoort te weten dat een derde binnen de laatste drie jaren in het Beneluxgebied een overeenstemmend merk voor soortgelijke waren te goeder trouw en op normale wijze heeft gebruikt ...

Uit die teksten kan immers worden afgeleid dat het onbruik van een merk *ipso facto* tot gevolg heeft dat derden op het merkrecht aanspraak mogen maken. Er moet niet op een vervallenverklaring gewacht worden.

Dit alles neemt niet weg dat de tussenkomst van de rechter vereist is om het tijdstip te bepalen waarop het verval is ingegaan en om de doorhaling van de inschrijving van het vervallen merk te bevelen²⁰.

De tussenkomst van de rechter is des te belangrijker daar hij niet alleen te oordelen heeft of er al dan niet enig normaal gebruik heeft plaatsgevonden, hetgeen een beoordeling van feitelijke omstandigheden inhoudt, doch bovendien of de merkhouder al dan niet een geldige reden had om van het merk geen normaal gebruik te maken. Beide beoordelingen veronderstellen een geding tussen de merkhouder en de derde die op het merk aanspraak maakt. Het vraagstuk van de goede of kwade trouw kan zowel bij de eis als bij het verweer worden opgeworpen.

In dit verband is het dat de bestaanbaarheid van het rechtsbeginsel van de goede trouw met de regel gesteld in artikel 14, C, aan de orde komt.

Gaat men uit van de stelling dat de rechter het verval enkel *vaststelt*, wat inhoudt dat het merk niet normaal werd gebruikt binnen de termijn van drie resp. vijf jaar en dat de merkhouder daartoe geen geldige reden inroept, zodat het verval is ingetreden vanaf het tijdstip dat de rechter bepaalt, dan rijst de vraag of die vaststelling afhankelijk kan worden gesteld van de goede of kwade trouw van de derde die zich op het verval beroept.

Gotzen oordeelt dat het verval van rechtswege op het ogenblik van het verstrijken van de termijn intreedt²¹.

Braun schrijft integendeel: «La déchéance ne se produit pas automatiquement par le seul écoulement du délai de trois ans ou de celui de cinq ans. Il faut encore qu'elle soit constatée par justice»²².

In verband met die eerste stelling kan worden aangevoerd dat luidens de regeling vervat in artikel 4, 4°, een merkrecht mag worden verkregen zodra het overeenstemmend vroeger gedeponereerd merk door onbruik is vervallen.

Doch hierbij moet dan worden opgemerkt dat in feite alles afhangt van de vraag of er al dan niet een normaal gebruik van het merk werd gemaakt en, zo er geen gebruik van gemaakt werd, of daartoe geen geldige reden bestond. De beoordeling daarvan berust bij de rechter. Dit sluit dan aan bij de tweede zoëven vermelde stelling.

Kan bij dat geschil, dat aldus bij de rechter aanhangig is, de nieuwe depothouder zich op het verval beroepen, terwijl de rechter vaststelt dat hij niet te goeder trouw handelt?

Ik wil eerst opmerken dat uiteraard, vermits het hier gaat om een beginsel van nationaal recht, de beoordeling en de

²⁰ BRAUN, *op. cit.*, nr. 521.

²¹ GOTZEN, *op. cit.*, nr. 134, bl. 156.

²² BRAUN, *op. cit.*, nr. 521, bl. 412.

toepassing ervan bij de nationale rechter berust en het niet mogelijk is noch zelfs toegelaten dat hierover door het Hof uitspraak wordt gedaan.

Doch gesteld zijnde dat de toepassing van het rechtsbeginsel naar nationaal recht aanvaardbaar zou zijn, wat zou dan het gevolg zijn ten aanzien van de toepassing van de B.M.W.?

Het zou zeker betekenen dat, hoewel het merkrecht door onbruik vervallen is, de rechter zou beslissen dat de vordering van de derde die zich op het verval beroept, niet ontvankelijk is. De rechter zou het verval dus niet vaststellen en zou evenmin de doorhaling van de inschrijving bevelen. De rechter zou ook aan de oorspronkelijke houder geen verbod opleggen van het vervallen merk gebruik te maken, alleszins t.o.v. de te kwader trouw zijnde derde.

Is zulk een regeling in strijd met de bepalingen van de B.M.W.?

Het stelsel van de B.M.W. houdt uitdrukkelijk in dat, hoewel het verval niet werd vastgesteld en de doorhaling van de inschrijving niet werd bevolen, een derde van een gedeponeerd merk gebruik mag maken, ook als hij het verval jegens de oorspronkelijke merkhouder niet doet vaststellen.

Het samen bestaan van een vervallen merkrecht en van een intussen nieuw gedeponeerd merkrecht is dus niet wettelijk uitgesloten.

Het wettelijk stelsel van de B.M.W. belet derhalve niet dat, hoewel het verval is ingetreden, de rechter beslist dat, gelet op de kwade trouw van de derde die het verval inroept, diens vordering of verweer niet ontvankelijk is. Wat zou het gevolg zijn van die beslissing? Indien de derde, wiens kwade trouw werd vastgesteld, een vordering heeft ingesteld, ten einde het verval van het recht van de merkhouder te doen vaststellen, dan zal de rechter die vordering niet ontvankelijk verklaren en dat betekent dat de merkhouder, ondanks het verval, ten opzichte van de derde van het merk mag blijven gebruik maken en dat tevens de inschrijving van zijn merk in het register niet zal worden doorgehaald.

Werd de vordering door de merkhouder tegen de derde ingesteld ten einde deze verbod te doen opleggen het merk te gebruiken, dan zal de rechter, indien de derde zich op het verval van het merk beroept, dit verweer afwijzen omdat de derde te kwader trouw is.

Het vraagstuk lijkt echter in dit geval neteliger, nu ditmaal de rechter verbod oplegt gebruik te maken van een merk, omdat het overeenstemmend is met een reeds gedeponeerd merk, zonder evenwel na te gaan of dit laatste merk al dan niet door onbruik vervallen is.

De vraag rijst in dit geval of de vaststelling van het verval van het merkrecht de openbare orde raakt en de rechter dus verplicht zou zijn het verval vast te stellen en meteen de doorhaling van de inschrijving te bevelen. Zulks wordt door B.A.T. aangevoerd.

Ik meen ontkennend op die vraag te moeten antwoorden.

Eenzijds kan een vervallen merkrecht niettemin ingeschreven blijven, omdat geen enkele belanghebbende de vaststelling van het verval heeft gevraagd. De rechter mag niet ambtshalve optreden. Anderzijds blijkt uit artikel 14, C, juncto 14, A, dat de vordering tot vaststelling van het verval niet van openbare orde is²⁴. De gevallen bepaald in arti-

kel 14, A, raken de openbare orde en daarom mag de nietigheid, overigens ex tunc, ook op vordering van het openbaar ministerie worden uitgesproken. In de gevallen bepaald in artikel 14, C, mag het openbaar ministerie niet ambtshalve optreden. Hieruit meen ik te mogen afleiden dat het verval, zoals bepaald in de artikelen 5, onder 3, en 14, C, niet van openbare orde is²⁴. Daaruit volgt dat de rechter niet verplicht is het verval vast te stellen, wanneer zulks wordt opgeworpen, zij het bij wijze van verweer, door een partij die niet van goede trouw blijkt te zijn.

Ik meen derhalve te moeten besluiten dat het rechtsbeginsel van de goede trouw niet onbestaanbaar is met de regel gesteld in de artikelen 5, onder 3, en 14, C, zodat een belanghebbende niet onder alle omstandigheden het verval kan inroepen, althans o.m. voor zover naar het nationale recht de rechter zou vaststellen dat hij niet te goeder trouw op het verval van het merk aanspraak maakt.

Dit brengt ons tot de vierde en laatste vraag, die overigens met de vorige nauw verbonden is.

De Hoge Raad stelt de vraag of het voor het antwoord op de vorige vraag verschil maakt of er ten tijde van het inroepen van het verval al niet derden — anderen dan de bedoelde belanghebbende — zijn die bij het verval van het merkrecht een concreet belang hebben.

Het hier aangehaald belang kan zijn dat wanneer het verval wordt uitgesproken, het merk daardoor openvalt, zodat het door derden zou kunnen worden aangewend, nadat het op het merkenbureau gedeponeerd is.

Dit belang bestaat evenwel niet wanneer door het verval automatisch een andere merkhouder zijn rechten op het vervallen merk gaat uitbreiden. Luidens het arrest van de Hoge Raad betoogt P.M. dat, te dezen, wanneer het merk van P.M. vervalt, B.A.T. de merkrechten, die het reeds in België en Luxemburg bezit, automatisch over Nederland mag uitbreiden. Mocht die stelling juist zijn, dan zou het verval enkel belang hebben voor B.A.T. Anderen hebben dan geen belang bij het verval.

Met de vraag wordt dus bepaald dat, indien anderen dan B.A.T. bij het verval wel belang kunnen hebben, er dient te worden beslist of het feit dat B.A.T. niet te goeder trouw is en daarom dus het verval niet mag inroepen, al dan niet in aanmerking komt, gelet op de omstandigheid dat ten opzichte van andere belanghebbenden, die te goeder trouw zijn, het verval wel zou moeten worden vastgesteld.

Er wordt gewezen op de ratio die achter de eis van «normaal gebruik» ligt en die erin bestaat de verstopping van het merkenregister te voorkomen, nu zulke verstopping kan ont-

²⁴ Men zou hier kunnen opwerpen dat het openbaar ministerie niet moet optreden *telkens* als de openbare orde bij het geschil betrokken is. Wanneer de wet echter uitdrukkelijk bepaalt dat in sommige gevallen de vordering ook door het openbaar ministerie mag worden ingesteld, terwijl in andere gevallen dat optreden niet toegelaten is, dan is het klaarblijkelijk omdat de wetgever oordeelt dat in die laatste gevallen het openbaar belang het optreden van het openbaar ministerie niet vereist. Het openbaar ministerie treedt immers enkel op wanneer het openbaar belang bij het vraagstuk betrokken is.

Indien te dezen het optreden van het openbaar ministerie niet toegelaten is, dan is het wel omdat het vraagstuk de openbare orde niet raakt.

²³ GOTZEN; op *cit.*, nr. 134, met verwijzing naar de bijlage van het arrest.

staan door de zogenaamde «voorraads» — en defensieve merken²⁵. Door een niet gebruikt merk vervallen te verklaren, wordt de mogelijkheid voor een derde geopend om het vervallen merk opnieuw in gebruik te nemen.

Die uitleg wordt echter niet door een ieder aanvaard.

In zijn conclusie voorafgaand aan het reeds geciteerd arrest van 27 januari 1981 onderstreept procureur-generaal Berger dat het vereiste van «enig normaal gebruik» gelegen is in de aard van het merk zelf: het merk is een naam voor zijn waar, symbool en garantie voor de door de producent aan de waar gegeven hoedanigheden en drager van de daarvoor verworven reputatie en goodwill²⁶.

Daarom is het gebruik van het merk essentieel. De B.M.W. heeft zulks uitdrukkelijk bepaald en de rechtspraak van het Hof heeft dit nader toegelicht.

Derden hebben dus belang bij het vaststellen van het verval.

Wil dat nu zeggen dat die omstandigheid tot gevolg heeft dat wanneer de rechter vaststelt dat de derde die het verval vordert bij het instellen van die vordering te kwader trouw is, hij met die omstandigheid geen rekening moet houden, omdat andere derden, die te goeder trouw zijn, doch geen vordering tot verval hebben ingesteld, door het verval gebaat zullen zijn of het kunnen worden.

Ik meen van niet. Andere derden dan de optredende belanghebbende kunnen immers ook een vordering instellen. Doen ze dat niet, dan is het vermoedelijk omdat zij er geen belang bij hebben of in elk geval dat ze dat belang niet wensen te doen gelden.

Bovendien, indien de rechter het verval zou moeten uitspreken ondanks het feit dat de derde die de vordering tot vaststelling van het verval heeft ingesteld, te kwader trouw handelt, dan kan dit alleen zijn omdat de vaststelling van het verval de openbare orde raakt. Hoewel de vordering niet ontvankelijk zou zijn, zou de rechter ze niettemin in het openbaar belang gegrond moeten verklaren. Het zouden immers de belangen van een onbepaald aantal, overigens niet nader geïdentificeerde derden zijn, die in aanmerking worden genomen.

Bij de behandeling van de derde vraag werd precies opgemerkt dat de B.M.W. klaarblijkelijk zulk een stelsel niet heeft ingevoerd. Er moet immers een vordering door een *belanghebbende* worden ingesteld, opdat de rechter uitspraak kan doen. Indien dus een andere dan de in rechte optredende derde, een concreet belang heeft bij de vaststelling van het verval van het merkrecht, dan moet hij zulks vorderen. Dit zou o.m. het geval kunnen zijn met een derde die, wetend dat het merkrecht door onbruik is vervallen, er reeds gebruik van maakt, hoewel de inschrijving van het depot niet is doorgehaald. Die derde heeft ongetwijfeld een concreet belang bij de vaststelling van het verval. Hij behoort een vordering daartoe in te stellen. Doet hij dat niet, dan mag de rechter het verval niet ambtshalve vaststellen.

Ik ben derhalve van oordeel dat het voor het antwoord op de derde vraag geen verschil uitmaakt als er ten tijde van het inroepen van het verval derden — anderen dan de bedoelde

belanghebbende — zijn die een concreet belang bij het verval van het merkrecht hebben, althans voor zover deze derden geen vordering tot vaststelling van het verval hebben ingesteld.

Besluit. Ik heb de eer aan het Benelux Gerechtshof voor te stellen, als volgt op de gestelde vragen te antwoorden:

Op de eerste vraag: Er bestaat geen reden om af te wijken van de uitleg die het Hof van artikel 5, sub 3, in het arrest van 27 januari 1981 heeft gegeven, ook niet in de omstandigheden die door de Hoge Raad worden aangegeven.

Op de tweede vraag: Het antwoord op de eerste vraag brengt mee dat deze vraag niet verder dient te worden onderzocht.

Op de derde vraag: Het stelsel van de B.M.W. brengt niet mee dat, indien zich een geval als bedoeld in artikel 14, C, voordoet, een belanghebbende onder alle omstandigheden het verval van het merkrecht kan inroepen. De uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw in verband met de omstandigheden waarin die belanghebbende en de houder van het merk ten opzichte van elkaar verkeren of hebben verkeerd, kunnen in beginsel in de weg staan aan het inroepen van het verval.

Op de vierde vraag: In verband met het antwoord op de derde vraag maakt het geen verschil uit of er ten tijde van het inroepen van het verval al dan niet derden — anderen dan de bedoelde belanghebbende — een concreet belang bij het verval van het merkrecht hebben.

Arrest

Ten aanzien van de feiten:

2. Overwegende dat de procedure die tot voormeld arrest heeft geleid, kan worden samengevat als volgt:

2. B.A.T. Sigaretten-Fabriken G.m.b.H. — verder te noemen BAT — heeft bij exploit van 7 december 1982 Philip Morris Holland B.W. — verder te noemen PM — gedagvaard voor de Rechtbank te Breda en gevorderd dat de Rechtbank bij vonnis *primair* de merkdepots van PM nummers 600486, 600721 en 620723 nietig zal verklaren en de doorhaling van die depots in het Benelux-Merkenregister zal bevelen, subsidiair vervallen zal verklaren de rechten op de vorenbedoelde merken en de doorhaling van de depots van deze merken zal bevelen, en voorts vervallen zal verklaren de rechten op het merk dat voorwerp vormde van depot nummer 563631 en de doorhaling van het depot van dit merk zal bevelen, en PM zal gelasten elk gebruik van bedoelde merken alsmede elk gebruik van tekens, die geheel of gedeeltelijk uit het woord «kim» bestaan, te staken en gestaakt te houden een en ander met veroordeling van PM tot betaling aan BAT van een direct opeisbare dwangsom van f 10.000 voor elke keer of dag dat zij in strijd met dit bevel handelt.

Nadat PM tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de Rechtbank bij vonnis van 24 januari 1984 vervallen verklaard de rechten op het merk dat voorwerp vormde van depotnummer 563631 en de doorhaling van dat depot bevelen, voorts nietig verklaard de merkdepots van PM (depotnummers 600486, 600721 en 620723) en de doorhaling van de depots van die merken bevelen, en verder PM gelast elk gebruik van de in het dictum van het vonnis omschreven merken alsmede elk gebruik van tekens, die geheel of gedeeltelijk uit het woord «kim» bestaan, te staken en gestaakt te

²⁵ DRUCKER, BODENHAUSEN EN WICHERS HOETH, *op. cit.*, 1984, bl. 114; ARKENHOUT, *Handelsnamen en dienstmerken*, Zwolle, 1987, bl. 2.

²⁶ *Jurispr. Benelux-Gerechtshof*, 1980-81, 38 en 45.

houden, zulks op straffe van een aan BAT te verbeuren dwangsom van [ff] 10.000 voor elke maal dat PM in strijd handelt met dit bevel; alles met uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

Tegen dit vonnis heeft PM hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Bij arrest van 3 april 1985 heeft het Hof het vonnis van de Rechtbank vernietigd voor zover daarbij de vervallenverklaring, de doorhaling en het gebruiksverbod van depot 563631 uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard en het vonnis voor al het overige bekrachtigd.

PM heeft tegen het arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch beroep in cassatie ingesteld. Het arrest van de Hoge Raad is op dit beroep gewezen.

4. In zijn arrest heeft de Hoge Raad de relevante feiten als volgt omschreven:

«(i) PM heeft op 24 november 1971 overeenkomstig artikel 30 BMW een Benelux-depot verricht ter handhaving van haar reeds tevoren in Nederland bestaande recht op het woord/beeldmerk bestaande uit de beeltenis van een jonge muzelman tegen een oosters décor met daarboven het woord 'kim'.

(ii) Op 12 november 1973 en op 27 november 1973 heeft PM Benelux-depots verricht van een woord/beeldmerk bestaande uit het woord 'kim' en enige horizontale banen. PM heeft ten slotte op 7 september 1977 een Benelux-depot verricht van een woord/beeldmerk bestaande uit het woord 'kim' in opengewerkte letters.

(iii) BAT heeft op 3 augustus 1972 een internationaal depot verricht van een woord/beeldmerk bestaande uit de voorkant van een pakje sigaretten waarop onder meer het woord 'kim' en enige horizontale banen zijn afgebeeld. De inschrijving vermeldt 'Benelux' onder de 'pays intéressés'.

(iv) De genoemde depots van PM vermelden de waren tabak en tabaksfabrikaten (klasse 34). Het depot van BAT vermeldt de waren 'cl. 34: cigarettes, cigarillos, cigares à bouts coupés, cigares'.

(v) Ingevolge artikel 32 BMW heeft het recht op het onder (i) vermelde merk van PM zich slechts uitgebreid over Nederland. Het recht op het onder (iii) vermelde merk van BAT breidde zich uit over België en Luxemburg.

(vi) Het onder (i) genoemde merk is na het depot in zijn gedeponeerde vorm nimmer gebruikt. Ook is er tussen 24 november 1971 en einde 1976 geen sprake geweest van normaal gebruik in Nederland van het woord KIM als merk.

(vii) BAT vordert vervallenverklaring respectievelijk nietigverklaring van de rechten van PM op voormelde merken, alsmede een verbod van het gebruik van die merken en van elk gebruik van tekens die geheel of gedeeltelijk uit het woord KIM bestaan.

PM heeft zich tegen die vorderingen verweerd. In dit stadium van de procedure zijn nog slechts aan de orde de verweren van PM welke inhouden:

(I) dat PM een geldige reden als bedoeld in artikel 5 sub 3 BMW had voor het niet-gebruik van het merk KIM;

(II) dat BAT zich niet te goeder trouw kan beroepen op verval van het merkrecht van PM wegens niet-gebruik.

De Rechtbank heeft de vorderingen van BAT toegewezen en het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank — behalve wat een daarin vervatte uitvoerbaarverklaring bij voorraad betreft — bekrachtigd. In cassatie klaagt PM over de verwerping van haar twee even genoemde verweren. Zij stelt in

het cassatiemiddel dat zij die verweren heeft doen steunen op de omstandigheden welke zij als volgt samenvat:

(a) het recht van PM op het merk KIM geldt alleen in Nederland; indien het vervalt breiden de in België en Luxemburg geldende rechten op het merk KIM van BAT zich naar analogie van artikel 32 BLW automatisch over Nederland uit; ten gevolge van die bijzondere omstandigheid komt bij dat verval dus geen ruimte in het merkenregister open; bij de beslissing van PM omtrent de omvang van het door haar te maken gebruik van het merk KIM dienden om die reden naast haar eigen belangen alleen de belangen van BAT mee te wegen en spelen belangen van derden geen rol;

(b) de sub (a) genoemde omstandigheden liggen buiten de macht van PM als merkhouder;

(c) sedert 8 maart 1974 heeft BAT aanhoudende pogingen aangewend om het merkrecht op KIM in Nederland contractueel, met name door merkenruil, van PM over te nemen;

(d) dat PM tijdens de onderhandelingen omtrent de merkoverdracht de omvang van haar gebruik van het merk heeft beperkt, moet beoordeeld worden in het licht van het feit, dat het pouseren van haar KIM-sigaretten, waarvoor naar de kennelijke wens van BAT zo spoedig mogelijk in de plaats zou komen de daarvan naar samenstelling en uitmontering totaal verschillende KIM-sigaretten van BAT, niet in het belang was van BAT (de enige ander met wier belangen zij rekening moest houden);

(e) tijdens die onderhandelingen heeft BAT geweten, althans kunnen weten, dat de omvang van het merkgebruik van PM gering was; nimmer heeft BAT er met een woord over gerept dat PM niet aan haar gebruikspllicht voldeed en daardoor in feite helemaal geen onderhandelingsobject meer zou hebben;

(f) integendeel: na bijna drie jaar onderhandelen is inderdaad op 3 februari 1977 een ruilovereenkomst tussen PM en BAT tot stand gekomen, echter onder voorwaarde; op 26 oktober 1977 bleek die voorwaarde niet in vervulling te gaan en alleen daarom is het merkrecht op KIM in Nederland toen niet van PM op BAT overgegaan;

(g) nog op 13 juni 1978 heeft BAT aan PM een document overhandigd, waarin zij het recht van PM op het merk KIM in Nederland uitdrukkelijk erkende;

(h) BAT nodigde in dat document PM wederom uit haar merk met BAT te ruilen of aan BAT te verkopen;

(i) verdere onderhandelingen zijn uitgebleven en pas vier en een half jaar later wordt PM bij exploit van 7 december 1982 gedagvaard tot vervallenverklaring van haar merkrecht op grond van niet-normaal gebruik.

(viii) Met betrekking tot de aldus door PM gestelde omstandigheden kan het volgende als ten processe vaststaande worden aangemerkt:

— verval van het recht van PM op het door haar op 24 november 1971 gedeponeerde merk KIM brengt mee dat het recht van BAT op haar op 3 augustus 1972 internationaal gedeponeerde merk 'kim' niet alleen in België en Luxemburg maar ook in Nederland geldend kan worden gemaakt;

— BAT heeft op 8 maart 1974 aan PM voorgesteld onderhandelingen te openen over aanwerving door BAT van het door PM in Nederland, Finland en Noorwegen ingeschreven merk KIM;

— sedertdien zijn tussen partijen (met partijen verbonden vennootschappen daaronder begrepen) verscheidene voor-

stellen en tegenvoorstellen over ruil van merkrechten en andere merkenrechtelijke aangelegenheden gewisseld;

– uit de gewisselde stukken blijkt niet dat BAT betwistte dat PM in Nederland rechthebbende was op het merk KIM;

– begin 1977 is tussen partijen overeengekomen dat PM haar rechten op het merk KIM in Nederland en Noorwegen zou overdragen aan BAT indien BAT de door PM in Hamburg aan te spannen procedure over het merk MERIT zou winnen;

– laatstvermelde voorwaarde is niet vervuld;

– medio 1978 heeft BAT opnieuw tegenover PM doen blijken van belangstelling voor overname van het merk KIM in Nederland; een bij die gelegenheid door BAT overhandigde notitie begint met de zin: 'Philip Morris is the proprietor of the «KIM» mark in Holland and Norway';

– verdere onderhandelingen over het merk KIM zijn uitgebleven;

– BAT heeft PM op 7 december 1982 gedagvaard als voormeld.

(x) Ten aanzien van de hierboven onder (vii) met (a) en (d) aangeduide stellingen van PM geldt het volgende.

Ad (a).

BAT betwist het standpunt van PM dat de uitbreiding van het merkrecht van BAT tot Nederland – indien het merkrecht van PM vervalt – voortvloeit uit analogische toepassing van artikel 32 BMW en zij ontkent dat die uitbreiding een relevante en bijzondere omstandigheid is.

Ad (d).

BAT betwist dat PM het gebruik van het merk KIM tijdens de onderhandelingen met BAT heeft beperkt met het oog op de belangen van BAT. Het Hof heeft in het midden gelaten of denkbaar is dat BAT's positie na overname van het merk door voortgaand gebruik van het merk tijdens de onderhandelingen zou kunnen zijn geschaad. In dit stadium van de procedure staat slechts vast dat het niet uitgesloten is dat PM zich tijdens de onderhandelingen met BAT (mede) heeft laten leiden door wat zij zag als het belang van BAT, en dat het evenmin uitgesloten is dat voortgaand gebruik van het merk KIM in Nederland door PM de positie van BAT na overname van het merk van PM zou hebben kunnen schaden.»

Ten aanzien van het verloop van het geding

5. Overwegende dat de Hoge Raad der Nederlanden het Benelux-Gerechtshof verzoekt de volgende vragen van uitleg van de BMW te willen beantwoorden:

«(A) Gelden de door het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 27 januari 1981, zaak A 80/1 (Turmac/Reynolds), aan het begrip 'geldige reden' in artikel 5, sub 3, BMW, gestelde strenge eisen, tot uitdrukking gebracht in het dictum van dat arrest onder 3, onverkort in een geval dat wordt gekenmerkt door omstandigheden als hiervoren onder 4 sub (viii) vastgesteld en/of door die omstandigheden benevens de omstandigheden welke hiervoren onder 4 sub (ix) als niet uitgesloten zijn aangemerkt?

(B) Zo neen, welke eisen gelden dan in een dergelijk geval, wil er sprake zijn van een 'geldige reden' in de zin van artikel 5, sub 3 B.M.W.?

(C) Brengt het stelsel van de B.M.W. mee dat, indien zich een geval als bedoeld in artikel 14, C, van de B.M.W. voordoet, een belanghebbende onder alle omstandigheden het verval van het merkrecht kan invoeren, of kunnen uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw in ver-

band met de omstandigheden waarin die belanghebbende en de houder van het merk ten opzichte van elkaar verkeren of hebben verkeerd – zoals het betrokken zijn (geweest) bij onderhandelingen met betrekking tot het merk – in beginsel in de weg staan aan het invoeren van het verval?

(D) Maakt het voor het antwoord op vraag (C) verschil of er ten tijde van het invoeren van het verval al dan niet derden – anderen dan de bedoelde belanghebbende – zijn die een concreet belang bij het verval van het merkrecht hebben?»

(...)

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van de vragen A en B

10. Overwegende dat het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 27 januari 1981 (zaak A 80/1 – *Benelux-Gerechtshof Jurisprudentie*, deel 2, blz. 23 e.v.) onder 3 voor recht heeft verklaard: «Wanneer van het merk gedurende het relevante tijdvak door of namens de merkhouders binnen het Beneluxgebied geen normaal gebruik is gemaakt, vervalt het recht op het merk nochtans niet, indien de merkhouders stelt en, eventueel, bewijst buiten zijn macht liggende, niet tot zijn normale ondernemersrisico behorende feiten en omstandigheden, welke normaal gebruik van het merk onmogelijk maken, of althans zo bezwaarlijk dat zulks, naar in het economisch verkeer gebruikelijke maatstaven, in redelijkheid niet van hem of van zijn licentiehouder kan worden verwacht.»

11. Overwegende dat de door de Hoge Raad onder (A) gestelde vraag ertoe strekt te vernemen of er grond bestaat artikel 5, onder 3, B.M.W. aldus uit te leggen dat onder bijzondere, in de vraag nader aangeduide omstandigheden het in die bepaling gebezigde begrip «geldige reden» ruimer mag worden opgevat dat zulks naar luid van het onder 10 geciteerde dictum in het algemeen het geval is;

12. dat de door de Hoge Raad gestelde vraag derhalve – anders dan van de zijde van BAT is aangevoerd – niet een vraag is van uitleg van 's Hof's voormelde arrest, maar een vraag van uitleg van een krachtens artikel 1 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aangewezen rechtsregel;

13. Overwegende dat bij de beantwoording van de vraag voorop moet worden gesteld dat de «strenge eisen» die, naar het Hof in voormeld arrest heeft geoordeeld, aan het begrip geldige reden in artikel 5, onder 3, B.M.W. moeten worden gesteld, voortvloeien uit de grondslag van de in deze bepaling besloten plicht een merk, op straffe van verval, normaal te gebruiken;

14. dat deze gebruiksplicht – zoals het Hof in zijn voormelde arrest heeft vastgesteld – immers zijn grond vindt in de gedachte dat de vergaande bescherming welke de wet aan het uitsluitend recht op het merk verbindt, alléén dan gerechtvaardigd is, indien het desbetreffende teken in het economisch verkeer ook metterdaad wordt gebezigd om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden, zodat het in de rede ligt dat een merkhouders voor een merk dat hij daartoe niet, of niet in de onder de gegeven omstandigheden vereiste mate gebruikt, die vergaande bescherming slechts deelachtig kan blijven in die uitzonderlijke gevallen waarin hem dat niet-gebruik, kort gezegd, niet kan worden toegerekend;

15. dat, daargelaten of zich tegen voormelde achtergrond omstandigheden laten denken die wettigen aan het begrip

«geldige reden» minder strenge eisen te stellen, de in de besproken vraag bedoelde omstandigheden zulks in ieder geval niet wettigen;

16. dat in dit verband in de eerste plaats opmerking verdient dat, zoals uit het voorgaande volgt, de eis van normaal gebruik — anders dan van de zijde van PM als uitgangspunt is gekozen — niet ertoe strekt (zij het wel ten gevolge kan hebben) dat «verstopping» van het door het Benelux-Bureau gehouden register wordt voorkomen;

17. dat daarom de omstandigheid dat in dit bijzondere geval door verval van het recht op het merk «geen ruimte in het merkregister» open komt, niet kan wettigen het begrip «geldige reden» in artikel 5, onder 3, B.M.W. ruimer op te vatten dan het in de regel dient te worden begrepen;

18. dat voor het overige de in de vraag omschreven omstandigheden erop neerkomen dat het niet-gebruik samenhangt mét, en zijn rechtvaardiging vindt in door de merkhouder gevoerde onderhandelingen omtrent overdracht van het merk, derhalve in een wilsbesluit van de merkhouder, hoedanig besluit, gezien het hiervoor onder 13 en 14 overwogene, niet kan worden aanvaard als «geldige reden» in de zin van artikel 5, onder 3, B.M.W.

19. Overwegende dat het voorgaande tot de slotsom leidt dat vraag (A) begrepen als onder 11 ontkennend moet worden beantwoord en dat de vraag onder (B) geen beantwoording behoeft;

Ten aanzien van de vragen C en D

20. Overwegende dat de onder (C) gestelde vraag ertoe strekt te vernemen of, indien de in artikel 5, onder 3, B.M.W. voor verval van een merkrecht gestelde voorwaarden zijn vervuld, een belanghebbende onder alle omstandigheden het verval van dat merkrecht kan invoeren, dan wel of onder bepaalde omstandigheden «uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw» daaraan in de weg kunnen staan;

21. Overwegende dat aan deze vraag klaarblijkelijk de vooronderstelling ten grondslag ligt dat voor het zijn van «belanghebbende» in de zin van artikel 14, C, B.M.W. noodzakelijk, maar ook voldoende is dat men een belang erbij heeft dat de rechter de vervallenverklaring van eens anders merk uitspreekt;

22. dat immers alleen zó valt te begrijpen dat de Hoge Raad, die twee mogelijkheden onder ogen ziet, te weten: een belanghebbende mag «onder alle omstandigheden» van de hem in artikel 14, C, toegekende bevoegdheid gebruik maken, of hij mag dat onder bepaalde omstandigheden niet, voor deze laatste mogelijkheid geen andere rechtsgrond aangeeft dan een uit het nationale recht voortvloeiende bevoegdheidsbeperking;

23. Overwegende dat zulks meebrengt dat eerst valt na te gaan of de onder 21 bedoelde vooronderstelling juist is, dan wel of voor het zijn van «belanghebbende» in de zin van artikel 14, C, ook is vereist dat het belang dat men erbij heeft dat de rechter de vervallenverklaring van eens anders merk uitspreekt, alle omstandigheden van het gegeven geval in aanmerking genomen, in rechte bescherming verdient;

24. Overwegende dat, nu noch uit de tekst van de artikelen 5, onder 3, en 14, C, noch uit de daarop gegeven toelichting een keuze tussen onder 23 aangeduide alternatieven dwingend voortvloeit, moet worden nagegaan welk van die beide mogelijkheden het beste past bij het stelsel van de

B.M.W. in het algemeen en bij de regeling van het in artikel 5, onder 3, bedoelde verval van merkrecht in het bijzonder;

25. Overwegende, wat het stelsel van de B.M.W. betreft, dat het merkenrecht deel uitmaakt van het mededingingsrecht en als zodanig de verhouding regelt van de merkhouder en de overige deelnemers aan het economisch verkeer;

26. dat daarmee strookt ervan uit te gaan dat de B.M.W. in beginsel bedoelt rekening te houden met hetgeen die deelnemers met inachtneming van elkanders belangen betaamt;

27. dat dit onder meer bevestiging vindt in de wijze waarop de B.M.W. bij haar in artikel 4, aanhef en onder 6, in verbinding met artikel 14, B, vervatte regeling van de mogelijkheid van nietigverklaring van een merk welks depot — tegenover te goeder trouw gemaakt voorgebruik — moet worden aangemerkt als te kwader trouw, de onderlinge verhouding van deposant en voorgebruiker in acht neemt;

28. dat, wat het stelsel van de B.M.W. betreft, uit het voorenoverwogene volgt dat mag worden verondersteld dat de bevoegdheid van artikel 14, C, niet ertoe strekt een vordering tot vervallenverklaring mogelijk te maken die, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in de onderlinge verhouding tussen de merkhouder en degene die bij vervallenverklaring van diens merk een belang heeft, als onbehoorlijk moet worden aangemerkt;

29. Overwegende dat vervolgens moet worden nagegaan of de wijze waarop het in artikel 5, onder 3, bedoelde verval is geregeld met deze veronderstelling valt te rijmen;

30. Overwegende dat daarbij voorop moet worden gesteld dat die regeling, gelijk valt af te leiden uit het feit dat de bevoegdheid het hier bedoelde verval in te roepen niet mede is toegekend aan het openbaar ministerie, niet de openbare orde raakt;

31. Overwegende dat voorts opmerking verdient dat — anders dan van de zijde van BAT is betoogd — op de in artikel 5, onder 3, B.W.M. omschreven grond het recht op een merk niet van rechtswege vervalt;

32. dat immers uit het bepaalde in artikel 5, onder 3, in verband met het bepaalde in artikel 14, onder C en D, in onderlinge samenhang, alsmede uit de geschiedenis van deze bepalingen moet worden afgeleid dat voor het intreden van het verval nodig is dat:

- (1) het verval wordt ingeroepen
- (2) door een «belanghebbende»
- (3) in een procedure tegen de merkhouder, en dat
- (4) de rechter — bij declaratoire uitspraak — de vervallenverklaring met ingang van een daarbij (zo mogelijk) door hem vast te stellen tijdstip uitspreekt, en
- (5) daarbij ambtshalve doorhaling van de inschrijving in het register gelast;

33. dat het onder 32 overwogene in zoverre nog nadere motivering behoeft dat de wettelijke regeling weliswaar kennelijk veronderstelt dat in het geval van artikel 5, onder 3, B.M.W. vervallenverklaring moet worden uitgesproken door de rechter, maar noch in de tekst, noch in de toelichting met zovele woorden wordt gezegd dat een daartoe strekkende vordering moet worden ingesteld tegen de merkhouder, terwijl uit artikel 14, B, zelfs het tegendeel zou kunnen worden afgeleid;

34. dat dit laatste echter, mede gezien de blijkens de toelichting op artikel 14, D, B.M.W. aan een rechterlijke uitspraak als de onderhavige verbonden werking tegenover een ieder, onvoldoende is om aan te nemen dat de ontwerpers

van de B.M.W. — in weerwil van het bepaalde in artikel 6 van het (de drie verdragsluitende Staten reeds destijds verbindende) Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in verbinding met artikel 1 van het bij dat verdrag behorende (eveneens voor de drie verdragsluitende Staten reeds destijds verbindende) eerste protocol — het mogelijk zouden hebben willen maken dat vervallenverklaring kan worden uitgesproken in een procedure waarbij de merkhouders die door die vervallenverklaring zijn merkrecht en de inschrijving waarop dit recht is gebaseerd, verliest, geen partij is, en daarom moet worden aangenomen dat het wettelijk stelsel is als onder 32 aangegeven;

35. Overwegende dat dit stelsel erop neerkomt dat, als de in artikel 5, onder 3, genoemde voorwaarden van verval van een merkrecht zijn vervuld, het is overgelaten aan hen die daarbij belang menen te hebben, te beslissen of zij vervallenverklaring van dit merkrecht willen vorderen, en in dit stelsel niet ligt besloten dat uit de aard van deze bevoegdheid zou voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt;

36. Overwegende voorts dat dit stelsel ruimte laat om mede in aanmerking te nemen wat, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in de onderlinge verhouding van de merkhouders en degene die de vordering tot vervallenverklaring instelt, als behoorlijk heeft te gelden, omdat, indien dit laatste in een bepaald geval ertoe leidt dat die vordering zonder nader onderzoek naar het daaraan ten grondslag gelegde wordt ontzegd, zulks niet in de weg staat aan toewijzing van een door een andere belanghebbende op diezelfde gronden gevorderde vervallenverklaring, een vervallenverklaring overigens die alsdan mede werkt tegenover degene wiens vordering is ontzegd;

37. Overwegende dat uit het onder 25 tot en met 36 overwogene moet worden afgeleid dat niet als belanghebbende in de zin van artikel 14, C, B.M.W. kan worden aangemerkt degene die, ook al zijn de in artikel 5, onder 3, gestelde voorwaarden vervuld, door vervallenverklaring van eens anders merk te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen;

38. Overwegende dat daaruit voor wat de onder (C) gestelde vraag betreft voortvloeit:

— vooreerst dat het tweede deel van die vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat met artikel 14, C, uitgelegd als onder 37 aangegeven, niet strookt dat daarnaast nog plaats zou zijn voor uit het nationale recht voortvloeiende en dus licht tot rechtsongelijkheid leidende bevoegdheidsbeperkingen;

— en voorts dat het eerste deel van die vraag bevestigend moet worden beantwoord, omdat, aangenomen dat de voorwaarden van verval zijn vervuld, bijzondere omstandigheden van het geval die aan het invoeren daarvan in de weg staan, in aanmerking genomen moeten worden bij de vraag of degene die het verval inroept, mag gelden als «belanghebbende», zodat, wanneer dit laatste eenmaal is aanvaard, de bijzondere omstandigheden van het geval aan toewijzing van de vordering niet meer in de weg kunnen staan;

39. dat uit het 35 en 36 overwogene volgt dat de door de Hoge Raad onder (D) gestelde vraag of het voor het antwoord op vraag (C) verschil maakt of er ten tijde van het invoeren van het verval al dan niet derden — anderen dan de bij vraag (C) bedoelde belanghebbende — zijn die een

concreet belang bij het verval van het merkrecht hebben, ontkennend moet worden beantwoord;

(...)

Verklaart voor recht:

45. Er bestaat geen grond artikel 5, onder 3, B.M.W. aldus uit te leggen dat onder de bijzondere, door de Hoge Raad der Nederlanden in zijn hierboven onder 5 weergegeven vraag (A) nader aangeduide omstandigheden het in die bepaling gebezigde begrip «geldige reden» ruimer mag worden opgevat dan zulks naar luid van 's Hofs arrest van 27 januari 1981 (zaak A 80/1, *Benelux-Gerechtshof Jurisprudentie*, deel 2, blz. 23 e.v.) in het algemeen het geval is;

46. Niet als belanghebbende in de zin van artikel 14, C, B.M.W. kan worden aangemerkt degene die, ook al zijn de in artikel 5, onder 3, B.M.W. gestelde voorwaarden voor het verval van eens anders merk vervuld, door vervallenverklaring van dat merk te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen;

43. Met artikel 14, C, B.M.W. strookt niet aan te nemen dat plaats zou zijn voor uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen van de bevoegdheid de vervallenverklaring van eens anders merk te vorderen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 18 MAART 1988

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Houtekier en De Gryse

Overeenkomst — Nietigheid — Prijsbewimpeling om registratierecht te ontduiken

Wanneer partijen bij een verkoopovereenkomst afspreken dat zij in de akte de juiste prijs zullen verzwijgen om registratierecht te ontduiken, komt die afspraak in strijd met de openbare orde en is ze deswege nietig, maar kan de koop niet om die reden nietig worden verklaard.

G. t/ R. en S.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 mei door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 6, 1108, 1126, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek, *doordat* het arrest voor recht zegt dat de verweerders eigenaars zijn van het perceel grond gelegen (...) en eiser veroordeelt om binnen vijftien dagen na de betekening van het vonnis te verschijnen voor notaris W. ten einde de verlijding bij te wonen en te ondertekenen van de authentieke eigendomsakte ingevolge de onderhandse verkoop door eiser aan de verweerders, geregistreerd (...), en voor recht zegt dat, bij gebreke hieraan vrijwillig te voldoen, het vonnis zal gelden als titel en als dusdanig zal worden overgeschreven worden in de registers van de hypotheekbewaarder te (...) met ontslag van inschrijving van het voorrecht van de onbetaalde koper, op grond: «dat in de aanvankelijke onderhandse overeenkomst van 9 maart 1972 met Jos P. als koopprijs het bedrag

van 575.000 frank gestipuleerd werd, terwijl in de akte van 3 mei 1972 de prijs van 400.000 frank overeengekomen werd; dat volgens kwitantie van 14 maart 1972, (eiser) op die datum een voorschot ontving van 175.000 frank en hij bij de ondertekening van de overeenkomst van 3 mei 1972 mede tekende voor ontvangst van 400.000 frank; dat er dus inderdaad prijsbewimpeling blijkt te zijn en dat partijen hiervan de eventuele gevolgen van ontduiking van registratierechten zullen dienen te dragen, maar dit geenszins de geldigheid van de litigieuze verkoop aantast», *terwijl* de overeenkomst waarin ter ontduiking van registratierechten, een fictieve prijs wordt vermeld van 400.000 frank hoewel de werkelijke overeengekomen prijs 575.000 frank bedraagt, een nietige overeenkomst is indruisend tegen de openbare orde; de verweerders dientengevolge ten onrechte op grond van die nietige overeenkomst eigenaars werden genoemd en eiser ten onrechte veroordeeld is om de daarop steunende authenticieke eigendomsakte te ondertekenen:

Overwegende dat, wanneer, bij een koopovereenkomst, partijen afspreken dat zij in de akte de juiste prijs zullen verzwijgen om registratierecht te ontduiken, deze afspraak in strijd komt met de openbare orde en deswege nietig is, maar de koop niet om die reden nietig kan worden verklaard;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

NOOT – Prijsbewimpeling bij verkoop van onroerend goed

1. Het vermelden in de koopakte van een lagere prijs dan in werkelijkheid is overeengekomen ten einde het registratierecht te ontduiken is verboden. Luidens artikel 203 W. Reg. is door elk der partijen een boete verschuldigd gelijk aan het ontdoken recht en stellen de artikelen 206 e.v. W. Reg. strafsancities in het vooruitzicht. De vraag rijst of aan een dergelijke prijsbewimpeling benevens de fiscale sancties ook civielrechtelijke gevolgen worden verbonden en, zo ja, welke.

Achter de beantwoording van die vraag gaat ongetwijfeld een waardeoordeel schuil omtrent de laakbaarheid van belastingontduiking. Van ouds verdedigen de civilisten de autonomie van het burgerlijk recht t.a.v. het fiscaal recht. Een miskenning van fiscaalrechtelijke voorschriften tast, behoudens uitdrukkelijke bepaling, in de regel de geldigheid van de rechtshandeling niet aan (bv. De Page, *Traité*, III, nr. 786; Cass., 17 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 397). Ongetwijfeld raken de fiscale wetten de openbare orde en zijn overeenkomsten die ertoe strekken deze wetgeving te ontduiken absoluut nietig (artt. 6, 1131 en 1133 B.W. zie o.m.: *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, dl. 1, 408, nr. 1433 e.v.; J. Van Houtte, «Nietigheid van overeenkomsten wegens belastingontduiking», *T. Not.*, 1950, 65-67). Hiertoe is echter vereist dat de fiscale fraude minstens een der doorslaggevende beweegredenen is geweest voor het tot stand komen van de overeenkomst. Zulks zal echter slechts uitzonderlijk het geval zijn aangezien in de meeste gevallen de overeenkomst ook zonder de fraude tot stand zou zijn gekomen. Dat de fraude het voorwerp zelf van de overeenkomst uitmaakt, zal wellicht nog zeldzamer zijn.

2. Conflicten tussen burgerlijk recht en fiscaliteit komen in vele andere situaties voor. Een greep slechts. Dient de rechter bij de begroting van inkomstenschade na onrechtma-

tige daad de gederfde inkomsten van het slachtoffer in concreto te beoordelen of is hij daarentegen gehouden door de belastingaangifte. Onze rechtspraak legt de nodige soepelheid aan de dag. Het is niet de taak van de civiele rechter om ter gelegenheid van de schadebegroting na onrechtmatige daad fiscale overtreding te sanctioneren. De benadeelde mag steeds aantonen dat zijn werkelijke inkomsten hoger liggen dan uit de fiscale bescheiden blijkt (o.m. J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, A.P.R., 567, nr. 843 e.v.; R.O. Dalcq, *Traité*, II, nr. 3560 e.v.). Een strengere houding wordt aangenomen door onze zuiderburen: «Il n'est pas admissible qu'il puisse y avoir dans le plaideur deux personnages: le premier, le contribuable, qui declare qu'il gagne peu; le second, le justiciable, soutenant devant le juge qu'il gagne beaucoup» (Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Parijs, 1976, 321, nr. 922).

Een gelijksoortige problematiek komt aan de orde bij de begroting van alimentatieverplichtingen. Kan de alimentatieschuldenaar zich verschuilen achter belastingaangiften die niet met de werkelijkheid stroken? Terecht is de praktijk van onze rechtbanken in die zin gevestigd dat de fiscale realiteit niet als determinerend wordt beschouwd. De fiscale bescheiden hebben slechts een indicatieve waarde (o.m. G. Baeteman e.a., «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1988, 518, nr. 180).

M.b.t. de civielrechtelijke gevolgen vanuit het oogpunt van het fiscaalrecht onregelmatige facturen, verdedigde ik elders de stelling dat een dergelijk stuk niet als bewijsmiddel kan dienen voor de rechter (E. Dirix, *De factuur*, Brussel, 1985, 20-21, nr. 41; zie ook Kh. Gent, 6 mei 1975, *B.R.H.*, 1976, 526; Rb. Hasselt, 23 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2937; Vred. Brussel, 15 mei 1981, *T. Vred.*, 1982, 147). Deze oplossing werd door de meerderheidsopvatting als te voorvarend beschouwd (Hof Antwerpen, 17 januari 1984, *R.W.*, 1984-85, 909; A. Van Gelder, in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, Brussel, 1985, 38-39, nr. 85).

Kortom, hoe men over bepaalde van die problemen ook moge denken, als uitgangspunt blijft zeker gelden dat het burgerlijk recht niet dient om de rechtzoekenden meer fiscale burgerzin bij te brengen.

3. Terug naar de prijsbewimpeling bij onroerend-goedtransacties. Kan een dergelijke overeenkomst nietig worden verklaard? Zoals gezegd zal men in de regel niet kunnen overtuigend maken dat de overeenkomst door de prijsbewimpeling een ongeoorloofd voorwerp of een illiciete oorzaak heeft. Voorwerp van de overeenkomst is immers niet de ontduiking van het registratierecht en wat de oorzaak betreft: de overeenkomst zou waarschijnlijk ook zonder de «zwart geld»-clausule tot stand zijn gekomen. Dit is ook de stelling van het geannoteerde arrest: dat de partijen een fictieve prijs vermelden om het registratierecht te ontduiken heeft niet tot gevolg dat de koop om die reden nietig kan worden verklaard.

Wat dan met de rechtsgeldigheid van het «zwart-geld»-beding zelf. Die geoorloofdheid wordt beoordeeld in het licht van het leerstuk van de *simulatie*. Vóór de uitvaardiging van het B.W. bepaalde art. 40 van de wet van 22 frimaire jaar VII dat iedere tegenbrief die strekt tot prijsbewimpeling nietig is. Deze nietigheids sanctie wordt echter beschouwd als opgeheven door art. 1321 B.W., dat simulatie principieel geoorloofd acht, zulks mede gelet op de bespreking in de

Conseil d'Etat die aan de totstandkoming van die bepaling voorafgingen (o.m. Cass., 10 november 1949, *Arr. Cass.*, 1950, 127, *Pas.*, 1950, I, 141; De Page, *Traité*, II, nr. 624; Laurent, *Principes*, XIX, nr. 184; *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, dl. 1, 411, nr. 1446; Kluyskens, *Verbintenissen*, nr. 293; Vandeputte, *De overeenkomst*, 373; Fl. Werdefroy, *Registratierechten*, A.P.R., nr. 535; E. en A. Genin, *Commentaar W. Reg.*, Brussel, I, 92, nr. 177). In die toestand is geen wijziging gekomen nu de specifieke nietigheidssanctie uit het vroegere art. 40 niet is overgenomen in het W. Reg.

Alvorens het geannoteerde arrest op dit punt te onderzoeken, eerst nog een blik over de grenzen.

4. In *Frankrijk* werd de nietigheid van de tegenbrief weer ingesteld door de fiscale wetgever (art. 7 van de wet van 27 februari 1912). Het oogmerk van de wetgever is de ontrading: de prijsbewimpeling moet voor de partijen onaantrekkelijk worden gemaakt. Dit wordt bereikt door enerzijds de overeenkomst zelf in stand te houden, en anderzijds de «zwart geld»-afpraak (de tegenbrief) nietig te verklaren. Op die wijze wordt tevens de rechtszekerheid gediend en worden de belangen van de fiscus veilig gesteld (o.m. *Encycl. Dalloz*, tw. *Simulation*, nr. 39 e.v.; M. Dagot, *La simulation en droit privé*, Parijs, 1967, nr. 191). Dit leidt er dan toe dat de verkoper niet kan gehouden worden het «zwart» gedeelte van de koopprijs te betalen en dat hij na een eventuele betaling dit gedeelte als onverschuldigd kan terugvorderen.

5. In *Nederland* werd onze vraagstelling recent onderworpen aan het oordeel van de Hoge Raad (H.R., 16 november 1984 «Buena Vista», N.J., 1985, nr. 624, met concl. adv.-gen. Ten Kate en noot Brunner, *Ars Aequi*, 1985, 214, met noot Nieuwenhuis, *T.P.R.*, 1987, 735-737). De feiten spelen (zoals bij vele andere interessante arresten van de Hoge Raad) op de Nederlandse Antillen. Een handelspand op Aruba wordt verkocht. In de notariële akte wordt een lagere prijs vermeld dan werkelijk was afgesproken. De verkoper (althans diens rechtsopvolger) vordert van de koper het «zwart» gedeelte van de koopsom. De «Overdrachtsbelastingverordening» sanctioneert — zoals de Belgische en anders dan de Franse wetgever — een dergelijke ontduiking uitsluitend met fiscale boeten. Zowel de eerste rechter als het Antilliaanse Hof wijzen deze vordering af: nu de fiscale wet prijsbewimpeling sanctioneert, strekt de afspraak tussen partijen tot een prestatie die door de wet verboden is en kan derhalve de verkoper «in zoverre» aan die overeenkomst geen rechten ontfangen. Zoals de Franse rechter, komt de Antilliaanse rechter — zij het zonder te steunen op een uitdrukkelijke wetsbepaling in die zin — tot de vogende oplossing: de koopovereenkomst blijft overeind, enkel het «zwart geld» beding is nietig.

Deze beslissing wordt echter door de Hoge Raad vernietigd. Het beding dat men een gedeelte van de koopprijs niet in de koopakte opneemt is nietig. Een overeenkomst of een beding die verplicht tot een verboden prestatie, is in zoverre nietig. De vraag rijst dan of de nietigheid van dit beding ook de nietigheid van de gehele overeenkomst tot gevolg heeft. Dit zal het geval zijn wanneer het beding, gelet op de inhoud en de strekking ervan in onverbreekelijk verband staat met het resterende deel van de overeenkomst (cf. art. 3.2.7a N.N.B.W.). M.a.w. de rechter naar wie de zaak wordt verwezen, zal moeten onderzoeken of zonder het «zwart geld»-beding de koop zou zijn gesloten. Luidt het antwoord ontkennend, dan is de overeenkomst in haar geheel nietig. Voor

die rechter, dunkt mij, geen eenvoudige opgave. Volgens een der annotatoren van het arrest moet men uitgaan van het vermoeden dat het «zwart geld»-beding voor de partijen essentieel was (Brunner, *l.c.*). Zo te zien komt men naar Nederlands recht in de meeste gevallen tot algehele nietigheid van de overeenkomst. De vraag is dan of door deze «overkill» de belangen van de fiscus en eventuele derde verkrijgers niet in het gedrang komen.

6. Terug naar het geannoteerde arrest. Het Hof van Cassatie is van oordeel dat wanneer partijen afspreken dat zij in de akte de juiste prijs zullen verzwijgen om registratierecht te ontduiken, die niet de nietigheid van de koopovereenkomst tot gevolg heeft, maar dat enkel de afspraak zelf «in strijd komt met de openbare orde en deswege nietig is». De «zwart geld»-afpraak is dus nietig. Dit heeft tot gevolg dat voortaan de verkoper de resterende koopsom niet meer in rechte zal kunnen vorderen en de koper, na betaling, haar als onverschuldigd zal kunnen teruggeisen.

Dit arrest betekent onmiskenbaar een wijziging van de rechtspraak van het Hof zoals neergelegd in het reeds geciteerde arrest van 10 november 1949. Daar werd een arrest van het Hof van Beroep te Brussel bevestigd dat de vordering van een verkoper tot betaling van het verdoken gedeelte van de koopprijs had ingewilligd. Het Hof van Cassatie besliste toen dat een dergelijke afspraak gelet op art. 1321 B.W. niet nietig is.

De opvatting van het Hof in het geannoteerde arrest lijkt gebaseerd op de volgende premissen: 1) het globaal beschouwen van de afspraken tussen partijen, zonder aandacht voor het onderscheid tussen schijnakte en tegenbrief, 2) het openbare-ordekarakter der fiscale wetten en 3) de toepassing van de leer der *partiële* nietigheid: de nietigheidssanctie treft slechts dat gedeelte van de rechtshandeling dat met het voorschrift in strijd komt, terwijl zij voor het overige wordt gehandhaafd, op voorwaarde dat het nietige deel niet in een onverbreekbaar verband staat tot het geheel (Van Gerven, *Algemeen deel*, nr. 133). Waarbij dan de vraag naar het bestaan van zo'n verband niet op subjectieve (wil der partijen) maar op objectieve wijze (structuur van de overeenkomst) wordt beantwoord. Een dergelijke normatieve benadering is verantwoord wanneer het onverzoenbaar is met het doel van de wet (i.c. belang fiscus) en/of de rechtszekerheid (i.c. positie van derde-verkrijgers) dat het al dan niet voortbestaan van de overeenkomst zou afhangen van de wil der partijen.

Eric Dirix

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 28 APRIL 1988

Voorzitter: de h. Bosly

Raadsheer-rapporteur: mevr. Charlier

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. De Bruyn en Draps

Machtsoverschrijding — Tucht — Notaris — Kamer van notarissen — Beslissing inzake een geschil over een burgerlijk recht

De kamer van notarissen die na een tuchtprocedure beslist dat een notaris aan zijn cliënten een bepaald bedrag zal terugbetalen, doet uitspraak over burgerlijke rechten en overschrijdt haar bevoegdheden, aangezien krachtens art. 92 van de Grondwet geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren.

Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie in zake L. t/ Kamer van Notarissen van het arrondissement Namen

Gelet op de vordering van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, aldus gesteld:

«Aan de eerste kamer van het Hof van Cassatie,

De ondergetekende procureur-generaal heeft de eer uiteen te zetten dat de minister van Justitie hem bij brief van 3 december 1986, bestuur van burgerlijke en criminele zaken, burgerlijke zaken, nr. 7C3/6842/85.11/D.P.R./MQ, gelast heeft overeenkomstig artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek aangifte te doen van de in kracht van gewijsde gegane beslissing van de kamer van notarissen van het arrondissement Namen van 6 mei 1985, in zoverre daarin wordt beslist dat de heer Jean-Luc L., notaris met standplaats te T., aan de echtgenoten B., vanaf de betekening van de beslissing, een bedrag van 82.500 frank zal terugbetalen, op grond dat «de kamer, zonder dat zij ingaat op de klacht van (voornoemden), in die zin dat zij berust op kennelijke ontrouw ten gevolge van een geheel van strafbare kunstgrepen», «niettemin vaststelt dat de klagers zijn bedrogen door wellicht onvrijwillige onnauwkeurigheden» (over de aard van de uit de verkoop van een onroerend goed voortvloeiende kosten), «dat het onderscheid tussen het begrip 'kosten van een verkoop uit de hand' en het begrip 'kosten van een openbare verkoop' niet voldoende verduidelijkt was voor iemand die niet op de hoogte was van de subtiliteiten van de notariestaal» en «dat de grieven van de klagers en de verdediging van de betrokken notaris ten dele moeten worden aangenomen daar hij althans niet altijd bij de onderhandelingen aanwezig is geweest».

Toen de kamer van notarissen van het arrondissement Namen na een tuchtprocedure besliste dat notaris L. aan zijn cliënten een bepaald bedrag diende terug te betalen, heeft zij uitspraak gedaan over burgerlijke rechten en derhalve haar bevoegdheden overschreden, aangezien krachtens artikel 92 van de Grondwet, geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren.

Om die redenen, vordert de ondergetekende procureur-generaal dat het aan het Hof behage de aangebrachte beslissing te vernietigen, in zoverre daarin wordt beslist dat notaris Jean-Luc L., vanaf de betekening van de beslissing, aan de echtgenoten B. een bedrag van 82.500 frank zal terugbetalen, te bevelen dat van zijn arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing.

Brussel, 26 mei 1987,

Voor de procureur-generaal,

De advocaat-generaal,

get.: J. Velu»;

Gezien de betekening van die vordering aan de betrokken partijen op 13 juli 1987, 17 juli 1987, 20 juli 1987 en 4 februari 1988;

Gelet op het verzoekschrift tot tussenkomst van Jean-Luc L. ter griffie van het Hof op 11 september 1987 ingediend en als volgt gesteld:

«Dat de 13de juli 1987, op verzoek van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan de verzoeker de vordering met als datum 26 mei 1987 is betekend, waarbij, op voorschrift van de minister van Justitie, met toepassing van artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek, gedeeltelijke vernietiging werd gevraagd van de beslissing van de kamer van notarissen van het arrondissement Namen van 6 mei 1985, in zake verzoeker; dat die vordering tot vernietiging gegrond is op machtsoverschrijding vanwege die kamer van notarissen, die na een tuchtprocedure heeft beslist dat verzoeker aan zijn cliënten, de echtgenoten B., een bedrag van 82.500 frank moest terugbetalen; dat de kamer van notarissen van het arrondissement Namen, door die beslissing over burgerlijke rechten uitspraak heeft gedaan, terwijl krachtens artikel 92 van de Grondwet, geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren; dat verzoeker, ten nadele van wie de bestreden beslissing is gewezen, er belang bij heeft zich aan te sluiten bij de vordering tot vernietiging die de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie tegen die beslissing heeft ingesteld; dat verzoeker derhalve in de zaak tussenkomt, zoals artikel 1091, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek hem zulks toestaat, en om de in de vordering uiteengezette redenen, mede optreedt in de vordering tot vernietiging, terwijl hij zich het recht voorbehoudt om ieder ander middel aan te voeren in antwoord op de middelen die door de kamer van notarissen zouden worden voorgedragen als zij in de huidige procedure zou tussenkomen»;

Gelet op het verzoekschrift tot tussenkomst van de kamer van notarissen van het arrondissement Namen, ter griffie van het Hof op 17 september 1987 ingediend en gesteld als volgt: «De procureur-generaal bij het Hof van Cassatie heeft, op voorschrift van de minister van Justitie, bij vordering met als datum 26 mei 1987, de beslissing van de verzoekster van 6 mei 1985 inzake mr. Jean-Luc L., notaris met standplaats te T., aan het toezicht van het Hof voorgelegd. De vorderingen van de procureur-generaal tot gedeeltelijke vernietiging, overeenkomstig artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek, van voormelde beslissing, zijn genomen op grond dat verzoekster haar bevoegdheid te buiten is gegaan 'door te beslissen dat notaris L. aan zijn cliënten een bepaald bedrag moest terugbetalen', terwijl krachtens artikel 92 van de Grondwet geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren. Het Hof heeft reeds meermaals beslist dat de benaming, welke de rechter aan zijn beslissing geeft, de ware aard ervan niet wijzigt (zie Cass., 17 februari 1977, A.C., 1978, 721; Cass., 23 oktober 1974, *ibid.*, 1975, 251). Aldus meent verzoekster te mogen zeggen dat de overwegingen waarin zij in het kader van haar tuchtrechterlijke bevoegdheden beschouwt dat met de klacht van de echtgenoten B. geen rekening dient te worden gehouden binnen het raam van haar politiebevoegdheden en in de huidige stand van het onderzoek aan notaris L. beveelt rekening en verantwoording te doen en deze samen met het afschrift van het proces-verbaal van de definitieve verkoop van het goed aan de tuchtkamer over te leggen de enige beslissende overwegingen zijn van de bestreden beslissing. Artikel 2, 3°, van het besluit van 2 nivôse jaar XII (24 december 1803) betreffende de instelling en de organi-

satie van de kamers van notarissen gelast die kamers alle klachten en aanspraken van derden tegen notarissen in verband met de uitoefening van hun ambt te voorkomen, advies te geven over de vergoeding van de schade die daaruit mocht ontstaan. Zulks is natuurlijk, niettegenstaande de vermelding dat de verzoekende kamer 'beslist', de strekking van de betwiste overweging in de beslissing van 6 mei 1985 die, aangezien de kamer van notarissen geen scheidsrechtelijke bevoegdheid heeft, in geen geval een beslissing mag nemen in een geschil over burgerlijke rechten, om daaraan een einde te maken. De verzoekster zou zeker haar bevoegdheden overschrijden als zij, om aan het aan de notaris gegeven advies dwingende kracht te verlenen, een tuchtstraf zou opleggen indien het niet gevolgd werd. De kamer van notarissen zou ook haar bevoegdheid overschrijden als zij, bij een latere beslissing ten laste van notaris L. een tuchtstraf zou uitspreken, op grond dat hij aan het advies geen gevolg zou hebben gegeven en de voorgestelde terugbetaling niet zou hebben uitgevoerd. Verzoekster zou eraan willen toevoegen dat de betrokken partijen zich niet hebben vergist over de strekking van de aan het toezicht (van het Hof) voorgelegde beslissing, aangezien zij het geschil waarop zij betrekking had, voor de burgerlijke rechtbanken hebben gebracht. De bestreden beslissing is dus geen beslissing die uitspraak doet over een geschil inzake burgerlijke rechten, in de zin van artikel 92 van de Grondwet, zodat de vorderingen van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op voorschrift van de minister van Justitie, feitelijke grondslag missen»;

Over het verzoekschrift van Jean-Luc L.:

Overwegende dat verzoeker zich «om de in de vordering uiteengezette redenen, enkel aansluit bij die vordering tot vernietiging»;

Over het verzoekschrift van de kamer van notarissen:

Overwegende dat, luidens de beslissing waarvan vernietiging is gevorderd, de kamer van notarissen «beslist dat notaris Jean-Luc K., vanaf de betekening van de beslissing, aan de echtgenoten B. een bedrag van 82.500 frank zal terugbetalen»;

Overwegende dat, ongeacht het feit dat de kamer van notarissen in geval van schending van die beslissing niet in een tuchtsanctie voorziet en er ook geen uitsprekt, die beslissing geen maatregel is om een klacht van derden tegen de notaris in verband met de uitoefening van zijn ambt te voorkomen of daaromtrent een minnelijke schikking tot stand te brengen, en evenmin een advies is over de vergoeding van de schade die daaruit mocht ontstaan, maar neerkomt op een beslissing over een geschil inzake burgerlijke rechten, in de zin van artikel 92 van de Grondwet;

Overwegende dat het feit dat de partijen het geschil waarop de bij de burgerlijke rechtbanken aangebrachte beslissing betrekking had, een bevestiging is van het feit dat de betrokkenen aan die beslissing die draagwijdte hebben gegeven;

Dat het door de tussengekomen partij aangevoerde middel niet kan worden aangenomen;

Gelet op artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek, met overneming van de redenen van de vordering, vernietigt de in kracht van gewijsde gegane beslissing van de kamer van notarissen van het arrondissement Namen, in zoverre daarin wordt beslist dat notaris Jean-Luc L. vanaf de betekening van de beslissing aan de echtgenoten B. een bedrag van 82.500 frank zal terugbetalen;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing;

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER - 30 MEI 1988

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. De Gryse

Cheque - Dekking - Oplichting

De overhandiging van een cheque zonder dekking kan een listige kunstgreep zijn in de zin van art. 496 Sw., zelfs wanneer de trekker die de cheque overhandigt, geen andere arglistigheid heeft aangewend om de begunstigde te doen geloven aan het bestaan van een denkbeeldig krediet.

P.V.B.A. K. t/V.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 november 1986 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;
(...)

Overwegende dat de overhandiging van een cheque zonder dekking een listige kunstgreep kan zijn, in de zin van artikel 496 van het Strafwetboek, zelfs wanneer de trekker die de cheque overhandigt, geen andere arglistigheid heeft aangewend om de begunstigde te doen geloven aan het bestaan van een denkbeeldig krediet;

Overwegende dat het arrest aanneemt: «Het uitschrijven van een cheque zonder voorafgaande dekking is een misdrijf op zichzelf»; dat het echter, om te beoordelen of verweerder zich bij het overhandigen van een cheque zonder dekking schuldig heeft gemaakt aan oplichting, beslist: «Het weten dat de cheque bij het uitschrijven ervan niet gedekt was, is uiteraard niet voldoende; in dit bijzonder geval zou in de eerste plaats moeten bewezen worden dat (verweerder) het verborgen heeft dat er geen dekking was of zou komen en dat er geen betaling, op een of andere wijze, zou kunnen volgen»;

Dat het arrest door aldus te beslissen artikel 496 van het Strafwetboek schendt;
(...)

NOOT - *Oplichting door de listige kunstgreep van de uitgifte van een cheque zonder dekking*

1. Artikel 496 Sw. vereist voor het misdrijf van oplichting op de eerste plaats een bijzonder opzet, nl. het oogmerk om zich een zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort (zie recent: Cass., 7 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 493; Cass., 25 januari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 605). ongeacht of de dader hierbij een persoonlijk belang dan wel het belang van een ander beoogt (Cass., 26 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 1053), en vervolgens de afgifte of de levering van de zaak die vrijwillig tot stand gekomen moet zijn (Cass., 25 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 212).

Buiten dit bijzonder opzet en de afgifte vereist oplichting als derde constitutief bestanddeel de aanwending van bedrieglijke middelen, zoals o.m. listige kunstgrepen om zich de zaak te doen afgeven (Cass., 20 augustus 1963, *Pas.*, 1963, I, 1148; Cass., 8 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 790). Het bijzonder opzet moet dus onderscheiden worden van de listige kunstgreep (Cass., 23 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1976, 730).

Zodra dan de dader, handelend met het oogmerk om zich andermans zaak toe te eigenen, erin geslaagd is door het gebruik van een listige kunstgreep zich een zaak te doen afgeven of leveren, is het wanbedrijf van oplichting voltrokken (Cass., 20 januari 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 478; Cass., 27 oktober 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 304).

2. Een leugen in de vorm van het gebruik van een valse naam of van een valse hoedanigheid volstaat als bedrieglijk middel om het misdrijf van oplichting te plegen. Een listige kunstgreep als derde bedrieglijk middel in de zin van artikel 496 Sw. kan echter niet gevormd worden door een leugenachtige bewering op zichzelf, zelfs indien deze herhaald wordt (Cass., 5 februari 1968, *Arr. Cass.*, 741; Cass., 5 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 302; Cass., 15 november 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 767), of door louter bedrieglijke beloften (Cass., 13 februari 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 734; Cass., 6 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 775). Een listige kunstgreep veronderstelt nl. dat de leugen gepaard gaat met uitwendige feiten, materiële handelingen of een tussenkomst van een derde die een werkelijke enscenering tot stand brengen, bestemd om de leugen kracht en geloofwaardigheid bij te zetten (zie Cass., 12 december 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 428; Cass., 7 december 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 487; Schuind, G. en Vandeplas, A., *Traité de droit criminel*, I, 4e druk, 4468-447; Vouin, R. en Rassat, M.L., *Droit pénal spécial*, 1983, 59).

Zo kan dus de listige kunstgreep worden opgeleverd door een geheel van feiten waarvan elk (bv. een leugenachtige bewering) slechts een bestanddeel is van de listige kunstgreep en bijgevolg niet alle kenmerken ervan moet verenigen (Cass., 20 januari 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 484; Cass., 15 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 767; Cass., 4 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 416).

De listige kunstgreep moet wel determinerend zijn voor de afgifte of levering van de zaak (De Nauw, A., *Initiation au droit pénal spécial*, 1987, 363; Schuind, G. en Vandeplas, A., o.c., 446B; cf. Cass., 30 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1167), zodat dit bedrieglijk middel dient vooraf te gaan aan de afgifte of de levering (Merle, R. en Vitu, A., *Traité de droit criminel*, *Droit pénal spécial*, 1982, 1894; cf. Cass., 7 december 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 487).

Opgemerkt kan worden dat in het Nederlandse strafrecht oplichting overeenkomstig artikel 326 van het Nederlandse wetboek van strafrecht, naast de drie bovenvermelde bedrieglijke middelen, ook kan worden gepleegd door een samenweefsel van verdichtsels. Dit is niet een loutere opeenstapeling van leugens, maar wel dat de ene leugen met de andere is samengeweven op een zo listige wijze dat zij elkaar wederkerig een bedrieglijke schijn van waarheid geven en een ondoorzichtig geheel vormen (Noyon, T.J. en Lange-meijer, G.E., *Het wetboek van strafrecht*, 7e druk, bewerkt door Rummelink, J., 1111).

3. Luidens het geannoteerde arrest van 30 mei 1988 kan de overhandiging van een cheque zonder dekking een listige

kunstgreep zijn in de zin van artikel 496 Sw., zelfs wanneer de trekker die de cheque overhandigt geen andere arglistigheid heeft aangewend om de begunstigde te doen geloven aan het bestaan van een denkbeeldig krediet. Hiermee bevestigt het Hof van Cassatie in een burgerlijke zaak de duidelijke stelling die werd ingenomen in een arrest van 4 november 1974 (*Arr. Cass.*, 1975, 288, *J.T.*, 1975, 27, met noot Dal G.A., *R.D.P.*, 1974-75, 747, met noot Bosly, H.D.). Reeds in een arrest van 2 november 1885 was het Hof van oordeel dat de beklaagde die o.m. juwelen had aangekocht door betaling met ongedekte cheques zich schuldig maakte aan oplichting (*Pas.*, 1885, I, 268).

De leugen dat voor de betaling een voldoende fonds beschikbaar is bij de bankier wordt inderdaad veruitwendigd door het uitschrijven van een cheque. Om de leugen geloofwaardigheid en kracht bij te zetten wordt ze m.a.w. aangekleed in een commercieel waardepapier dat geldt als een bekend en vertrouwd betalingsmiddel en kan ze alleszins in deze uitwendige vorm volgens de omstandigheden van de zaak een listige kunstgreep opleveren om te doen geloven aan het bestaan van een denkbeeldig krediet. Indien vervolgens de oorzaak van de afgifte van de zaak gelegen is in de uitgifte van de ongedekte cheque, zal deze laatste handeling fungeren als bedrieglijk middel om oplichting te plegen in de zin van artikel 496 Sw.

4. De beklaagde pleegt zodoende oplichting wanneer hij van zijn bankier een geldsom verkrijgt door hem persoonlijk een cheque te overhandigen die getrokken is op zijn bankrekening, terwijl hij wist dat de rekening niet of onvoldoende geprovisioneerd was en dat hij geen beroep kon doen op een voldoende kredietopening (Brussel, 11 juni 1975, *J.T.*, 1975, 508). Het uitgeven van cheques zonder dekking die gewaarborgd zijn door een cheque- of bankkaart en die de beklaagde herhaaldelijk vertoonde aan de begunstigten, kan eveneens een listige kunstgreep opleveren (Brussel, 29 april 1971, *J.T.*, 1973, 237, met noot Messinne, J.). Ook de afgifte van aan een bank gerichte betalingsopdrachten hoewel geen voldoende dekking bestaat om deze uit te voeren, levert oplichting op waardoor men aan een denkbeeldig krediet wil doen geloven (Cass., 12 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 643).

5. Dat de beklaagde door een uitgifte van een cheque zonder dekking tevens het misdrijf van oplichting kan plegen, heeft niet enkel gevolgen voor de strafvordering (o.m. zwaardere correctionele straffen voor oplichting), doch is tevens van belang voor de burgerlijke vordering die nu gegrond kan worden op de oplichting, waardoor de burgerlijke partij de ontvankelijkheidsklippen bij het misdrijf van de uitgifte van de ongedekte cheque kan omzeilen (zie over deze ontvankelijkheidsvoorwaarden: Winants, A., «Over de uitgifte van cheques zonder dekking», *R.W.*, 1978-79, 1767 e.v.).

Bart Spriet
Assistent K.U.L.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 27 SEPTEMBER 1988

Voorzitter-rapporteur : de h. Boon

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. De Bruyn en De Gryse

Arbeidsongeval — Blijvende arbeidsongeschiktheid — Vergoeding — Begrip — Gemeenrechtelijke vergoeding — Cumulatieverbod

Het kapitaal dat de arbeidsongevallenverzekeraar vestigt tot schadeloosstelling van de blijvende arbeidsongeschiktheid, vergoedt het verlies van de economische waarde van de getroffene op de arbeidsmarkt gedurende zijn hele vermoedelijke levensduur. De rechter die gemeenrechtelijke schadevergoeding voor blijvende arbeidsongeschiktheid berekent op grond van de lucratieve loopbaan van de getroffene, staat derhalve geen verboden cumulatie toe door van de aldus berekende vergoeding enkel af te trekken het gedeelte van het door de arbeidsongevallenverzekeraar verschuldigde kapitaal dat betrekking heeft op de tijdsspanne gaande totdat de getroffene de pensioengerechtigde leeftijd zal hebben bereikt.

L. en N.V. P. t/ D. en N.M.B.S.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 oktober 1987 door het Hof van Beroep te Gent gewezen ;

Overwegende dat het arrest alleen uitspraak doet op civielrechtelijk gebied ;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de civielrechtelijke vordering van verweerder tegen de eisers :

Over het middel : schending van artikel 46, § 2, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, zoals het is vervangen door artikel 4 van de wet van 7 juli 1978, en van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ;

doordat het arrest, na de volledige materiële schade van verweerder wegens gedeeltelijke blijvende arbeidsongeschiktheid voor de periode tussen 14 oktober 1987, datum van het arrest, en de pensioenleeftijd van verweerder te hebben bepaald naar gemeen recht op 3.470.577 frank, van dit bedrag slechts een gedeelte van het door de N.M.B.S. gevestigde kapitaal, namelijk 1.995.892 frank aftrekt, om de bijkomende schadevergoeding waarop verweerder recht heeft naar gemeen recht, te bepalen en de eisers bijgevolg veroordeelt om aan verweerder een bijkomende vergoeding van 1.474.685 frank te betalen, met interesten en kosten, op de volgende gronden : «Het semi-nettoloonverlies (zoals gevorderd door de schadelijder) bedraagt : 3.899.523 frank - 11% R.S.Z. of 428.948 frank = 3.470.577 frank. Van voormeld bedrag dient te worden afgetrokken de vergoeding ontvangen in het kader van de arbeidsongevallenwetgeving. De overeenkomstig het gemene recht begrote schadeloosstelling voor blijvende arbeidsongeschiktheid en het kapitaal dat de door de verzekeraar verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid vertegenwoordigt, maken twee vergoedingen van een zelfde lichamelijke schade uit, ook al worden ze op een verschillende wijze berekend en vastgesteld. Krachtens het bepaalde in artikel 46,

§ 2, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet, gewijzigd bij de wet van 7 juli 1978, vermag de schadelijder die vergoedingen niet te cumuleren. De arbeidsongevallenvergoeding wil de vermindering of het verlies van de economische waarde op de arbeidsmarkt gedurende de gehele levensduur van de getroffene herstellen, en wordt dientengevolge ook berekend op de waarschijnlijke levensduur. Naar gemeen recht wordt de vergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid daarentegen berekend volgens de lucratieve levensduur. Om het bedrag van de vergoeding te kennen waarop de benadeelde voor de periode tot aan 65 jaar recht heeft, is het noodzakelijk te bepalen welk gedeelte van het kapitaal in wet deze periode dekt. Dit deel wordt als volgt begroot : $2.256.893 \times 41,6/47,04$ (vermoedelijke levensduur vanaf consolidatie) = 1.992.891,7 frank. Aan het slachtoffer komt in deze periodes toe : 3.470.577 frank - 1.995.892 frank = 1.474.685 frank» ;

terwijl de lijfrente of het kapitaal verschuldigd krachtens de Arbeidsongevallenwet aan het slachtoffer van een arbeidsongeval waaruit blijvende arbeidsongeschiktheid resulteert en de schadeloosstelling die wegens de vermindering of het verlies van de waarde van het slachtoffer op de arbeidsmarkt krachtens het gemene recht verschuldigd is door de derde aansprakelijke, twee manieren zijn van vergoeding voor dezelfde materiële schade ; ze kunnen niet samen worden genomen (...)

Overwegende dat het kapitaal dat de door de arbeidsongevallenverzekeraar verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid vertegenwoordigt, de schade vergoedt die de getroffene lijdt door de vermindering of het verlies van zijn economische waarde op de arbeidsmarkt gedurende zijn gehele vermoedelijke levensduur en op die gehele levensduur wordt berekend ; dat die forfaitaire vergoeding derhalve ook de schade wegens arbeidsongeschiktheid van de getroffene na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd dekt ;

Overwegende dat, krachtens artikel 46, § 2, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet, de getroffene de met toepassing van die wet toegekende vergoeding niet vermag te cumuleren met de overeenkomstig het gemene recht begrote schadeloosstelling ; dat dit cumulatieverbod echter alleen geldt wanneer de ene vergoeding zowel als de andere wegens dezelfde schade of hetzelfde gedeelte van de schade worden toegekend ;

Overwegende dat het arrest de schadevergoeding voor blijvende arbeidsongeschiktheid, die verweerder naar gemeen recht vorderde, begroot voor zijn lucratieve levensduur, dit is voor de tijdsspanne vanaf de uitspraak van het arrest tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd ; dat het arrest vervolgens het gedeelte van het door de arbeidsongevallenverzekeraar verschuldigde kapitaal berekent dat betrekking heeft op dezelfde tijdsspanne en dit gedeelte, met toepassing van het voormelde cumulatieverbod, aftrekt van de overeenkomstig het gemene recht begrote schadevergoeding ;

Dat het arrest zodoende de in het middel vermelde wettelijke bepalingen niet schendt ;

Dat het middel faalt naar recht ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

VAKANTIEKAMER – 30 AUGUSTUS 1988

Voorzitter : de h. Vandeplas

Raadsheren : mevr. Beeckman (rapporteur) en de h. Vertessen

Openbaar ministerie : de h. Van den Eede

Advocaat : mr. Jespers

1. Verjaring – In strafzaken – Verstekvonnis – Stuiting – Schorsing – 2. Strafvordering – Verzet – Ontvankelijkheid – 3. Samenloop in strafzaken – In omloop brengen van vervalste zegels en heling

1. *Wanneer een verstekvonnis, wegens het feit dat de beklaagde geen bekende woon- of verblijfplaats heeft, is betekend aan de procureur des Konings, stuit die betekening de verjaring van de straffordering en wordt de verjaring geschorst tussen de datum van de uitvoerbaarheid van het verstekvonnis en de datum van het ontvankelijk verklaarde verzet.*

2. *Op het enkele hoger beroep van de beklaagde wordt de ontvankelijkheid van het in eerste aanleg gedane verzet niet meer onderzocht.*

3. *Er is eendaadse samenloop mogelijk tussen het in art. 188 Sw. bedoelde misdrijf en heling.*

D.

Overwegende dat de verjaring van de straffordering gestuit werd door de betekening op 13 mei 1983 van het verstekvonnis van 17 maart 1983 aan de procureur des Konings, beklaagde geen bekende woon- of verblijfplaats hebbende ;

Dat bovendien de verjaring van de straffordering geschorst werd tussen 29 mei 1983, zijnde de datum van de uitvoerbaarheid van het verstekvonnis, en 27 mei 1988, zijnde de datum van het verzet, welk verzet op 20 juni 1988 ontvankelijk werd verklaard ;

Overwegende dat, gelet op de datum waarop het verstekvonnis werd gewezen, namelijk 17 maart 1983, de datum van het verzet, namelijk 27 mei 1988, de datum van de uitspraak van het bestreden vonnis, namelijk 20 juni 1988, en de datum der terechtzitting van het hof, namelijk 26 augustus 1988, dient te worden besloten dat verdachte ruimschoots de tijd heeft gehad om de nodige maatregelen te treffen teneinde zijn verdediging waar te nemen ; dat trouwens hiertoe de zaak nog op de terechtzitting van 12 augustus 1988 door het hof werd uitgesteld ;

Overwegende dat beklaagde ten onrechte beweert dat de rechten van de verdediging geschonden zijn, omdat het dossier van de uitleveringsprocedure vanuit Spanje niet bij het onderhavige dossier is gevoegd ; dat de argumentatie van beklaagde uitsluitend hierop neerkomt dat hij de ontvankelijkheid van het verzet betwist op grond van het feit dat hij reeds eerder kennis zou hebben gehad van de betekening (hetgeen uit het Spaanse uitleveringsdossier zou moeten blijken), wat zou impliceren dat het onderhavige verzet niet ontvankelijk zou zijn ; dat aldus de ontvankelijkheid van het verzet wordt aangevochten door beklaagde ;

Overwegende echter dat op het enkel hoger beroep van beklaagde de ontvankelijkheid van het verzet niet meer kan worden onderzocht ;

Overwegende dat in tegenstelling tot wat beklaagde bij conclusie beweert, het geenszins noodzakelijk is dat het Nederlands dossier bij het onderhavige dossier wordt gevoegd, des te meer daar beklaagde zelf, zowel tijdens het vooronderzoek als tijdens het onderzoek ter terechtzitting van dit hof, volledige bekentenissen heeft afgelegd ; dat de verklaringen die een Nederlandse getuige of mededader alsnog zou afleggen meer dan acht jaar na de feiten, de schuld van de beklaagde geenszins kunnen beïnvloeden ;

Dat, gezien de bekentenissen door beklaagde afgelegd ter terechtzitting van dit hof, dit verzoek tot inzage van het strafdossier, dat in handen is van de Nederlandse Justitiële Overheid, als louter dilatoir moet worden afgewezen ;

Dat, wat de heling betreft, dient te worden onderstreept dat beklaagde minstens tien kleefzegels met opdruk 22.00 en vermelding «Sociaal Fonds Bouwnijverheid – Vakantiezegel 1981-1982», die in zijn zakagenda werden gevonden en die volgens zijn verklaring ter terechtzitting als «monster» moesten dienen voor eventuele bestellingen, geheeld heeft ;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat hij «in geen geval enig deel heeft gehad» aan heling ; dat echter twee leden van de gerechtelijke politie te Antwerpen de visu hebben vastgesteld hoe hij twee dozen met vervalste documenten uit de koffer van zijn voertuig heeft genomen en overgebracht naar een Nederlandse wagen, waarin achteraf de vervalste stukken werden aangetroffen ;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat hij deze dozen niet uit zijn persoonlijk voertuig, maar uit een ander voertuig heeft gehaald of doen halen ; dat deze omstandigheid echter, zelfs al mocht ze waar zijn, geen invloed heeft op zijn schuld dienaangaande ;

Overwegende dat beklaagde aanvoert dat «het te koop stellen of in omloop brengen van valse zegels noodzakelijk inhoudt dat hij over de goederen heeft kunnen beschikken» en dat een «afzonderlijke schuldverklaring uit hoofde van heling dan ook niet zou opgaan» ;

Overwegende dat het te koop stellen of in omloop brengen van vervalste zegels niet noodzakelijkerwijze inhoudt dat de dader de vervalste stukken onder zich hield, daar een verkoop ook wel degelijk kan geschieden door personen die de goederen niet onder zich houden of helen ; maar dat te dezen wordt aangenomen dat er eendaadse samenloop is tussen de in de artikelen 188, 213 en 214 van het Strafwetboek bedoelde misdrijven en dat van heling ; dat er om deze reden trouwens terecht door de eerste rechter een enkele straf werd uitgesproken ;

(...)

NOOT – Over verjaring en over heling

1. Een eerste aspect dat in het arrest aan bod komt betreft de stuiting en de schorsing van de verjaring van de straffordering. De betekening van een verstekvonnis aan de beklaagde, evenals de apostille van het openbaar ministerie daartoe strekkend, stuit de verjaring (Cass., 15 februari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 764; Declercq, R., *Strafvordering*, 1987, I, 70).

Normalerwijze beschikt de beklaagde dan over een zogenaamde gewone termijn van verzet. Deze bedraagt vijftien

dagen volgend op de dag van de betekening (art. 187, eerste lid, Sv.).

Of de betekening al dan niet aan de persoon zelf gebeurde of al dan niet aan zijn woon- of verblijfplaats heeft ter zake geen belang (Declercq, R., o.c., II, 231).

Zelfs indien de beklaagde geen bekende woon- of verblijfplaats noch een gekozen woonplaats heeft, wordt deze termijn niet verlengd (Vandeplas, A., «Het verzet in strafzaken», in *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, 1985, 39).

Aangezien de betekening in casu op 13 mei geschiedde, had de beklaagde de vijftien daaropvolgende dagen tijd om verzet aan te tekenen, dit wil zeggen tot het verstrijken van de 28e mei. De 29e mei werd het vonnis bijgevolg uitvoerbaar bij gebrek aan verzet.

2. Indien de verstekbeslissing evenwel niet aan de beklaagde in persoon is betekend, begint de buitengewone termijn van verzet te lopen. Deze loopt vanaf het verstrijken van de gewone termijn tot en met de vijftiende dag na de dag waarop de betrokkene kennis heeft gekregen van de betekening van de verstekbeslissing (art. 187, tweede lid, Sv.).

Het openbaar ministerie heeft de bewijslast van deze kennisgeving door de beklaagde (Vandeplas, A., o.c., 42). Het betreft hier een feitenkwesitie, waar de feitenrechter op onaantastbare wijze over zal oordelen (Declercq, R., o.c., II, 236).

3. Hoewel in art. 24 V.T. Sv. slechts twee gevallen van schorsing van de verjaring zijn omschreven, namelijk in geval van een prejudiciële procedure en bij vervolging wegens laster of lasterlijke aangifte, aanvaarden rechtspraak en rechtsleer ook de schorsing van de verjaring gedurende de buitengewone termijn van verzet. De verjaring zal geschorst worden vanaf het verstrijken van de gewone verzetstermijn tot op de dag van het aangetekend verzet, op voorwaarde dat het ontvankelijk verklaard wordt (Declercq, R., o.c., I, 74). Het is dus niet de datum van het vonnis dat het verzet ontvankelijk verklaart die in acht moet genomen worden (cf. o.a. noot onder Cass., 7 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 515).

Deze constructie wordt gebaseerd op het beginsel «*Contra non valentem agere non currit praescriptio*». Het openbaar ministerie bevindt zich in de wettelijke onmogelijkheid tot vervolgen. Gedurende de gewone verzetstermijn zal er daarentegen geen schorsing van de verjaring intreden, daar het om een normaal verloop van de procedure gaat en er dus geen onmogelijkheid tot vervolging bestaat.

4. Indien het verzet, aangetekend binnen de buitengewone termijn, onontvankelijk verklaard wordt, loopt de verjaring niet meer vanaf de dag waarop de gewone termijn voor verzet beëindigd is. Dit wil zeggen dat het verstekvonnis kracht van gewijsde verkrijgt.

5. De beklaagde poogde voor het hof het verzet onontvankelijk te doen verklaren.

Indien de rechter in eerste aanleg het verzet echter ongegaan verklaart, omdat de verzetdoende partij ter terechtzitting niet verschijnt, dan wordt impliciet maar zeker erkend dat het verzet ontvankelijk was. Op de eerste plaats wordt immers de ontvankelijkheid van het verzet nagegaan, vooraleer de aanwezigheid van de verzetdoende partij wordt gecontroleerd. Ingeval nu enkel de beklaagde hoger beroep aantekent, dan kan in hoger beroep de ontvankelijkheid van het verzet niet meer ter sprake gebracht worden (Vandeplas, A., o.c., 51). Dit geldt zelfs indien achteraf zou blijken dat

het verzet ten onrechte ontvankelijk verklaard werd (Cass., 7 december 1964, *Pas.*, 1964, I, 354).

6. Een ander aspect dat in het betrokken arrest ter sprake komt en waarop kort even de aandacht gevestigd kan worden, betreft de heling.

Art. 505 Sw. stelt strafbaar het helen van weggenomen, verduisterde of door misdaad of wanbedrijf verkregen zaken. De constitutieve elementen van dit misdrijf zijn: 1) het bezit of de detentie van een voorwerp dat verkregen is ten gevolge van een misdaad of wanbedrijf door een derde gepleegd (volgens Marchal-Jaspar, *Droit criminel*, 1965, I, 583, nr. 1575 zijn dit twee elementen); 2) de heler moet kennis hebben van de delictieuze oorsprong van dit voorwerp en 3) er dient een bedrieglijk opzet aanwezig te zijn (Cass., 31 januari 1984, *Pas.*, 1984, I, 608; De Nauw, A., *Initiation au droit pénal spécial*, 1987, 373; Schuind-Vandeplas, *Traité pratique de droit criminel*, I, 454, Spriet, B., «De constitutieve bestanddelen van heling», noot onder Antwerpen, 17 mei 1984, *R.W.*, 1984-85, 1793).

7. In het besproken arrest voerde de beklaagde aan dat hij de geheele zaken niet uit zijn eigen voertuig gehaald had, en dat er bijgevolg geen sprake kon zijn van heling.

Wat betreft de materialiteit van de feiten, is het echter irrelevant op welke grond men de zaak in kwestie in bezit heeft. Zelfs indien de goederen slechts tijdelijk onder de bewaring van de beklaagde stonden, en zelfs indien hij ze niet verborgen gehouden zou hebben, maakte hij zich schuldig aan heling, voor zover vanzelfsprekend de andere constitutieve elementen vaststaan (cf. o.a. Beltjens, G., *Encyclopédie de droit criminel belge*, art. 505, nr. 1). Met andere woorden is de louter detentie een voldoende element om heling uit te maken. De wijze waarop de dader aan de goederen is geraakt (aankoop, bewaargeving, ruil), speelt hierbij geen enkele rol (Marchal-Jaspar, o.c., I, 586, nr. 1576; Nypels-Servais, *Le Code pénal belge*, art. 505, nr. 6). Voldoende is dat de feitelijke omstandigheden van aanbieden, tonen en overhandigen van de goederen in kwestie de argwaan van de beklaagde moest wekken (Corr. Turnhout, 15 mei 1981, *R.W.*, 1983-84, 2966, noot Vandeplas, A.).

Opgemerkt zij dat zelfs de vernietiging van gestolen goederen een heling kan inhouden (Cass., 24 maart 1958, *Pas.*, 1958; I, 823).

8. Spreutels maakt de bedenking dat de wettelijke terminologie «bezit of detentie» ten onrechte een idee van duur oproept. Daarom zou volgens deze auteur de term «ontvangst» het misdrijf beter omschrijven («*L'élément moral du recel*», *J.T.*, 1978, 29).

9. Interessant in het bestreden arrest is het aanvaarden van de eendaadse samenloop tussen het misdrijf van het te koop stellen, of in omloop brengen van nagemaakte zegels enerzijds en het misdrijf van heling anderzijds.

Heling is als afzonderlijk misdrijf slechts strafbaar sinds het Strafwetboek van 1867. In de Franse Code pénal van 1810 was heling als zodanig niet omschreven. Normalerweise wordt aangenomen dat de strafbaarstelling van de heling los dient te worden beoordeeld ten opzichte van het voorafgaand misdrijf (Goedseels, J., *Commentaire du Code pénal belge*, 330, nr. 2972; De Nauw, A., o.c., 375, nr. 782). De meest frequente situatie betreft die waarin enerzijds de diefstal en anderzijds de heling elk strafbaar zijn (cf. o.a. Cass., 17 augustus 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1407).

Indien dezelfde persoon de diefstal pleegt en naderhand de door hem gestolen goederen heelt, zullen de principes van de meerdaadse samenloop toegepast worden, met name art. 60 Sw. inzake de samenloop van wanbedrijven (in de veronderstelling van de meest eenvoudige situatie van gewone diefstal en gewone heling).

10. In casu nam het Hof te Antwerpen echter aan dat er een eendaadse samenloop was tussen het te koop aanbieden en het helen van dezelfde goederen. Het hof preciseert dat dit niet automatisch zo hoeft te zijn. In dit specifieke geval lijkt de toepassing van art. 65 Sw. evenwel aangewezen. De beklaagde maakte zich onbetwistbaar schuldig aan heling door het met bedrieglijk opzet te koop aanbieden van zegels. Hij wist immers zeer goed dat het om vervalste zegels ging. Hij hield dus onbetwistbaar goederen onder zich waarvan hij wist dat ze afkomstig waren van een misdrijf. Een dergelijke handelwijze wordt echter eveneens strafbaar gesteld door de artikelen 188, 213 en 214 Sw.

Aldus levert een zelfde feit twee misdrijven op, zodat ingevolge art. 65 Sw. slechts de zwaarste straf wordt uitgesproken, namelijk die voor heling (maximum vijf jaar gevangenisstraf, terwijl art. 188 Sw. slechts een gevangenisstraf van drie jaar toelaat).

Dirk Merckx

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

3e KAMER – 7 NOVEMBER 1988

Voorzitter: de h. J. De Smedt

Advocaat-generaal: de h. Geyskens

Advocaten: mrs. Vanhaesendonck en Brewaeyts loco Dewit

Echtscheiding – Voorlopige maatregelen – Geding tot echtscheiding ingeleid zowel in Nederland als in België

Wanneer echtgenoten zowel in Nederland als in België een geding tot echtscheiding hebben ingeleid en een vordering betreffende voorlopige maatregelen hebben ingesteld, is het voor het bepalen van het gerecht waarnaar deze laatste vordering moet worden verwezen, niet het voorwerp van de vorderingen tot echtscheiding ter zake dienend, maar het voorwerp van de verzoeken tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen. Daarbij komt enkel in aanmerking het verzoek ingeleid op grond van art. 1280 Ger. W., waarvan de rechtsgrond totaal verschillend is van die van de procedure waarbij de vrederechter op grond van art. 223 B. W. vóór het inleiden van de echtscheidingsprocedure dringende en voorlopige maatregelen beveelt.

C. t/ B.

Advies van het openbaar ministerie

Het hoger beroep ingesteld tegen de beschikkingen van 26 mei 1987 (A.R. Ref. 352/87) en 23 juli 1987 (A.R. Ref. 445/87) is ontvankelijk.

Zaak A.R. Ref. 352/87

Bij dagvaarding betekend op 27 april 1987, nadat een verzoek tot echtscheiding aanhangig was gemaakt voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel sedert 16 april 1987, verzocht appellant de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, rechtdoende in kort geding, een reeks voorlopige maatregelen te treffen met betrekking tot het bewakingsrecht over de gemeenschappelijke kinderen, een onderhoudsgeld voor hemzelf en een provisie ad litem.

Bij beschikking van 26 mei 1987 werd deze vordering afgewezen als onontvankelijk. De voorzitter stelde immers vast dat appellant reeds in het kader van procedure strekkende tot echtscheiding (art. 825 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging) een vordering tot voorlopige maatregelen aanhangig had gemaakt waarbij reeds op 28 januari 1987 een beslissing werd genomen nopens het samenwonen der partijen, en het toekennen van het bewakingsrecht over de kinderen.

Zaak A.R. Ref. 445/87

Bij dagvaarding van 13 juli 1987, ditmaal gestoeld op het artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, vorderde appellant een bezoekrecht over de gemeenschappelijke kinderen alsmede de afgifte van deze kinderen in zijn voordeel.

Bij beschikking van 23 juli 1987 werd de eis van appellant als onontvankelijk verworpen, gelet op het gezag van het rechterlijk gewijsde van de beschikking van 26 mei 1987, aangevochten door een hoger beroep waarover nog geen uitspraak werd gedaan.

Met toepassing van artikel 30 van het Gerechtelijk Wetboek, komt het gepast voor beide rechtsvorderingen als samenhangende zaken te behandelen, daar zij onderling zo nauw verbonden zijn, dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten ten einde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer ze afzonderlijk worden berecht.

Alleen de kwestie van de bevoegdheid van het hof in dit geding wordt, met akkoord van de partijen, behandeld.

I. De procedure

Het blijkt uit de neergelegde stukken dat beide partijen, van Nederlandse nationaliteit, in 1986 in België gevestigd waren.

Bij beschikking van 1 december 1986 van de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel, gewijzigd bij die van 12 januari 1987, werd aan beide partijen een afzonderlijk verblijf toegewezen; het bewakingsrecht over de kinderen werd toegekend aan geïntimeerde en een bezoekrecht ingesteld voor appellant.

Deze maatregelen werden uitgevaardigd op grond van artikel 223, tweede lid, van het Belgisch Burgerlijk Wetboek voor de duur van zes maanden (tot 1 juni 1987).

Op 31 december 1986 tekende appellant hiertegen hoger beroep aan en hij koos woonplaats te Maastricht. Geïntimeerde dagvaardde op 31 december 1986 in echtscheiding (artt. 815-816 van het Nederlands Wetboek voor Burgerlijke Rechtspleging), voor de Arrondissementsrechtbank te Maastricht.

Geïntimeerde diende voor de Arrondissementsrechtbank te Maastricht op 7 januari 1987 een verzoekschrift in tot voorlopige voorzieningen gebaseerd op artikel 825/a en volgende van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging, in de loop van de procedure strekkende tot echtscheiding, subsidiair scheiding van tafel en bed.

Bij beslissing van 28 januari 1987 bepaalde de 1e kamer van de Arrondissementsrechtbank te Maastricht dat de partijen ontslaan zijn van de verplichting tot samenwoning en dat de minderjarige kinderen worden toevertrouwd aan geïntimeerde.

Appellant, die intussen zijn woonplaats opnieuw had overgebracht naar Elsene op 11 februari 1987, legt op 16 april 1987 een verzoekschrift neer tot echtscheiding, ditmaal voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

Bij beschikking van 13 augustus 1987 verklaarde de 1e kamer van de Arrondissementsrechtbank te Maastricht zich onbevoegd om kennis te nemen van de op 7 januari 1987 gevraagde voorlopige maatregelen, aanvoerend dat deze vordering reeds aanhangig was gemaakt bij het Vredegerecht van het vierde kanton te Brussel. Deze beschikking wordt op 6 november 1987 door de 5e kamer van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch vernietigd.

Het hof verklaarde dat de arrondissementsrechtbank wel bevoegd was om kennis te nemen van het verzoek tot alimentatie van 7 januari 1987, doch dat zij de partijen had dienen te verwijzen naar het Vredegerecht van het vierde kanton te Brussel, bij hetwelk de zaak het eerst was aangebracht. Het Nederlandse hof vernietigde dan ook de aangevochten beslissing en verwees de partijen naar het Vredegerecht van het vierde kanton te Brussel.

II. Bespreking

Het blijkt uit het voorgaande dat twee gerechten zich op hetzelfde ogenblik geadieerd hebben gezien door een verzoek tot voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheiding, aanhangig gemaakt tussen dezelfde partijen (art. 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek, art. 825/a van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging) voor elk van deze onderscheiden gerechten.

De voorlopige maatregelen gevraagd respectievelijk door mevr. Astrid B. voor de Arrondissementsrechtbank te Maastricht, en door de h. Hubertus C. voor de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, hebben hetzelfde voorwerp, namelijk het hoederecht over de kinderen, het onderhoudsgeld voor de kinderen, een bezoekrecht.

Volgens de termen van artikel 6 van het Belgisch Nederlands Verdrag van 28 maart 1925, goedgekeurd bij wet van 16 augustus 1926: «De gerechten van een der contracterende Staten verwijzen, wanneer een der partijen, de geschillen waarmede men zich tot hen gewend heeft, naar de gerechten van het ander land, wanneer deze geschillen daar reeds aanhangig zijn of wanneer zij verknocht zijn om andere geschillen, welke om het oordeel dier gerechten zijn onderworpen. Als verknocht kunnen slechts worden beschouwd de geschillen, die voortspruiten uit dezelfde oorzaak of betrekking hebben op hetzelfde voorwerp.»

Ten onrechte verwijt appellant de eerste rechter zijn vordering onontvankelijk te hebben verklaard op grond van artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1988 onder het voorwendsel dat voornoemde rechtsregel niet ter zake toepasselijk is, daar er geen identiteit bestaat van voorwerp en dus geen verknochtheid tussen de vordering tot echtscheiding ingediend door de partij B. in Nederland, en de vordering tot echtscheiding door hemzelf ingediend in België.

Immers, slechts de vergelijking van het voorwerp van de twee verzoeken tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen (voorlopige voorzieningen) moet beslissen of het verknochte geschillen betreft en niet het voorwerp van de beide

vorderingen tot echtscheiding; in dit geval bestaat een dergelijke verknochtheid in de zin van de beschikking uitgevaardigd door het Belgisch-Nederlands Verdrag (Hof, Brussel, 20 oktober 1964, *Pas.*, 1985, II, 12).

Zowel in het Nederlands recht als in het Belgisch recht, mogen voorlopige maatregelen worden bevolen door de rechter of de rechtbank hiervoor aangewezen, zodra deze magistraat of rechtbank een verzoekschrift (respectievelijk dagvaarding) tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed heeft ontvangen (art. 825/a Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging; art. 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek).

Zo het verder al toegelaten is voorlopige maatregelen te vragen voor de Nederlandse rechtbank *voordat* een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed aanhangig is gemaakt en de rechter die hiervan kennis heeft genomen daarna, bij *uitsluiting* van elke andere rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed (art. 814/3 van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging), is zulks niet het geval in het Belgisch recht.

Het is slechts door het neerleggen van een verzoekschrift tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, dat ieder der echtgenoten het recht verkrijgt om in iedere stand van het geding de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te verzoeken voorlopige maatregelen te bevelen die betrekking hebben op de persoon, het levensonderhoud en de goederen van de kinderen (art. 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek; M. Storme, «Bevoegdheids- en procedureperikelen en familierechtelijke geschillen», *T.P.R.*, 1985, 98).

Het is artikel 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek dat in de loop van een geding tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, het vastleggen toelaat van voorlopige maatregelen, ten einde de noodzakelijke stabiliteit van de partijen en hun kinderen gedurende deze procedure te waarborgen.

Deze procedure heeft dus een rechtsgrond die totaal verschilt van die in de rechtspleging voor de vrederechter daar *voor* het inleiden van elke echtscheidingsprocedure door de vrederechter dringende en voorlopige maatregelen worden genomen enkel en alleen wanneer een der echtgenoten grovelijk zijn plichten in het huwelijk verzuimt, maatregelen die hun uitwerking behouden tot ze worden gewijzigd door een maatregel van de voorzitter in kort geding (na inleiding van een echtscheiding) of tot eventueel de termijn bepaald in de beschikking van de vrederechter verstreken is (art. 223 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek; Cass., 22 oktober 1981, *R.W.*, 1982-83, 2457, *Pas.*, 1982, I, 272).

Terwijl de procedure in Nederland op grond van het artikel 825/a van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging, dezelfde oorzaak en hetzelfde voorwerp heeft als de procedure geregeld door artikel 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek, kan deze rechtspleging niet gelijkgesteld worden met de rechtspleging ingesteld voor de vrederechter in België op grond van artikel 223 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek, daar de oorzaak van beide vorderingen verschillend is.

Aldus kan de Arrondissementsrechtbank te Maastricht zich op 13 augustus 1987 niet beroepen op het feit dat de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel reeds geadieerd was, en zich onbevoegd verklaren en kan het Gerechtshof te «s-Hertogenbosch bij beschikking van 6 november 1987 de partijen niet verwijzen naar het Vredege-

recht van het vierde kanton te Brussel, daar de vrederechter zijn rechtsmacht reeds volledig had geoefend met een beschikking die slechts een duur had van zes maanden, tot 1 juni 1987, en ingevolge de neerlegging van het verzoekschrift tot echtscheiding van 16 april 1987, geen enkele bevoegdheid meer bezat naar Belgisch recht om nog enige beschikking te wijzen.

Met toepassing van artikel 6 van het Belgisch-Nederlands Verdrag van 28 maart 1925 kunnen slechts de voorwerpen der beide verzoeken tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen na inleiding van de echtscheidingsprocedure in competitie komen met elkaar, aangezien zij alleen betrekking hebben op verknochte geschillen.

Aldus kon het Nederlandse gerecht als eerste geadieerd, op 7 januari 1987 met een verzoekschrift tot voorlopige maatregelen, staande een geding tot echtscheiding, partijen niet naar het Vrederecht van het vierde kanton te Brussel verwijzen.

Besluit

De hogere beroepen bekend onder de nrs. A.R. Ref. 352/87 en A.R. Ref. 452/87 dienen als samenhangend te worden gevoegd, en door een enkel arrest gevonnist.

De beide beroepen zijn ontvankelijk doch dienen als ongegrond worden verworpen gelet op artikel 6 van het Belgisch-Nederlands Verdrag van 28 maart 1925.

Arrest

I. Voorafgaande procedures

A. Zaak Ref. 352/87

Overwegende dat, in het kader van een echtscheidingsprocedure ingeleid bij verzoekschrift neergelegd door appellant op 16 april 1987 te Brussel, deze laatste de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel verzocht om een reeks voorlopige maatregelen te bevelen met betrekking tot het bewakingsrecht over de gemeenschappelijke kinderen, een onderhoudsgeld voor hemzelf en een provisie ad litem;

Overwegende dat, bij beschikking van 26 mei 1987 deze vordering onontvankelijk werd verklaard op grond dat volgens de voorzitter enkel de Arrondissementsrechtbank te Maastricht, waarbij geïntimeerde op 21 december 1986 een verzoekschrift tot echtscheiding had neergelegd en die bij beschikking van 28 januari 1987 reeds voorlopige maatregelen had uitgesproken, bevoegd was;

Dat appellant bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit hof op 25 juni 1987 hoger beroep aantekende tegen de beschikking van 26 mei 1987 (rolnummer Ref. 352/87);

B. Zaak Ref. 445/87

Overwegende dat appellant bij dagvaarding van 13 juli 1987 een nieuwe vordering in kort geding uitgebracht heeft ertoe strekkende een bezoekrecht over de gemeenschappelijke kinderen te verkrijgen, alsmede de afgifte van deze kinderen in zijn voordeel;

Overwegende dat, bij beschikking gewezen op 23 juli 1987 door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, deze vordering onontvankelijk werd verklaard gelet op het gezag van het gerechtelijk gewijsde van de beschikking van 26 mei 1987 waarover in hoger beroep nog geen uitspraak werd gedaan;

Overwegende dat tegen deze beschikking appellant bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit hof op 10 augustus 1987 hoger beroep heeft aangetekend (rolnummer Ref. 445/87);

C. De beschikking van 13 augustus 1987 uitgesproken door de 1e Kamer van de Arrondissementsrechtbank te Maastricht

Overwegende dat bij vermeldde beschikking de Arrondissementsrechtbank te Maastricht zich onbevoegd verklaarde om kennis te nemen van de op 7 januari 1987 gevraagde voorlopige maatregelen oordelend dat deze vordering reeds aanhangig was bij het Vrederecht van het vierde kanton te Brussel (vonnis 1 december 1986, gewijzigd bij de beschikking van 12 januari 1987 waarbij onder meer het bewakingsrecht over de kinderen werd toegekend aan geïntimeerde en appellant een bezoekrecht verkreeg);

Overwegende dat de 5e Kamer van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch op beroep van appellant de beschikking van 13 augustus 1987 vernietigd heeft en onder meer besliste dat partijen dienden te worden verwezen naar het Vrederecht van het vierde kanton te Brussel bij hetwelk de zaak het eerst was aangebracht;

II. Ten gronde

Overwegende dat appellant ten onrechte de eerste rechter ten grieve duidt in zijn beschikking van 26 mei 1987 te hebben beslist dat de door hem ingestelde vordering onontvankelijk was op grond van artikel 21 van het Executieverdrag van 27 september 1968 daar vermeld artikel niet van toepassing zou zijn nu er geen identiteit bestaat van voorwerp tussen de vordering in echtscheiding ingediend door geïntimeerde in Nederland en de vordering tot echtscheiding door hem ingesteld in België daar beide vorderingen gebaseerd zijn op verschillende grieven en dus een andere oorzaak zouden hebben;

Overwegende dat de voorlopige maatregelen gevraagd door geïntimeerde in Nederland en door appellant in België hetzelfde voorwerp hebben namelijk het bewakingsrecht over de kinderen, het onderhoudsgeld voor de kinderen en het bezoekrecht;

Overwegende dat artikel 6 van het Belgisch-Nederlands Verdrag van 28 maart 1925, goedgekeurd bij de wet van 16 augustus 1926, bepaalt: «De gerechten van een der contracterende staten verwijzen, wanneer een der partijen, de geschillen waarmede men zich tot hen gewend heeft, naar de gerechten van het ander land, wanneer deze geschillen daar reeds aanhangig zijn of wanneer zij verknocht zijn om andere geschillen, welke om het oordeel dier gerechten zijn onderworpen. Als verknocht kunnen slechts worden beschouwd de geschillen, die voortspruiten uit dezelfde oorzaak of betrekking hebben op hetzelfde voorwerp»;

Overwegende dat artikel 21 van het Executieverdrag van 27 september 1968 bepaalt: «Wanneer voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, moet het gerecht, waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zelfs ambtshalve, de partijen verwijzen naar het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst aanhangig is gemaakt»;

Overwegende dat niet het voorwerp van beide vorderingen tot echtscheiding ter zake dienend zijn maar wel het voorwerp van de twee verzoeken tot het verkrijgen van voorlo-

pige maatregelen die, zoals vermeld, hetzelfde voorwerp hebben;

Overwegende dat zowel in het Nederlands recht als in het Belgisch recht voorlopige maatregelen mogen worden bevolen door de rechter hiervoor aangewezen, zodra de rechter of de rechtbank een verzoekschrift tot echtscheiding heeft ontvangen (art. 825/a Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging en art. 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek);

Overwegende dat het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch bij beschikking van 6 november 1987 dan ook ten onrechte heeft beslist dat de Nederlandse Rechtbanken onbevoegd zijn om kennis te nemen van de vraag tot het bekomen van dringende maatregelen in het kader van de echtscheidingsprocedure, zich hiervoor baserend op de vordering ingeleid door geïntimeerde op 24 oktober 1986 voor de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel;

Overwegende immers dat de procedures ingesteld op basis van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek totaal verschillende rechtsgronden hebben van die in de rechtspleging voor de vrederechter aangezien vóór het inleiden van elke echtscheidingsprocedure door de vrederechter dringende en voorlopige maatregelen worden genomen enkel en alleen wanneer een der echtgenoten grovelijk zijn plichten verzuimt terwijl artikel 1280 Ger. W. toehoort voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheiding te bevelen teneinde de noodzakelijke stabiliteit van de partijen en hun kinderen gedurende deze procedure te verzekeren;

Dat daarenboven de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel zijn rechtsmacht reeds volledig had uitgeoefend met een beschikking die slechts liep tot 1 juni 1987, en hij ingevolge de neerlegging van het verzoekschrift tot echtscheiding op 16 april 1987 geen enkele bevoegdheid meer bezat;

Overwegende dat, nu de procedure voorzien in Nederland op grond van het artikel 825/a van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging dezelfde oorzaak en hetzelfde voorwerp heeft als de procedure geregeld door artikel 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek, kan deze rechtspleging niet gelijkgesteld worden met de rechtspleging ingesteld voor de vrederechter in België op grond van artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek daar, zoals reeds gezegd, de oorzaak van de beide vorderingen verschillend is;

Overwegende dat het Gerechtshof van «'s-Hertogenbosch op 7 januari 1987 als eerste geadieerd door een verzoekschrift tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen gedurende een procedure tot echtscheiding, dan ook ten onrechte partijen verwezen heeft naar het Vrederecht van het vierde kanton te Brussel;

Overwegende dat, met toepassing van artikel 6 van het Belgisch-Nederlands Verdrag van 28 maart 1925 en van artikel 21 van het Executieverdrag van 27 september 1968 het Hof partijen verwijst naar de Arrondissementsrechtbank te Maastricht;

(...) In het arrest van 11 juni 1986 heeft het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, in het kader van een procedure tot echtscheiding, de volgende overweging gemaakt: «Het Gerechtshof is van oordeel dat de Nederlandse Rechtbanken onbevoegd zijn om kennis te nemen van de vraag tot het bekomen van dringende maatregelen in het kader van de echtscheidingsprocedure, zich hiervoor baserend op de vordering ingeleid door geïntimeerde op 24 oktober 1986 voor de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel. Overwegende immers dat de procedures ingesteld op basis van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek totaal verschillende rechtsgronden hebben van die in de rechtspleging voor de vrederechter aangezien vóór het inleiden van elke echtscheidingsprocedure door de vrederechter dringende en voorlopige maatregelen worden genomen enkel en alleen wanneer een der echtgenoten grovelijk zijn plichten verzuimt terwijl artikel 1280 Ger. W. toehoort voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheiding te bevelen teneinde de noodzakelijke stabiliteit van de partijen en hun kinderen gedurende deze procedure te verzekeren. Dat daarenboven de Vrederechter van het vierde kanton te Brussel zijn rechtsmacht reeds volledig had uitgeoefend met een beschikking die slechts liep tot 1 juni 1987, en hij ingevolge de neerlegging van het verzoekschrift tot echtscheiding op 16 april 1987 geen enkele bevoegdheid meer bezat. Overwegende dat, nu de procedure voorzien in Nederland op grond van het artikel 825/a van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging dezelfde oorzaak en hetzelfde voorwerp heeft als de procedure geregeld door artikel 1280 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek, kan deze rechtspleging niet gelijkgesteld worden met de rechtspleging ingesteld voor de vrederechter in België op grond van artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek daar, zoals reeds gezegd, de oorzaak van de beide vorderingen verschillend is.»

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

KORT GEDING - 11 JUNI 1986

Voorzitter: de h. Cauwe

Advocaten: mrs. Peeters en De Clerck

Stedebouw - Bevel tot staking van werk - Opheffing - Kort geding

Nu te dezen blijkt dat het niet gaat om het optrekken van een gebouw in de meest strikte zin van «bouwen», er slechts enkele minieme inbreuken zijn inzake het verbouwen en art. 44, § 1, onder 7, Stedebouwwet, geen toepassing vindt, beveelt de voorzitter in kort geding, beslissend krachtens art. 68 Stedebouwwet en niet krachtens art. 584 Ger. W., de opheffing van het bevel tot staking van het werk.

V. t/ Stad Torhout

A. Feitelijke gegevens

Eisers vordering strekt ertoe: verweerster te horen zeggen voor recht dat haar het recht ontzegd wordt tot het stilleggen van het werk of tot de verzegeling over te gaan van de gebouwen, eigendom van eiser en gelegen te Torhout, (...) bestaande uit twee woonhuizen, tuin, parking en fabrieksgebouwen; verweerster te horen zeggen voor recht dat het bevel tot stopzetting van het werk ingevolge het proces-verbaal BG nr. 66.78.96/86, bekrachtigd door de burgemeester op 3 februari 1986, opgeheven is overeenkomstig artikel 68 van de wet van 29 maart 1962.

Voorname gebouwen en bijhorende parking werden door eiser aangekocht bij openbare verkoping.

Eisers stelling is dat hij binnen de bestaande gebouwen dringend herstellingswerkzaamheden deed ten einde het redelijk vervallen complex weer bewoonbaar en gebruiksklaar te maken, zo bijvoorbeeld de herstelling van het lekkend dak, vernieuwing van de elektrische installatie, noodzakelijke bepleisteringswerken door het plaatsen van Gyproc-platen.

In een latere conclusie erkent eiser dat het zijn bedoeling is zijn jong en dynamisch distributiebedrijf genaamd «supermarkt V.» en gevestigd te Eernegem, uit te breiden en dat de aankoop van voornoemd complex te Torhout hiervoor bestemd was.

Verweerster houdt staande dat: het werk vergunningsplichtig is ingevolge artikel 44 van de wet van 29 maart 1962; het hier om bouw-, minstens verbouwingswerkzaamheden gaat en dus niet om loutere herstelwerkzaamheden; in ieder geval de wijzing van gebruik van bedoelde gebouwen een vergunning noodzakelijk maakt.

Dientengevolge werd door de politiecommissaris te Torhout op 31 januari 1986 een vaststelling van bouwmisdrijf opgemaakt die bekrachtigd werd bij besluit van 3 februari 1986 van de burgemeester. Volgens eiser kan een dergelijke vergaande maatregel, zoals stillegging van het werk, volgens de ratio legis alleen bevolen worden om onherstelbare schade te vermijden, hetgeen hier zeker niet het geval is.

B. Beoordeling

Uit de pleidooien en sommige stukken van het dossier blijkt dat deze zaak zich ontwikkeld heeft in een zekere pas-

sionele sfeer welke dient te worden verlaten om de belangen van beide partijen te beveiligen en in evenwicht te brengen.

De eerste belangrijke vraag is hier : welke vergunningen werden toegestaan en welke niet ?

1) Een exploitatievergunning werd eerst verkregen van de bestendige deputatie op 25 april 1985, doch ze werd uiteindelijk geweigerd na hoger beroep bij de gemeenschapsminister van Leefmilieu ;

2) Op 8 juli 1985 werd een aanvraag gedaan bij de gemeente tot het verkrijgen van een socio-economische machtiging voor het vestigen van een supermarkt te Torhout, (...) Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen werd dit eveneens geweigerd. Na hoger beroep bij het interministerieel comité (economische zaken – openbare werken – middenstand – gemeenschapsministerie binnenlandse zaken & ruimtelijke ordening) werd de weigeringsbeslissing van de stad ongedaan gemaakt. Met andere woorden eiser beschikt op dit ogenblik wel over een volkomen wettige machtiging tot het vestigen van een supermarkt.

3) Ten slotte is er een bouwaanvraag ingediend op 30 januari 1985. Men stelt met zekere ontsteltenis vast dat die vergunning reeds twee dagen later werd geweigerd. Gezien de zeer gewichtige aard van deze zaak waarmee enorme investeringen gemoeid zijn, kan men zich afvragen of deze zaak hier met voldoende ernst, met volledige kennis van zaken en met de goede wil die elke burger van de administratie kan verwachten, werd bekeken.

De kern van het probleem is hier of het stilleggen van het werk en/of het verzegelen van de gebouwen hier wettig en noodzakelijk waren. Het is immers evident dat men een manifeste inbreuk op de stedenbouw kan hebben, die echter dergelijke radicale maatregelen niet wettigen.

Men kan aldus analyseren of er een bouw misdrijf is geweest en van welke aard dit misdrijf geweest kan zijn, dus met welke gevolgen.

1) Het eigenlijk bouwen komt hier niet in aanmerking. Aan de buitenkant werd niets gewijzigd. De eventuele aanleg van een parkeerplaats komt hier wel voor in aanmerking. Deze is echter nog niet gebeurd. Ook dit hoort meer thuis bij punt 2 infra.

2) Verbouwingswerkzaamheden : hier moet men vaststellen dat de rechtspraak divergeert wat betreft dit begrip. Met wat gezond verstand kan men hier aannemen dat er een paar minieme inbreuken hieromtrent werden gepleegd : namelijk het vervangen van twee grote ramen door ramen tot aan de grond en het dicht metselen van enkele vensters. Men ziet echter hoegenaamd niet in waarom voor dergelijke minieme inbreuken een zo drastische maatregel dient te worden genomen, waardoor eiser miljoenen schade kan lijden. Het ene belang (eerbiediging van de wet met het bekende optreden) staat hier niet in verhouding tot het andere (enorme schade voor vergunningsplichtige). De overige werkzaamheden kunnen immers worden beschouwd als herstellingswerkzaamheden en opnieuw bruikbaarmaking wegens leegstand.

3) Wijziging van het gebruik van vergunde gebouwen. Het is duidelijk dat de bestemming van de gebouwen ingrijpend zal worden gewijzigd, namelijk van fabrieksgebouw naar distributiebedrijf (groot warenhuis). Het is echter ook zeer de vraag : was in dit specifiek geval een vergunning hiervoor nodig ? Men dient hier allereerst vast te stellen dat deze rubriek opgenomen is in het decreet van de Vlaamse Raad van 28 juni 1984, houdende aanvulling van de wet van 29

maart 1962, houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw. Art. 78, onder 7, vult artikel 44, § 1, van de wet op de stedenbouw aan met «het gebruik van vergunde gebouwen wijzigen voor zover deze wijziging is opgesomd in een van de door de Vlaamse Executieve vast te leggen lijst». Die lijst van vergunningsplichtige gebruikswijzigingen zal opgesteld worden met de bestemmingen van voorlopig opgestelde ontwerp-gewestplannen, van vastgestelde gewestplannen, van algemene plannen van aanleg, de ruimtelijke weerslag op de onmiddellijke omgeving. In dit alles is nergens sprake van een bijzonder plan van aanleg. Dit doet onmiddellijk het vermoeden rijzen dat er geen vergunningsplicht bestaat wanneer de bestemmingswijziging plaatsheeft in een zone van BPA en overeenkomstig dit BPA. De voorbereidende werkzaamheden en de memorie van toelichting, bevestigen deze stelling. Op dit gebied kan er dus geen inbreuk op stedenbouw zijn geweest. Op zijn minst dient vastgesteld te worden dat de wet hier onduidelijk is en de gegronde twijfel moet eveneens gelden ten voordele van de gebeurlijke vergunningsplichtige.

Ten slotte is er een uitbreiding van de eis teneinde de schade te begroten en de winstderving te bepalen.

Uit al het voorgaande blijkt dus dat : men niet kan spreken van het optrekken van een gebouw in de meest strikte zin van «bouwen»; de parkeerplaats is nog niet aangelegd ; er enkele weinig belangrijke inbreuken bestaan inzake het verbouwen, meer bepaald het veranderen in de configuratie van enkele deuren en vensters ; wat betreft de wijziging in gebruik van de vergunde gebouwen, er in casu geen vergunningsplicht bestaat en er dus op dit punt ook geen inbreuk kan zijn.

Om die redenen,

Zeggen voor recht dat verweerster het recht ontzegd wordt om op de aangebrachte gronden en motieven over te gaan tot de stillegging van het werk of de verzegeling van de gebouwen, toebehorend aan eiser en gelegen te Torhout, (...), bestaande uit twee woonhuizen, tuin, parking en fabrieksgebouwen ; zeggen voor recht dat het bevel tot stopzetting van het werk ingevolge proces-verbaal BG 66.78.96/86 van 31 januari 1986, bekrachtigd door de burgemeester van Torhout op 3 februari 1986, overeenkomstig artikel 68 van de wet van 29 maart 1962, opgeheven is ; verklaren de vordering tot aanstelling van een deskundige niet toelaatbaar bij gemis aan hoogdringendheid en aangezien deze vordering steunt op onze gewone bevoegdheid (art. 584 Ger. W.);

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

1e KAMER – 9 MEI 1988

Voorzitter : de h. Petit

Rechters in sociale zaken : de hh. Roovers en Pottie

Advocaten : mrs. Mertens en Cornut loco Van de Put

Arbeidsongeval – Arbeidsongevallenrente – Beperking – Cumulatie met pensioen – Ten onrechte ontvangen sommen – Fonds voor Arbeidsongevallen – Terugvordering – Ambtshalve inhouding

Wanneer de getroffene van een arbeidsongeval een pensioen geniet keert de verzekeraar de arbeidsongevallenrente uit aan het Fonds voor Arbeidsongevallen, dat op zijn beurt die rente, verminderd met het pensioen, aan de getroffene stort. Van de getroffene die van de verzekeraar ten onrechte de arbeidsongevallenrente heeft ontvangen, mag het Fonds voor Arbeidsongevallen het onverschuldigde terugvorderen en, wanneer die terugvordering niet wordt betwist, overeenkomstig art. 1410, § 4, Ger. W. ambtshalve inhoudingen verichten op het nog verschuldigde bedrag.

J. t/ Fonds voor Arbeidsongevallen

In feite

De echtgenoot van eiseres werd op 15 november 1983 in dienst van de N.V. S. door een dodelijk arbeidsongeval getroffen. De N.V. R., verzekeraar tegen het risico van arbeidsongeval, keerde aan eiseres een jaarlijkse rente uit, betaalbaar met vierden. (...)

Tevens verkreeg eiseres vanaf 1 november 1983 een overlevingspensioen (...)

Aangezien artikel 2 van het koninklijk besluit van 13 januari 1983, genomen ter uitvoering van artikel 42bis van de Arbeidsongevallenwet, de cumulatie tussen een arbeidsongevallenrente en een overlevingspensioen beperkt, ontving eiseres van 1 april 1986 af nog slechts een nettorente van 22.652 fr. per kwartaal, betaald door het Fonds voor Arbeidsongevallen, verweerder.

De met cumulatie genoten vergoedingen tussen 15 november 1983 en 1 april 1986 werden door het Fonds voor Arbeidsongevallen teruggevorderd. (...) Eiseres werd voor de terugvordering bij aangetekend schrijven van 17 april 1986 in gebreke gesteld.

Het Fonds verrichtte hiertoe een inhouding van 10% op de driemaandelijke rente of 2.265 fr. op 22.652 fr., waarvan de wettigheid door de advocaat van eiseres bij brief van 1 juli 1986 betwist werd. Het Fonds rechtvaardigde de gedane inhouding met verwijzing naar artikel 1410, § 1, 5°, Ger. W. (brief van 25 september 1986).

In rechte

(...)

a) De taak van het Fonds voor Arbeidsongevallen

Volgens artikel 42bis, tweede lid, Arbeidsongevallenwet, als gewijzigd bij K.B. nr. 128 van 30 december 1982, wordt het Fonds voor Arbeidsongevallen, bij cumulatie, in de rechten van de rechthebbende gesteld. Concreet wil dit zeggen dat het gedeelte van de rente die eiseres niet mag cumuleren met een pensioen een bron van inkomsten van het Fonds wordt (zie art. 59, 8°, Arbeidsongevallenwet). Het Fonds ontvangt de volle rente van de verzekeraar en betaalt de verminderde rente uit in de plaats van de verzekeraar.

Volgens artikel 4, tweede lid, van het koninklijk besluit van 13 januari 1983 verwittigt het Fonds de verzekeraar vanaf welk ogenblik de jaarlijkse rente overgemaakt moet worden. Het betreft dus een regeling voor de toekomst, en wanneer de verzekeraar te laat verwittigd wordt, zoals in het onderhavige geval, heeft de verzekeraar ondertussen geldig betaald. Het Fonds kan zich dan slechts tegen de rechthebbende van de rente keren, zoals hier gebeurd is. De verzekeraar moet immers geen rente meer uitbetalen.

b) De terugvordering van het onverschuldigde betaalde

Artikel 42bis, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet, ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 2 juli 1981, heeft de Koning gemachtigd om een in ministerraad overlegd besluit te nemen waarbij de cumulatie van arbeidsongevaluitkeringen met andere sociale-zekerheidsprestaties geregeld wordt. Dit geschiedde bij koninklijk besluit van 13 januari 1983.

De regel van niet-cumulatie kan dus meebrengen dat een rechthebbende te veel ontvangt of ontvangen heeft (vgl. art. 1410, § 4, Ger. W.).

De terugbetaling van het onrechtmatig ontvangene geschiedt dan op grond van het Burgerlijk Wetboek, dat deze kwestie op ongeordende wijze regelt (artt. 1235 en 1376 tot 1381 B.W.). Vroeger beschouwd als een quasi-contract, later als een toepassing van de door de rechtspraak en het gewoonterecht opgebouwde rechtstheorie van de vermogensverschuiving zonder oorzaak (zie bv. Arbh. Luik, 20 mei 1983, *T.S.R.*, 1983, 401; Rb. Tongeren, 9 december 1966, *R.W.*, 1966-67, 1968), wordt thans in de terugbetaling van het onrechtmatig genotene zonder meer een wettelijke verplichting gezien (zie Leclercq, J., «Réflexions sur un principe général de droit : la répétition de l'indu», *J.T.*, 1976, 105 e.v.). Wie iets ontvangt dat hem niet verschuldigd is, moet het aan de persoon die het onverschuldigde betaalde, teruggeven.

De vordering wegens vermogensverschuiving of baattrucking (actio de in rem verso) komt hier niet van pas. Deze vordering heeft een subsidiair karakter en kan slechts ingesteld worden indien de eiser over geen enkele andere rechtsovervordering beschikt, wat hier niet het geval is.

Er ontstaat een verplichting tot terugbetaling 1° wanneer er een betaling was, 2° van een onverschuldigd iets (Cass., 12 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 537; Cass., 28 juni 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1531; Cass., 15 september 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 42, met conclusie in *Pas.*, 1984, I, nr. 29).

Er is ook onverschuldigde betaling wanneer een betaling van een prestatie die geldig is gebeurd aan de rechthebbende, achteraf onverschuldigd blijkt, zoals in het onderhavige geval (Leclercq, J., «La répétition de l'indu dans le droit de la sécurité sociale», *T.S.R.*, 1975, 396, nr. 4 in fine, 404, nr. 21, 3).

c) De titel tot terugvordering

Eiseres kan haar verplichting tot terugbetaling vrijwillig uitvoeren. Doet zij dat niet, dan is een terugvordering eerst mogelijk na voorafgaande ingebrekestelling en het verkrijgen van een uitvoerbare titel (vgl. Leclercq, J., *a.w.*, 412, nr. 35).

Eiseres werd in gebreke gesteld bij aangetekend schrijven van 17 april 1986, verstuurd door verweerder, en tevens ingelicht over de reden, de juridische grondslag en het bedrag van de terugvordering. Wel moet vastgesteld worden, onder voorbehoud van wat verder over art. 1410, § 4, Ger. W. wordt gezegd, dat verweerder over geen uitvoerbare titel beschikt. Dit vraagt het Fonds bij tegeneis.

d) De toelaatbaarheid van de tegeneis

Hoewel in beginsel de eis tot terugbetaling van het onverschuldigde verjaart na dertig jaar (art. 2262 B.W.), geldt inzake de Arbeidsongevallenwet een kortere termijn (art. 69 Arbeidsongevallenwet). Die verjaringstermijn van drie jaar vangt aan de dag van de onverschuldigde betaling of de dag dat de betaling onverschuldigd wordt en niet de dag waarop

het feit vastgesteld wordt (art. 2257 B.W.; Leclercq, J., *a.w.* 398, nr. 7).

Die verjaring wordt gestuit op de gewone wijze (art. 70 Arbeidsongevallenwet), d.i. door een dagvaarding, een bevel of een beslag (art. 2244 B.W.) of een bekentenis van de schuldenaar (art. 2248 B.W.), doch bovendien door een ter post aangetekende brief (zelfde artikel). In de onderhavige zaak heeft verweerder met de aangetekende brief van 17 april 1986 de verjaring gestuit.

e) De gegrondheid van de tegeneis

In tegenstelling met de mening van eiseres, is de tegeneis gegrond om de redenen uiteengezet onder punt b.

Door de tegeneis gegrond te verklaren verleent de arbeidsrechtbank aan verweerder de mogelijkheid een uitvoerbare titel te verkrijgen (vgl. Leclercq, J., *a.w.*, 412, nr. 35).

f) De interesten

Verweerder vraagt wettelijke moratoire interest (en gerechtelijke interest).

Hiermee bedoelt verweerder moratoire interest tegen de wettelijke interestvoet.

Uit artikel 1378 B.W., waarbij bepaald wordt dat hij die te kwader trouw sommen ontvangt, niet alleen het kapitaal moet teruggeven maar ook de interesten of de vruchten te rekenen van de dag van de (onverschuldigde) betaling, wordt afgeleid dat degene die de betaling heeft ontvangen te goeder trouw, geen interesten moet betalen (De Page, H., d. III, 1967, nr. 20, blz. 28-29).

Dit standpunt werd betwist.

Volgens de voorbereidende werkzaamheden in verband met het Burgerlijk Wetboek, moet degene die te goeder trouw sommen ontving, die moeten worden terugbetaald, slechts interest betalen vanaf de aanmaning of de dagvaarding tot terugbetaling (Vigneron, R., «Le nouveau régime de l'intérêt légal et le régime des intérêts octroyés en justice», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1971, 83).

Verweerder kan dus aanspraak maken op interest vanaf 17 april 1986.

g) Wat betreft art. 1410, § 4, Ger. W.

Artikel 1410, § 4, eerste lid, Ger. W. luidt als volgt: «In afwijking van de bepalingen van de §§ 1 en 2 kunnen de prestaties die ten onrechte werden uitgekeerd zijn uit de middelen van de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid, van het Nationaal Pensioenfonds voor mijnwerkers, van de Hulpkas en Voorzorgskas voor zeevarenden onder Belgische vlag, van het Fonds voor de beroepsziekten, van het Fonds voor arbeidsongevallen, van de openbare of particuliere instellingen belast met de toepassing van de wetgeving betreffende het sociaal statuut van zelfstandigen of van de Dienst voor overzeese sociale zekerheid, hetzij uit de middelen die ingeschreven zijn in de begroting van het Ministerie van Sociale Voorzorg of uit de inschrijving in de begroting van Pensioenen met het oog op de toekenning van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, ambtshalve teruggeëind worden tot beloop van 10 pct. van iedere latere prestatie ten gunste van de gerechtigden of hun rechthebbenden». (Deze tekst werd gewijzigd bij art. 31 van de wet van 29 juni 1981 dat echter nog niet in werking, trad.)

De term «ambtshalve» betekent dat de uitbetalingsinstelling zonder de gewone regelen inzake beslag te moeten volgen de inhouding kan verrichten.

Artikel 1410, § 4, Ger. W. wijkt af van de artikelen 1386 en 1494 Ger. W. (en ook van de artikelen 1409 en 1410, §

1, 5°, Ger. W.). De sociale openbare diensten behoeven dus niet over een uitvoerbare titel te beschikken om een inhouding te verrichten (Arbh. Bergen, 20 januari 1982, *J.T.T.*, 1982, 368, met noot; Arbh. Antwerpen, 1 maart 1979, *J.T.T.*, 1981, 87; Arbh. Brussel, 16 januari 1974, *T.S.R.*, 1975, 46 en *T.S.R.*, 1974, 483 (*a contrario*)). Een eenzijdige administratieve beslissing is verbindend voor de rechtsonderhorige. Administratieve beslissingen behoeven geen formulier van tenuitvoerlegging (art. 30 G.W. en art. 1386 Ger. W.).

Bovendien wordt die beslissing geacht in overeenstemming met de wet getroffen te zijn (zgn. «*privilege du préalable*»; Arbrb. Charleroi, 18 september 1975, *T.S.R.*, 1976, 231; Mast, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent-Leuven, 1981, 8e uitg., nrs. 7 en 8, blz. 7).

De rechtsonderhorige kan met deze beslissing instemmen of niet. Stemt hij niet in, dan moet de administratie zich in beginsel tot de rechter wenden, behoudens uitzonderingen zoals bv. art. 1410, § 4, Ger. W. of het fiscaal dwangbevel.

Doch art. 1410, § 4, kan niet toegepast worden wanneer de schuldvordering betwist wordt, tenzij de schuldeiser over een definitieve rechterlijke beslissing beschikt waarbij de terugvordering bevolen wordt (Arbh. Bergen, 25 juni 1976, *T.S.R.*, 1976, 412; Leclercq, J., *a.w.*, *T.S.R.*, 1975, 421, nr. 59, en *T.S.R.*, 1976, 451, nr. 23).

Heeft eiseres de administratieve beslissing aangevochten? Na het ontvangen van de administratieve beslissing van verweerder, betekend op 17 april 1986, waarbij haar uitgelegd wordt waarom zij moest terugbetalen en hoeveel, heeft haar advocaat bij brief van 1 juli 1986 gereageerd. In dit schrijven komen de volgende gegevens voor: de late terugvordering komt onaangenaam over; art. 1410, § 4, Ger. W. is niet toepasselijk omdat het niet gaat om sommen uitgekeerd door het Fonds; de ingeroepen artikelen verschaffen geen enkel wettelijke grondslag voor terugvordering.

Het Fonds antwoordt op 25 september 1986.

Hieruit blijkt dat eiseres de gegrondheid van de terugvordering en het bedrag van de schuldvordering niet betwist doch de wijze van terugvordering. In haar dagvaarding stelt zij alleen «dat deze afhoudingen zonder dat deze gebaseerd zijn op enige rechtsgrond» zijn verricht. Zoals uiteengezet laat artikel 1410, § 4, Ger. W. toe dat het Fonds, wanneer zijn administratieve beslissing niet ten gronde aangevochten wordt, ambtshalve terugvordert.

Eiseres is wel de mening toegedaan dat de terugvordering geen toepassing vindt daar het niet om prestaties gaat die ten onrechte uitgekeerd zijn uit middelen van het Fonds. Zoals hierboven uiteengezet onder punt a, wordt het gedeelte van de rente dat eiseres krachtens artikel 42bis van de Arbeidsongevallenwet niet meer mocht genieten, een middel van het Fonds. Middelen betekent volgens Van Dale o.m. geldmiddelen, inkomsten. Welnu vermeld deel van de rente is een bron van inkomsten voor het Fonds (zie art. 59, 8°, Arbeidsongevallenwet). Het gaat dus om middelen van het Fonds.

De vordering van eiseres komt dan ook ongegrond voor.

h) Wat betreft de billijkheid van de terugvordering

Eiseres oordeelt dat die inhouding met terugwerkende kracht onbillijk overkomt.

Daar eiseres geen fout bij verweerder aantoonst en ook geen schadevergoeding vordert, kan de arbeidsrechtbank zich over dit billijkheidsargument niet uitspreken.

Wel staat artikel 60bis, § 1, van de Arbeidsongevallenwet het Fonds toe af te zien van het geheel of een gedeelte van de terugvordering. Eiseres moet daarvoor een aanvraag tot het Fonds richten.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Kh. Gent (Voorz.), 13 september 1988

Handelspraktijken - Afbrekende reclame - Eigenrichting

Verweerster, die een bloemenzaak exploiteert, kocht bij eiser een bestelwagen. Na defect werd een ruilmotor in de wagen geplaatst, die op zijn beurt defect raakte. Daarop bracht verweerster volgende tekst op de auto aan in rode letters: «Deze wagen werd gekocht bij Q.-A. te L. - In november '87: aankoopprijs: 160.000 BF - In maart '88: nieuwe motor - kostprijs: 61.683 BF - In juli '88: nieuwe motor - Kostprijs: 134.000 BF - Q.-Service?»

Eiser vordert een verbod van deze praktijk op grond van de artt. 20 en 54 W.H.P. Voorts vordert de eiser dat hem akte verleend wordt van zijn voorbehoud ten gronde vergoeding te vorderen voor alle nadelen hem door de handelwijze van de verweerster berokkend. Ten slotte vraagt hij de publicatie van het te wijzen vonnis.

«1. Denigrerende, of afbrekende handelspubliciteit met handelsdoeleinden is maar een bijzonder geval van slechtmaking gesanctioneerd door art. 20, 2°, W.H.P. Het louter afkammen van een handelaar echter, wars van elke vergelijking, in de mate waarin deze slechtmaking met de eerlijke handelsgebruiken strijdig is, mag worden bestreden door een vordering tot staken gestoeld op de algemene bepaling van art. 54 W.H.P., zoals te dezen, en zonder dat het bovendien noodzakelijk is dat de gedingvoerende partijen concurrenten zijn (Schricker, Francq en Wunderlich, *La répression de la concurrence déloyale*, B II/1, nr. 377, bl. 434; *T.P.R.*, 1983, Overz. v. rechtspr. (1976/1982) - De wet op de handelspraktijken, nr. 235; De Vroede en G.L. Ballon, *Handelspraktijken nr. 1183*).

«2. De gewraakte tekst komt ons voor als een beledigende aanval op de commerciële faam van de eiser als garagehouder en kan mitsdien zijn beroepsbelangen schaden. Immers, zonder vooraf het onderzoek en de berechting af te wachten van een geding dat zij zelf voor de rechtbank van koophandel alhier op gang bracht uit hoofde van de met de ruilmotor ondervonden hinder met als voorwerp het vorderen van een schadebedrag, subsidiair een deskundigenonderzoek, stelt verweerster de eiser in een ongunstig daglicht door met vermelding van de vervanging van de ruilmotor tot tweemaal toe, de slechte kwaliteit van de door hem verkochte motor te doen uitkomen en vervolgens minachtend te zinspelen op de handelsbenaming waaronder de eiser handel drijft. Verre van een objectief zelfverweer te voeren, te meer daar haar door de eiser zowel vóór als na het inleiden van evengemeld voor de rechtbank hangend geding, een verkeerde rijwijze ten laste wordt gelegd, heeft de geïncrimineerde tekst commerciële bedoelingen als achtergrond zegge het schaden van eisers beroepsbelangen. Uit vorenstaande beschouwing blijkt dat ook de nieuwe tekst die de verweerster heeft aan-

gebracht en waarbij slechts de zinspeling op eisers handelsbenaming is weggelaten, zijn denigrerend karakter behoudt.

«3. De vordering is dan ook gegrond met inbegrip van de gevorderde bekendmaking van dit vonnis, evenwel beperkt tot het dictum, die passend is om de nawerking van de geïncrimineerde handelspraktijk van de verweerster te neutraliseren.

«4. Er is geen reden om de eiser van zijn voorbehoud tot het vorderen van een vergoeding voor de te lijden schade akte te verlenen nu een vordering ten gronde, strekkende tot schadeloosstelling, het voorwerp moet uitmaken van een afzonderlijk geding (Antwerpen, 9 februari 1978, *B.R.H.*, 1978, 430).» (Voorzitter: de h. Matthys - Advocaten: mrs. D'Hulst en Rodrigues - In de zaak V.t.W.)

NOOT - Eigenrichting door ontevreden auto-eigenaars

Dat auto-eigenaars hun ontevredenheid over het door hen gekochte voertuig uiten door antireclame, komt wel eens meer voor (Rb. Rotterdam, 26 febr. 1974, *N.J.*, 1974, 378; LG Kempen, 30 nov. 1972, *Der Betriebs-Berater*, 1973, 163; LG Berlin, 2 dec. 1975, *Der Betrieb*, 1976, 528. Vgl. Cass. comm., 15 juli 1970, *D.*, 1971, *Jur.*, 122, *J.C.P.*, 1970, nr. 16.559: aanplakking in vitrine). Soms neemt deze de vorm aan van een oproep om problemen of nare ervaringen mee te delen. Beide kunnen wegens de gebruikte bewoordingen of het gekozen medium onrechtmatig zijn (zie naast de reeds vermelde rechtspraak: Cass. civ., 23 nov. 1972, *Gaz. Pal.*, 1973.1.417, *Bull. Cass.*, 1972.2.247: oproep via advertenties; Voorz. Kh. Bergen, 12 nov. 1982, onuitgegeven, geciteerd bij De Vroede, P. en Ballon, G.L., *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1986, nr. 510: affiche op een voertuig), net als de oproep tot boycot, uitgaand van een individu (Tr. Comm. Lyon, 19 febr. 1932, *Ann. Prop. Ind. Lit. Art.*, 1933, 167).

Gaat het om particulieren, dan kan op art. 1382 B.W. gesteund worden of, als de gebruikte bewoordingen daartoe aanleiding geven, op art. 443 Sw. i.v.m. laster (vgl. Gent 27 juni 1983, *Tijds. Brugse Rechts.*, 1984, 56, i.v.m. een eenmansbetoging). Is de eigenaar een handelaar, dan kan op art. 20, 2°, en 54 W.H.P. gesteund worden (Voorz. Rb. Bergen, 12 nov. 1982, geciteerd).

In elk van deze gevallen gaat het om een vorm van eigenrichting die, behoudens rechtvaardiging, in beginsel onrechtmatig is (zie Dirix, E., «Eigenrichting in het privaatrecht», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 597-607).

G.L. Ballon

BOEKEN

P. LAURS, Recht voor psychiatrische patiënten, Gouda Quint b.v., Arnhem, 1988

Het voorliggende boek is door de auteur op 28 september 1988 aan de Rijksuniversiteit Utrecht als proefschrift verdedigd. Het is van belang dit te weten want de titel van het boek zou kunnen misleiden. Het gaat dus niet om een boek waarin alle mogelijke rechtsregels worden besproken waarmee psychiatrische patiënten en hun hulpverleners, familieleden, vertegenwoordigers enz. mee kunnen te maken krijgen. Als proefschrift is het de neerslag van een wetenschappelijk onderzoek. Dat blijkt overigens uit de ondertitel: «Een

onderzoek naar de rechtsbescherming voor in psychiatrische ziekenhuizen opgenomen patiënten». Toch dekt ook die ondertitel nog niet helemaal de lading. Een goede titel vinden voor een (juridisch) boek is inderdaad geen sinecure. Het gaat niet om een empirisch onderzoek naar deze rechtsbescherming maar, zo leert het voorwoord, een onderzoek naar «welke bescherming de wet dient te bieden aan mensen die worden geconfronteerd met onvrijwillige opname en onvrijwillig verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis». Het adjectief «onvrijwillig» leert ons opnieuw iets dat in de (onder)titel nog niet tot uiting kwam.

Daarmee is in het algemeen aangeduid wat het onderwerp van dit boek is. Het belang van dit onderwerp kan ook voor het Belgische recht moeilijk worden overschat. Onvrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten – bij ons gecollocerden genoemd – bevinden zich in een juridisch dubbelzinnige situatie. Handelsbekwaam, maar het vermoeden van nietigheid dat rust op de verrichte handelingen leidt tot handelingsonbekwaamheid, althans zo wordt het in de praktijk ook begrepen en soms verkondigd in juridische geschriften. Tweede oorzaak van dubbelzinnigheid: de onvrijwilligheid slaat op de opname maar wordt in de praktijk, en opnieuw in juridische geschriften, uitgebreid tot de behandeling. Derde oorzaak van dubbelzinnigheid: plaatsingen die niet onvrijwillig zijn, zijn dus vrijwillig. Hoewel van een vrij gegeven toestemming voor opname en plaatsing dikwijls geen sprake zal zijn. Vele vrijwillig opgenomen patiënten zijn feitelijk gecollocerden. Wordt het, ook in België, niet langzaam tijd deze dubbelzinnigheid, die in dit geval zeker niet in het voordeel van de meest direct betrokkenen kan worden uitgelegd, op te heffen? Binnenkort zal het twintig jaar geleden zijn dat een ontwerp tot herziening van de krankzinnigenwet van 1850 bij het Parlement werd ingediend. Wat betekent «rechtsbescherming» wanneer het eindarrest over een verzoekschrift bij de Raad van State dat in 1962 werd ingediend door iemand die zich ten onrechte gecollocerd achtte, in 1987 werd gewezen?

Aan wie belangstelling heeft voor dit soort vragen en de problematiek die erachter schuilgaat – iemand heeft hulp nodig maar wijst die hulp af en, paradoxaal, moet worden geholpen: een paradox die het recht niet kan opheffen – kan dit boek van Laurs ten eerste worden aanbevolen. Om meerdere redenen. Grosso modo is de beschreven dubbelzinnigheid in de juridische situatie waarin onvrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten zich bevinden, ook geldig in Nederland. Ook in dat land worstelt men al bijna twee decennia met de herziening van een wetgeving uit de vorige eeuw. Een wetgeving waarvan overigens vaststaat dat zij een toets aan het E.V.R.M. niet weerstaat (cf. Winterwerparrest). Dat geldt trouwens evenzeer voor de Belgische wetgeving, hoewel het Europees Hof tot op heden niet de gelegenheid heeft gehad zich daarover uit te spreken. Een belangrijk verschil tussen de situatie in beide landen is wel dat in Nederland wetgevende initiatieven zijn genomen om de juridische positie van de patiënt in het algemeen (behandelingsovereenkomst: medische experimenten e.d.) te regelen. Laurs heeft de moeite genomen om zijn studie in dit ruimere kader te plaatsen.

Wat het informatieve aspect betreft verdient dit onderzoek applaus. Minder enthousiast ben ik over het analytische aspect. Wat mij is opgevallen bij het doorworstelen van dit boek – 383 blz. klein lettertype, dicht beschreven bladzijden – is wat ik zou willen noemen de voorspelbaarheid. Het boek wemelt van de herhalingen, samenvattingen, in- en uitleidingen waarin het allemaal nog eens op een rijtje wordt gezet. Didactisch, zeker, maar ook wel eens vervelend. Tot daar aan toe. Meer storend is het volgende: de auteur schetst in hoofdstuk 4 twee visies op rechtsbescherming uit de psychiatrie: een zgn. traditionele en een zgn. radicale visie. Hoewel de auteur zelf erkent dat er tussen beide visies in talrijke overgangsvormen voorkomen, hanteert hij beide visies toch als extremen. Begrijpelijk is dat de auteur positie kiest tussen beide in, maar vanaf dat moment weet de lezer ongeveer wel welke richting het onderzoek zal uitgaan. Het wordt dan allemaal vrij herkenbaar: niet te veel van het ene en niet te weinig van het andere. Daar staat wel tegenover dat aan de auteur niet kan worden verweten dat de voorstellen die hij doet in hoofdstuk VI om een nieuwe wettelijke regeling te ontwerpen in het algemeen ver af zouden staan van de werkelijkheid en de haalbaarheid.

Herman Nys

Aangekondigd

D.J. HESSING, *De regels van het spel*, Arnhem, Gouda Quint, 26 p., 17,50 fl.

H. COHEN-JEHORAM, M.W.B. ASSCHER (red.), *Uitgeefovereenkomsten. Een praktijkboek voor uitgever en auteur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 184 p., 57,50 fl.

W. DAEM, E. BREWAEYS (ed.), *De advocatenvennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 166 pp., 995 fr.

L. DE BROE, *Tax and accounting aspects of leasing under Belgian law and the Belgian-US tax treaty*, Brussel, Bruylant, 300 p., 2.510 fr.

C. YSEBAERT, A. COPPENS, *Europees zakboekje 1989*, Antwerpen, Kluwer, 332 p., 1.190 fr.

E. VAN DE VELDE, *Financiële gevolgen van de staatshervorming*, Brugge, Die Keure, 76 p., 595 fr.

G.A.M. STRIARDS, *Uitlevering* (Studiepockets strafrecht nr. 17), 196 p., 49,50 fl.

T.H.J.G. VAN SLOUN, *De schuldvraag in het kinderstrafrecht*, Deventer, Kluwer-Arnhem, Gouda Quint, 308 p., 75 fl.

F. DELPEREE, Y. LEJEUNE (ed.), *La collaboration de l'état, des communautés et des régions dans le domaine de la politique extérieure*, Collection droit public, volume 6, Louvain-la-Neuve, Academia / Brussel, Bruylant, 182 p.

N. LEMPEREUR, P. GUILMOT, *Les fluctuations de la criminalité en Belgique*, Tome III, 1970-1975 et 1980, Brussel, Bruylant, 360 p., 1.400 fr.

Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation, Brussel, Bruylant, 184 p.

J. NAVEAU, M. GODFROID, *Précis de droit aérien*, Brussel, Bruylant, 352 p., 2.985 fr.

I. VAN LOOCK, *Tewerkstellingsflexibiliteit in lokale besturen*, Brugge, Die Keure, 276 p., 1.200 fr.

MEDEDELINGEN

Vereniging van Verzekeringsjuristen

Op donderdag 26 januari 1989 te 18u30 houdt de Vereniging van Verzekeringsjuristen in het gebouw van de Belgische Lloyd, J. Van Rijkswijcklaan 162 te Antwerpen, haar derde voordracht van dit werkjaar met als thema: "Schaderegelingen en schaderegelingsovereenkomsten". Spreker is de heer P. Scheerlinck, onder-directeur van de Belgische Lloyd.

Inlichtingen: mevr. Chr. Willems, tel. 03/217.54.90.

TIJDSCHRIFTEN

Nederlands Juristenblad, 1988

nr. 1, 9 januari.

Redactie, Nieuw in het N.J.B. in 1988; Frankema, H. en Rademaker, J., Informatieverstrekking tussen het openbaar ministerie en de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond; Polak, J.M., Wetgevingsjuristen; De Hoog, P.A., Naar een werkelijke rechtsbescherming voor medisch gelaedeerden (enkele kanttekeningen bij Hoge Raad, 3 april 1987); Widdershoven, R.J.G.M., Verdere tenuitvoerlegging van de rechterlijke organisatie; van Maarseveen, Petities scoren hoog; Schilder, A.E., Wijziging van de ontwerpwet openbare manifestaties: de gemeenteraad per ongeluk gepasseerd?; de Winter, R., Het juridisch forum (met naschrift van van Maarseveen, H.); Rechtspraak Hof van Justitie E.G. en Hoge Raad; X., Nieuws: Verlaging van de meerderjarigheids grens tot 18 jaar; Curulatie van beschermingsconstructies geoorloofd; Aids-test bij aspirant-verzekerde zou aanvaardbaar zijn; Overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen; Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen; Verhoging strafmaxima ontvoering; Aansprakelijkheid kernongevallen; X., Kort Nieuws; X., Kamervragen: verstrekkingen in natura m.b.t. kinderopvang.