

HET MARKTONDERZOEK ALS BEWIJSMIDDEL INZAKE MERKHERKENBAARHEID EN MERKASSOCIATIES

I. INLEIDING

A. De Belgische Situatie

Op 15 november 1983 werd voor het eerst in de Belgische rechtspraak, op basis van een marktonderzoek, geoordeeld dat «de gele kleur in de babyshampoomarkt een zo sterk herkenningssignaal heeft dat ruim 85% der ondervraagde personen de gele kleur van een babyshampooverpakking zonder enige aarzeling en spontaan *associëren* met het Zwitsal-babyshampoooprodukt door eiseres op de markt gebracht¹».

Een zelfde redenering kan ook teruggevonden worden in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 5 februari 1985, waarin werd geoordeeld dat «*het onderscheidend vermogen* van de Cointreau-fles en de inburgering ervan bevestigd worden door een *marktonderzoek* verricht door de N.V. Marketing Unit in België in april 1981, waaruit bleek dat 51% van de ondervraagde personen aan wie een vierkante fles zonder etiket noch inschrift werd vertoond deze fles associeerden met Cointreau, terwijl dit percentage tot 64% steeg, wanneer de naam Cointreau werd vermeld²».

De inleidende dagvaarding in deze zaak dateerde van 28 januari 1983. Het marktonderzoek werd dus vóór de aanvang van de procedure uitgevoerd, hetgeen de geloofwaardigheid ervan uiteraard ten goede komt (zie hierover III, D, 1°, nummer IV).

In een meer recent, maar onuitgegeven, vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, werd een groot onderscheidingsvermogen van het Levis-merk aangenomen op basis van het door Levis Strauss & Co voorgebrachte marktonderzoek³.

Toch is het niet zo dat de rechtspraak de bevindingen van een marktonderzoek steeds aanvaardt en in de motivering van haar beslissing overneemt. Een bijzonder kritische toepassing van het bij een dergelijk onderzoek in aanmerking te nemen «publiek» is te vinden in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 23 maart 1987: «Dat dit *bekendheidsonderzoek* echter enkel is uitgevoerd bij sportbeoefenaars en niet bij '*het publiek*', aangezien in elk van de in aanmerking komende gezinnen, het gesprek gevoerd is met de jongst aanwezige sporter van twaalf jaar of ouder; dat 59%

van de aangesproken huishoudens geen sportbeoefenaars telden en daarom niet zijn ondervraagd».

Het hof kende geen enkele bewijswaarde toe aan het voorgebrachte marktonderzoek en verklaarde de telastlegging van een merkenrechtelijke inbreuk niet bewezen⁴.

Maakt de Belgische rechtspraak al eens gebruik van een marktonderzoek om een inbreuk op merkrechten te staven, dan moet toch gezegd worden dat de Belgische rechtsleer zich hierover tot op heden nog nooit heeft gebogen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Amerikaanse, Duitse en Nederlandse rechtsgeleerden, die zich reeds veel vroeger en herhaaldelijk met deze problematiek hebben ingelaten, waarbij opgemerkt dient te worden dat die landen thans ter zake over een sterk gedocumenteerde praktijk beschikken.

B. De buitenlandse situatie

1° De Verenigde Staten

De gedachte om marktonderzoeken te koppelen aan toepassingen uit het merkenrecht en zelfs uit de oneerlijke concurrentie, blijkt voor het eerst te zijn opgedoken in de Verenigde Staten in de twintiger en dertiger jaren. Handler en Pickett schreven hierover destijds het volgende: «The unscientific procedural methods employed in determining trademark infringement are probably more responsible for the chaotic condition of the law than the substantive rules themselves (...). The results of the Court would be more certain and predictable if the technique that has been developed in the conduct of *market analysis* was applied in determining whether two brands conflict. Whether the purchaser is likely to be misled is better ascertained in the market-place than in the court room. There is no need for a more objective determination⁵».

Het duurde evenwel nog tot de jaren '40, alvorens het in de Verenigde Staten een courante praktijk zou worden om marktonderzoeken aan te wenden in een gerechtszaak. De rechtbanken verwierpen aanvankelijk deze nieuwe methode om bewijs te voeren om diverse redenen, maar meestal omdat zij de fameuze regel tegen het «*hearsay*» miskende (zie hierover III, A, 2° en III, B, 3°). In 1958 valt dan de eerste beslissing van een Amerikaanse rechtbank, die duidelijk gebaseerd is op de resultaten van een marktonderzoek⁶. Sedertdien zijn dergelijke onderzoeken aldaar een veelvuldig gebruikt bewijsmiddel geworden.

¹ Kh. Brussel, kort geding, 15 november 1983, *Ing. Cons.*, 1984, 101, *B.I.E.*, 1985, 57.

² *I.E.R.*, 1985, 66.

³ A.R. nr. 10.427/86; zie ook nog Voorz. Kh. Brussel, 17 december 1985, onuitgeg., A.R. nr. 510/85; Kh. Brussel, 25 maart 1986, *Ing. Cons.*, 1986, 289; Voorz. Kh. Brussel, 21 oktober 1986, onuitgeg., A.R. nr. 323/86; Hof Gent, 7 januari 1988, *Ing. Cons.*, 1988, 35; Hof Brussel, 28 juni 1989, onuitgeg., A.R. nr. 776/88; Kh. Brussel, 7 januari 1991, onuitgeg., A.R. nr. 2.398/89; Hof Luik, 28 maart 1991, onuitgeg., A.R. nr. 20.909/88.

⁴ *Ing. Cons.*, 1987, 342.

⁵ 30 *Colum. L.Rev.* 759, 777, note 85 (1930), geciteerd bij KNAAK, R., «The International development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law», *I.I.C.*, 1990, vol. 3, 327.

⁶ Standard Oil Co. Standard Oil Co., 252 F.2d 65, 116 USPQ 176 (CA 10 1958).

2° Duitsland

Ook de Duitse rechtspraak werd reeds vroeg geconfronteerd met marktonderzoeken, voorgebracht om het in hun mededingingsrecht en dan vooral in hun merkenrecht, alles dominerende principe van de «Verkehrsgeltung» aan te tonen. Koploper hier was het arrest van het Bundesgerichtshof van 25 februari 1955, omtrent het merk «Die Hamburger Kinderstube»⁷.

In de Duitse rechtsleer pakten dr. Elisabeth Noelle-Neumann en dr. Carl Schramm in 1968 uit met het alom geprezen meesterwerk *Umfrageforschung in der Rechtspraxis*⁸, een uiterst op de praktijk gericht boekje, dat door tal van rechtsgeleerden⁹ werd en wordt besproken en waarover Vida recentelijk het volgende schreef: «It is surprising that, despite this impressive development in German Jurisprudence, until now only one significant treatise has been published on this topic, and that quite a while ago. The problems concerning this question have been treated only in various law review articles.»¹⁰ Hij onderstreept verder de enorme wending die deze marktonderzoeken sindsdien in de Duitse rechtspraak hebben genomen: «The methods of using opinions based on the results of public opinion polls, imported from the US, have since been adapted and also theoretically applied to German procedural law in such a way that it is now comparable to that used in the US as far as practical application is concerned.»

De zogenaamde uiterst belangrijke aanwezigheid van marktonderzoeken in de Duitse rechtspraak wordt door een andere rechtsgeleerde, Roland Knaak, formeel tegengesproken; hij stelt dat uit een ongepubliceerde studie, uitgevoerd door het Max Planck Instituut te München tussen 1983 en 1984, is gebleken dat slechts in 1% van de in aanmerking komende gevallen een marktonderzoek in het dossier werd aangetroffen¹¹.

3° Andere landen

Volgens diezelfde auteur zou in nog mindere mate dan in de Duitse rechtspraak marktonderzoek aan bod komen in rechtspraak uit het Verenigd Koninkrijk¹², de Scandinavische landen, Oostenrijk¹³, Canada¹⁴, Nieuw Zeeland¹⁵ en Japan. Helemaal niet bestaand zou deze praktijk in Frankrijk, Italië en Zwitserland zijn.

Nederland wordt hierbij in het artikel van Knaak ten onrechte over het hoofd gezien, nu daar niet alleen een uitgebreide rechtspraak en zelfs rechtsleer voorhanden is in verband met opinieonderzoek in het mededingingsrecht, maar de eerste gerechtelijke uitspraak op basis van zo'n onderzoek er werd gedaan vóór het bovengeciteerde eerste Amerikaanse en eerste Duitse vonnis¹⁶. De Nederlandse professor Kaufmann vraagt zich dan ook terecht af: «Why is there such a reserved opinion about the use of market research as a means of evidence in the Netherlands?»¹⁷.

4° Het Hof van Justitie

Op te merken is evenwel dat, ondanks het feit dat marktonderzoeken en hun functie als bewijsmiddel door de internationale rechtsleer vaak als een evidentie of een must worden behandeld, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zich in zijn arrest van 20 februari 1975, zij het evenwel betreffende een geval van oneerlijke concurrentie en dus niet in een merkenrechtelijke zaak, hoedde voor een al te groot optimisme: «12. Overwegende dat de verdedigende partij opiniepeilingen heeft voorgelegd dat destijds de benamingen 'Sekt' en 'Weinbrand' de Duitse consumenten aan binnenlandse produkten deden denken; (...) Dat voorts vanwege de moeilijkheden, welke inherent zijn aan deze methodes van onderzoek, opiniepeilingen, door hun aard, niet geschikt zijn om resultaten te verschaffen op basis waarvan feiten kunnen worden betwist»¹⁸.

Het is, naar het voorbeeld van diverse buitenlandse publicaties, dat in deze bijdrage getracht zal worden de boven geciteerde Belgische rechtspraak te toetsen aan een aantal essentiële beginselen uit het merkenrecht, het procesrecht en de marketing. Het dient dan ook van het begin af te worden opgemerkt dat deze tekst doorweven is van vergelijkingen uit de in het buitenland, met de nadruk op de Amerikaanse, Duitse en Nederlandse rechtspraak en rechtsleer, beschreven voor- en nadelen van deze technieken.

⁷ Bundesgerichtshof, 25 februari 1955, *GRUR*, 1955, p. 481; zie in die zelfde vroege periode ook nog Bundesgerichtshof, 29 november 1955, *GRUR*, 1956, 183; Bundesgerichtshof, 13 maart 1956, *GRUR*, 1957, 426; Bundesgerichtshof, 28 januari 1957, *GRUR*, 1957, 285; Bundesgerichtshof, 9 december 1964, *GRUR*, 1965, 317.

⁸ Uitgegeven bij Verlag Chemie, GmbH, Weinheim, Bergstr.; Schramm leverde op latere datum over hetzelfde onderwerp een bijdrage in *Festschrift für Senatpräsident Wilhelm Wendel*, onder de titel «Rechtsprechung zum Umfragetest», Süddeutscher Verlag, München, 1969, 142-149; zie ook nog NOELLE-NEUMANN, E. en SCHRAMM, C., «Testen der Verwechslungsgefahr», *GRUR*, 1975, 51.

⁹ Zie BODENHAUSEN, G.H.C., Boekbespreking, *B.I.E.*, 1962, 14: «Dit boekje stelt een ook voor de Nederlandse rechtspraak belangwekkend onderwerp aan de orde, nl. de toepassing van opinieonderzoek in de rechtspraak.»

¹⁰ VIDA, A., *I.I.C.*, 1986, vol. 17, 697.

¹¹ KNAAK, R., «The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law», *I.I.C.*, 1990, vol. 3, 327.

¹² Zie hierover STIJNHOF en NOORDHOFF, *Pinner's World Unfair Competition Law, An Encyclopedia*, 1978, nr. 29, Evidence of Unfair

Competition and its Collection, United Kingdom; TARRANT, A., «Admissibility and use of survey evidence in the law of unfair competition and trademarks in England and Wales», *R.I.C.*, 1991, nr. 1, 29.

¹³ Zie STIJNHOF en NOORDHOFF, o.c., Austria: «Polls of consumers and members of trade are admissible in evidence with regard to opinions of interested circles.»

¹⁴ STIJNHOF, en NOORDHOFF, o.c., Canada: «There is a recent line of Canadian cases disallowing survey evidence as hearsay. In all these cases the surveys related to the question of whether two trademarks were confusing.»

¹⁵ STIJNHOF en NOORDHOFF, o.c., New Zealand: «The question of the admissibility of a scientifically conducted market research survey to establish the reputation of a mark in passing-off cases was exhaustively and authoritatively reviewed by Mohan J. in *Customglass Boats Ltd v. Salthouse Bros Ltd* (1976) 1 N.Z.L.R. 36, 39-42. Mohan J. concluded that such a survey was admissible.»

¹⁶ Hoge Raad, 9 april 1948, *N.J.*, 1948, nr. 284, *B.I.E.*, 1948, 102.

¹⁷ KAUFMANN, P.J., «Admissibility of survey evidence in the law of trademarks and unfair competition», *R.I.C.I.*, 1990, nr. 3, 22.

¹⁸ Hof Just. Eur. Gem., 20 februari 1975, *S.E.W.*, 1975, 417.

II. MERKHERKENBAARHEID EN MERKASSOCIATIE

A. Merkherkenbaarheid en onderscheidingsteken

In de ter inleiding van dit artikel geciteerde Belgische rechtspraak werd door middel van een marktonderzoek gepeild naar de herkenningsgraad bij het publiek van een bepaald merk. In dit herkenningsvermogen ligt de maatschappelijke functie van een merk: het dienen als onderscheidings-teken voor de consument.

In de systematiek van de Eenvormige Beneluxwet vormt dit onderscheidend vermogen «het» criterium voor het kwalificeren van een individueel merk: «Als individuele merken worden beschouwd de benamingen, tekeningen, afdrukken, stempels, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking en alle andere tekens, die dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden»¹⁹.

Dit dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden is zoveel zeggen als dat het gekozen merk ervoor moet kunnen zorgen dat de identiteit van de waar of waren als afkomstig van een bepaalde onderneming genoegzaam wordt gedemonstreerd²⁰.

Doordat via het merk de herkomst van de waren kan worden vastgesteld, de zogenaamde onderscheidingsfunctie, gaat het merk vaak ook een garantiefunctie vervullen. Waren, afkomstig van een zelfde producent, zullen in principe ook een zelfde kwaliteit vertonen²¹. Het merk staat dus in zekere zin garant voor een welbepaalde kwaliteit, die dan op haar beurt een weerslag zal hebben op de good-will van de merkhouder. Let wel, deze garantiefunctie van een merk is, in tegenstelling tot de onderscheidingsfunctie, geenszins een voorwaarde of bestanddeel van het merk. Zij is het resultaat van de essentiële onderscheidingsfunctie van het merk.

Het spreekt voor zich dat niet alle tekens aan de hier omschreven functie van een merk voldoen. Haalt een teken de gestelde maatstaf niet, dan kan er geen sprake zijn van merkenrechtelijke bescherming voor dit teken.

Bij gebrek aan definitie van een merk in de Eenvormige Beneluxwet zelf, wordt als pseudo-definitie wel eens de volgende gehanteerd: «Alles wat niet te eenvoudig is om een waar of een dienst te kunnen individualiseren en niet te ingewikkeld of te versierend is om voor een waar of dienst als teken kenbaar te zijn, kan voor die waar of dienst in beginsel als teken in de zin van art. 1-1 in aanmerking komen»²².

Nu is het wel mogelijk dat een merk dat aanvankelijk niet aan het hierboven gestelde criterium voldoet, na een zeker tijdsverloop toch over voldoende onderscheidend vermogen gaat beschikken. Uiteraard zal dit in belangrijke mate bepaald worden door de intensiviteit waarmee de merkhouder

zijn merk op de markt is gaan gebruiken: «The more intensively the trademark is used and the more often a commercial is made with this trademark, the greater the distinctive power will be»²³.

Dit is wat de rechtspraak pleegt te noemen, het effect van de inburgering. Veelbetekenend zijn dienaangaande de arresten van het Benelux-Gerechtshof van 9 februari 1977 in zake Centrafarm/Beecham²⁴ en van 19 januari 1981 in zake Ferrero/Ritter (zie voetnoot 20).

In dit laatste oordeelde het Hof: «Bij de beoordeling van dat onderscheidend vermogen moet de rechter niet alleen alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemen, doch ook, in voorkomend geval, de vraag of het teken door inburgering onderscheidende kracht heeft verkregen.»

In de commentaar die de publikatie van het arrest voorafgaat, wordt zelfs aangevoerd dat de nationale rechter *onderzoek* moet doen naar dit gebruik. Hoe dit onderzoek moet gebeuren staat er niet, maar hoe kan dit beter gebeuren dan bij wijze van een *marktonderzoek*?

Het verbaast dan ook niet dat de meest vergevorderde rechtspraak i.v.m. marktonderzoeken die is waarin zodanige onderzoeken worden aangewend om het onderscheidend vermogen van een merk te bewijzen. Er heerst in de buitenlandse rechtsleer een zekere consensus over de geschiktheid van het marktonderzoek om de graad van merkbekendheid aan te tonen.

B. Merkassociatie en overeenstemmend teken

Maar er is meer. Een van de belangrijkste principes uit ons merkenrecht is dat de merkhouder zich, op grond van zijn uitsluitend recht²⁵, kan verzetten tegen *elk gebruik dat van zijn merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt*. Dit staat met zoveel woorden in art. 13, A 1, van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (zie voetnoot 19).

Het spreekt voor zich dat een merkhouder weinig moeite zal ondervinden om zich in rechte te verzetten tegen het gebruik door derden van een aan zijn merk identiek of nageenog identiek teken. In een dergelijk geval komt de interpretatiemoeilijkheid van het overeenstemmend karakter niet aan de orde (zie hierover ook infra, IV, B, 2°).

Anders is het wanneer deze merkhouder zich op basis van zijn exclusieve merkenrechten wil verzetten tegen het gebruik van een teken dat «overeenstelt» met zijn beschermd merk. Laat de Beneluxwet de lezer eerder in het ongewisse omtrent de concrete betekenis van dit begrip, dan wordt een duidelijk antwoord op deze vraag gegeven in het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 20 mei 1983, betreffende de

²³ KAUFMANN, P.J., o.c., 25.

²⁴ *Jurisprudentie Benelux – Gerechtshof*, 1975-81, 27.

²⁵ Dat enkel en alleen verkregen kan worden door het verrichten van een depot van dit merk, overeenkomstig de artt. 3 en 12 Beneluxwet; zie over het vereiste van een depot Memorie van Toelichting, Artikelsgewijs overzicht VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E.A., in DORHOUT MEES, T.J., *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II, *Industriële eigendom en mededingingsrecht*, Gouda Quint B.V., Arnhem, 1989, 359; VERKADE, D.W.F., «Merkenrechtelijke ontvankelijkheidsprikelen», in 'Een goed procesorde', *Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer, 1983, p. 297; BRAUN, A., *Précis des marques de produits et de service*, Larcier, Brussel, 1987, 191; KOMEN, A. en VERKADE, D.W.F., o.c., 6.

¹⁹ Art. 1, lid 1, Eenvormige Beneluxwet op de Merken, in G. VAN HECKE, GOTZEN, L. en REMOUCHAMPS, L., *Wetboek Intellectuele Rechten*, E. Story Scientia, Gent.

²⁰ Benelux-Gerechtshof, 19 januari 1981, *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1981, 69 en 73.

²¹ Zie KOMEN, A. en VERKADE, D.W.F., *Het nieuwe merkenrecht*, Kluwer, Deventer, 1970, 2: er is hier ook nog sprake van een derde functie van het merk, nl. de wervende kracht.

²² DORHOUT MEES, T.J., *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II, *Industriële eigendom en mededingingsrecht*, VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E.A., Gouda Quint B.V., Arnhem, 1989, 317.

Union-merken, in zake Jullien tegen Verschuere: "Het woord "overeenstemmend" in de artikelen 3, 13 A en 14 B moet aldus worden uitgelegd, dat van overeenstemming sprake is, wanneer - mede gezien de bijzonderheden van het gegeven geval en met name de onderscheidende kracht van het merk - merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd, auditief, visueel of begripsmatig zodanige gelijkenis vertonen dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd associaties tussen het teken en het merk worden gewekt;"²⁶.

Uiteraard werd dit arrest in diverse tijdschriften gepubliceerd. Van bijzonder belang is evenwel de publikatie ervan in het *Bijblad Industriële Eigendom* van 1984²⁷, door de noot die Verkade eraan wijdde. Niet alleen omdat daarin het toch wel noemenswaardige artikel van Martens²⁸ - waarin die reeds in 1971 had geschreven dat een merk en een teken dan geacht moeten worden «overeen te stemmen», wanneer merk en teken, mede gezien de bijzonderheden van het geval, auditief, visueel of begripsmatig zodanige gelijkenissen vertonen, dat reeds daardoor in abstracto de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties met het hem bekende merk worden gewekt, stelling die dus door het Hof bijna letterlijk werd overgenomen - wordt geciteerd, maar vooral omdat Verkade in die noot het nut van een opinieonderzoek aan het associatiecriterium koppelt.

Hij stelt dat de nu door het Benelux-Gerechtshof bevestigde vervanging van het verwarrings- door het associatiecriterium niet betekent dat de opvattingen van het publiek geen rol meer zouden spelen. Zo meent hij dat opinieonderzoeken belangrijk blijven en dat zij meer bepaald aan de zijde van de eisende partij behulpzaam zijn om, naast de bekendheid van het merk, de kans op verwarring en/of associatie aannemelijk te maken.

Wat Verkade evenwel niet opmerkt is dat het Hof in het besproken arrest de term "publiek" niet gebruikt, maar het - net als Martens - over de mogelijkheid tot associatie "bij iemand" heeft. Wetende dat het Hof slechts zes maanden vroeger, in het Juicy Fruit arrest, dit publiek wel als maatstaf koos, mag deze nuance niet onopgemerkt blijven en zou het onjuist zijn beide termen als synoniemen te gaan gebruiken.

Is het moeilijk te bepalen wat of wie die iemand moet zijn, dan kan met voldoende zekerheid gesteld worden dat zo er sprake is van associatie bij een gedeelte van het publiek, dit uiteraard zo "bij iemand" zal zijn. Vandaar dat bij het publiek uitgevoerde marktonderzoeken ook hun belang kunnen hebben bij het aantonen van het overeenstemmend karakter tussen een merk en een teken "bij iemand".

Ervaren buitenlandse auteurs waarschuwen evenwel voor de moeilijkheden die aan dit laatste soort onderzoek verbonden zijn. Onderzoek naar het onderscheidend vermogen van een merk zou in het algemeen veel vlotter en op meer betrouwbare wijze verlopen, dan onderzoek naar de overeenstemming tussen twee merken.

Deze moeilijkheid kan enigszins ondervangen worden door een overweging uit het Juicy Fruit-arrest²⁹, waarin het Benelux-Gerechtshof overwoog dat een merk van gering onderscheidend vermogen, een zogenaamd zwak merk, minder spoedig door het gebruik van een ander teken in de herinnering van het publiek zal worden teruggeroepen dan een sterk merk.

Een marktonderzoek naar het zwak of sterk onderscheidend vermogen van een merk zou dus eveneens dienstig kunnen zijn voor de appreciatie van de overeenstemming tussen twee merken: toont het marktonderzoek aan dat het beschermde merk een grote bekendheid geniet bij het publiek, dan mag een erop gelijkend teken al gauw als «overeenstemmend» bestempeld en beteugeld worden; wijst het marktonderzoek erop dat het eerder om een zwak merk gaat, dan zal de overeenstemming des te groter moeten zijn.

III. BEWIJSRECHTELIJKE ASPECTEN

Centraal in het merkenrecht bij het bewijzen van merk-bekendheid en merkassociaties staat dus de appreciatie van het publiek. Daar het hier om het bewijs van een feit gaat, mag dit door alle middelen bewezen worden. Maar op welke wijze kan dit nu beter bewezen worden dan naar dat publiek zelf toe te trekken en het erover te ondervragen? Met andere woorden, is het marktonderzoek hier niet het bewijsmiddel bij uitstek? Weinigen zullen deze stelling wensen te betwisten. Blijft natuurlijk nog de vraag hoe dit bewijsmiddel in ons procesrecht te omkleden, waarbij gedacht kan worden aan een bewijsvoering d.m.v. deskundigenonderzoek of getuigen. Beide hypothesen worden hierna achtereenvolgens belicht.

A. Het marktonderzoek als eenzijdig privaat deskundig onderzoek

1° België

De wijze waarop het marktonderzoek in de onderzochte Belgische rechtspraak aan bod komt, is het best te vergelijken met het eenzijdig privaat deskundigenonderzoek.

Het gaat hier om vaststellingen of adviezen (een schatting, een oordeel, een inlichting, een raad) die een persoon aan een deskundige vraagt, hetzij om een eigen oordeel te vormen, hetzij om te beschikken over een overtuigingsmiddel ten opzichte van derden³⁰. Dit betekent geenszins dat deze eenzijdige expertise ook aan derden kan worden tegengeworpen³¹.

Niettemin kan volgens Cloquet deze eenzijdige expertise door de rechter in aanmerking worden genomen als een attest of een vermoeden, waarbij de geloofwaardigheid van dit vermoeden zal afhangen van de eerlijkheid, de bevoegdheid en de onafhankelijkheid van de opsteller van het verslag, als ook van de min of meer ideale voorwaarden waarin het on-

²⁶ Zie *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1983, p. 36, *R.W.*, 1983-84, 153, *Ing. Cons.*, 1983, 191, *N.J.*, 1984, 239, noot K.W.H., *B.I.E.*, 1984, 137, noot D.W.F.V., *R.C.J.B.*, 1987, 51, noot Van Bunnin L.

²⁷ P. 140.

²⁸ *B.I.E.*, 1971, 202.

²⁹ Benelux-Gerechtshof, 5 oktober 1982, *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1981-82, 20, *R.W.*, 1982-83, 1299, *J.T.*, 1983, 251.

³⁰ Zie CLOQUET, A., *Deskundig onderzoek in zaken van burgerlijk recht en zaken van koophandel*, A.P.R., Larcier, Brussel, 1960, 107.

³¹ CLOQUET, A., *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, A.P.R., Story Scientia, Gent, 1975, 21.

derzoek van de eenzijdig aangestelde deskundige heeft plaatsgehad³².

In die zin zou het marktonderzoek, dat niet meer is dan een rapport van een marketingbureau, vergeleken kunnen worden met een rapport van een detectivebureau, dat wel eens wordt ingeschakeld om «bewijsmateriaal» te verzamelen.

Uiteraard zal het de tegenpartij vrijstaan het door deze eenzijdige expertise aangebrachte bewijs te weerleggen door bijvoorbeeld een tegenexpertise te laten uitvoeren³³. Dat dit in de hier besproken praktijk ook effectief gebeurt, blijkt geenszins uit de onderzochte rechtspraak.

2° De Verenigde Staten

In de V.S. wordt het marktonderzoek beschouwd als een bijzondere vorm van bewijs door deskundigen. Het probleem dat dit een eenzijdige expertise is, speelt aldaar geen enkele rol, nu het bijbrengen van een deskundigenonderzoek er meer in het algemeen steeds tot de bevoegdheid der partijen behoort.

In de «Common Law»-landen bestond er evenwel een ander bezwaar, eveneens van procesrechtelijke aard, tegen die onderzoeken, namelijk de zogenaamde «hearsay objection» (zie ook III, B, 3°). Met dit bezwaar werd evenwel op wetgevende wijze afgerekend: «This objection was based on the fact that consumer surveys contain out-of-court statements of the people interviewed. Therefore, no possibility of a cross-examination is given. Today, these hearsay objection problems have been resolved in both the US and in the UK. The US Federal Rules of Evidence and the British Civil Evidence Act of 1968 cleared up all doubts about the admissibility of consumer surveys as evidence»³⁴.

3° Duitsland

Naar Duits recht heeft een eenzijdig marktonderzoek evenveel waarde als de door partijen opgestelde conclusies. De rechter kan dit materiaal dan ook even gemakkelijk aanvaarden, dan wel naast zich neerleggen en oordelen op grond van zijn eigen ervaring als consument, of op zijn «General experience of life»³⁵. Hiervoor dient hij natuurlijk tot de voor de hem onderworpen zaak relevante groep van het publiek te behoren. Is dat niet het geval, zoals bijvoorbeeld voor huishoudelijke artikelen, dan mag hij geen vrede nemen met het oordeel van zijn dienstmeisje, zoals een Nederlandse collega-voorzitter ooit deed.

Door het oordeel van één enkele andere persoon in te winnen voert de rechter een opinieonderzoek uit dat door zijn minimale omvang uiterst onbetrouwbaar is³⁶.

B. Het marktonderzoek als getuigenverklaring

1° België

Een andere manier om het marktonderzoek als bewijsmiddel in het procesrecht te kwalificeren is het te beschouwen als een getuigenis. De deskundige wordt in de Belgische rechtsleer overigens wel eens een «gespecialiseerde getuige» genoemd.

Het fundamentele onderscheid tussen de verklaring van een getuige en de vaststelling van een deskundige is volgens Cloquet dat de getuige niet wordt gekozen en er ook geen aandacht wordt besteed aan het peil van zijn verstandelijke vermogens, zijn ontwikkeling of opmerkingsgave. Een deskundige daarentegen wordt juist wel gekozen om redenen van bijzondere kennis, van de onderzoeksmiddelen waarover hij beschikt, en van de wetenschappelijke methodes die hij kan gebruiken³⁷. Dit laatste is zeker van belang wanneer we het hebben over marktonderzoeken, die toch een uiterst technisch onderzoeksmiddel zijn. Het lijkt dan ook aangewezen om met betrekking tot het marktonderzoek te spreken van een deskundigenonderzoek, veeleer dan van een getuigenverklaring.

2° Nederland

Aangaande de discussie over de kwalificering van het marktonderzoek als een deskundigenonderzoek of een getuigenverklaring, kan zinvol verwezen worden naar een erg toepasselijke casus uit de Nederlandse rechtspraak³⁸, aangehaald door Van Nieuwenhoven Helbach en waarin werkelijk wordt gegoocheld met beide begrippen: «In de zaak van de Coca-Cola fles waar het ging om de vraag of als gevolg van het langdurig en intensief gebruik van een afbeelding daarvan het voor een merk vereiste onderscheidend vermogen had verworven, overwoog het Haagse Hof n.a.v. de aandrang van de zijde van The Coca-Cola Company op een *deskundigenbericht*, dat de door het Bureau ontkende inburgering van de bedoelde afbeelding 'niet betreft een wetenschappelijk twijfelpunt of een waarderingsoordeel, doch een beweerdelijk bij het publiek bestaande, dus feitelijk vast te stellen opvatting' en leidde daaruit af 'dat het geschil juist niet voor een *deskundigenbericht* in aanmerking komt, doch door *getuigen* zal moeten bewezen worden'. In zijn eindbeschikking achtte het Hof dat bewijs vervolgens geleverd door de verklaringen van een aantal *getuigen* in verband met het overgelegde rapport van een kennelijk in opdracht van de Coca-Cola Company uitgevoerd opinieonderzoek»³⁹.

Deze opvatting werd kracht bijgezet in een later vonnis van de Rechtbank te Den Haag betreffende de Melitta-koffiefilter. In dat vonnis wordt het opinieonderzoek blijkbaar gelijkgesteld met een bewijs door getuigen, dat zou aantonen dat het publiek in die filter een merk zag⁴⁰.

³² CLOQUET, A., o.c., 1960, 109.

³³ CLOQUET, A., o.c., 1975, 22.

³⁴ KNAAK, R., o.c., 331.

³⁵ KAUFMANN, P.J., o.c., 24.

³⁶ BODENHAUSEN, G.H.C., Boekbespreking, B.I.E., 1962, 14.

³⁷ CLOQUET, A., o.c., 1960, 59.

³⁸ Hof Den Haag, 15 mei 1957, B.I.E., 1958, nr. 4, 22.

³⁹ VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E.A., «Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht», o.c., 289.

⁴⁰ Rb. Den Haag, 9 december 1965, B.I.E., 1967, nr. 19, 63.

3° De Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk

In de Angelsaksische recht werd het marktonderzoek bijna steeds beschouwd als een getuigenverklaring en niet als een deskundigenonderzoek. Maar ook deze kwalificatie zorgde voor heel wat bezwaren bij de aanwending ervan in de rechtbanken en hoven.

Een essentieel vereiste voor de getuigenverklaring in het Angelsaksisch recht is dat deze getuigen in persoon moeten verschijnen voor de rechtbank. Het spreekt voor zich dat dit ondoenbaar is: de soms duizenden ondervraagden kunnen toch moeilijk in persoon verschijnen. De marktonderzoeker zelf daarentegen is geen getuige, nu hij slechts de verklaringen van de getuigen opneemt. Hij zou natuurlijk wel gehoord kunnen worden als getuige van de getuigenissen. Maar als zodanig stuit zijn verklaring op het hierboven vermelde principe uit het Angelsaksische recht, nl. de «hearsay rule».

Bezwaren genoeg dus. Hoe deze bezwaren door de tijd heen in de rechtspraak zijn overwonnen, wordt op voortreffelijke wijze geschetst enerzijds voor het Verenigd Koninkrijk in het artikel van Amanda Tarrant, «Admissibility and Use of Survey Evidence in the Law of Unfair Competition and Trade Marks in England and Wales»⁴¹ en anderzijds voor de Verenigde Staten in het artikel van Fred Morgan, «The Admissibility of Consumer Surveys as Legal Evidence in Courts»⁴².

Vandaag de dag dienen marktonderzoekers in het Verenigd Koninkrijk soms al eens persoonlijk voor de rechtbank te verschijnen, namelijk wanneer de rechters er zich van willen vergewissen dat de vragen op correcte wijze werden gesteld en de antwoorden juist werden opgetekend⁴³.

C. Het recht van verdediging: contradictoir marktonderzoek

Getuigenverklaring of deskundigenonderzoek, het is een feit dat in de hier besproken rechtspraak de marktonderzoekers steeds plaatsvinden op initiatief van één der partijen, met weliswaar steeds de «theoretische» mogelijkheid een tegenverhoor of tegenexpertise te laten plaatshebben.

De vereisten van het recht van verdediging indachtig, zou het nochtans veel beter zijn als het opinieonderzoek georganiseerd werd als een contradictoir deskundigenonderzoek, met een door de rechter benoemde deskundige.

1° België

Dat er in ons Belgisch procesrecht ook effectief plaats is voor het organiseren van een marktonderzoek in de vorm van een contradictoir deskundigenonderzoek, kan moeilijk ontkend worden, nu het tot de onaantastbare beoordeling van de rechter behoort om een deskundige aan te stellen ten einde vaststellingen te verrichten of advies te geven⁴⁴.

Natuurlijk moet het onderscheid tussen de deskundige en de rechter steeds merkbaar blijven. De deskundige verstrekt een inlichting of een advies, maar gaat nooit zover dat zijn oordeel een beslissing inhoudt over de onderliggende betwisting. Beslissen is een privilege dat uitsluitend de rechter toekomt, hoewel de realiteit wel eens anders durft te zijn⁴⁵. Het spreekt dus voor zich dat, zo een marktonderzoek dienst doet als een deskundigenonderzoek, hierin geen beslissing genomen mag worden.

Mocht hiervoor vrees bestaan, dan wordt die halt toegevoerd door de omschrijving van de bevoegdheden van een marktonderzoeker, nu blijkt dat deze volgens algemeen geldende marketingprincipes geen beslissingen neemt, maar enkel vaststelt. De marktonderzoeker maakt een diagnose, waarbij het aan de beoordeler van deze diagnose, de rechter dus, toekomt een remedie voor te schrijven. Een marktonderzoek bevat m.a.w. geen oplossing voor het probleem, alleen informatie over het kader waarin de beslissingen dienen te worden genomen⁴⁶.

Bijzondere aandacht dient evenwel gevestigd te worden op het onderscheid tussen kwalitatief en kwantitatief marktonderzoek⁴⁷. Een kwalitatief onderzoek is hier uit den boze, daar het, in tegenstelling tot het kwantitatief onderzoek, meer doet dan alleen maar cijfermateriaal verzamelen. Het doet immers ook uitspraak over de onderzochte situatie, zodat het beslissingsmonopolie van de rechter manifest wordt miskend.

Diverse marketinghandboeken vermelden overigens een type marktonderzoek dat hier zeker op zijn plaats zou zijn: «het merknaamonderzoek», een speciale vorm van produktonderzoek, dat meestal als *associatietest* bij een beperkt aantal respondenten uit de doelgroep wordt uitgevoerd⁴⁸.

2° Nederland

2°1. De Nederlandse rechtspraak toonde reeds aan dat het geen ijlle droom is een contradictoir deskundigen(markt)onderzoek, met een door de rechter benoemde expert te laten uitvoeren. Een dergelijke reële toepassing kwam er in een Coca-Cola-zaak, waarbij het Hof te Den Bosch uitspraak moest doen over de gelijkenis tussen voornoemd merk en het merk Royal Crown Cola⁴⁹.

2°2. Nederlandse rechtsgeleerden pleiten dienaangaande reeds veel langer voor die oplossing:

⁴⁵ CLOQUET, A., o.c., 1960, 63; zie nochtans HUYGAERTS, P., PHILIPS, H., RENS, G. en VAN DEN AMEELE, M., «De deskundige: rechter of richter», *Jus*, 1987, 29: «Het onderzoek van deze studie was de indruk bij een aantal rechtspractici dat een rechter zelden afwijkt van het deskundig verslag, maar het daarentegen lijdzaam volgt. Bovenstaand onderzoek bevestigt deze indruk. Slechts zeer uitzonderlijk — en dan nog enkel zo het expertisverslag manifeste fouten vertoont — worden de bevindingen van de deskundige niet gevolgd. Is de rechter dan toch meer rechter dan richter?»

⁴⁶ OFFERMANS, P., GIJS, B. en DE LAET, M., *Marktonderzoek*, Nim, Deurne, 1989.

⁴⁷ OFFERMANS, P., e.a., o.c., 35; VAN EUNEN, E.A. en HOLZHAUER, F.F.O., *Marketing Handboek*, Stenfert Kroese, Leiden, Antwerpen, 1983, hoofdstuk 23, «Soorten marktonderzoek», nr. 2.

⁴⁸ VERHAGE, B. en CUNNINGHAM, W., *Grondslagen van de marketing*, Stenfert Kroese Uitgevers, Leiden/Antwerpen, 1989, p. 262.

⁴⁹ Hof 's-Hertogenbosch, 12 april 1977, *B.I.E.*, 1981, 316.

⁴¹ *R.I.C.I.*, 1991, nr. 1, 29.

⁴² MORGAN, F.W., «The Admissibility of Consumer Surveys as Legal Evidence in Courts», *Journal of Marketing*, Fall 1979, 33.

⁴³ KNAAK, A., o.c., 332.

⁴⁴ CLOQUET, A., o.c., 1960, 196.

«Uiteraard moet zoveel mogelijk waarborg worden verkregen, dat het onderzoek objectief wordt uitgevoerd. Tot nu toe is aan laatstbedoelde eis in Nederland slechts matig voldaan, daar het opinieonderzoek steeds eenzijdig door één partij is uitgelokt en slechts het verkregen resultaat aan de rechter en de tegenpartij is overgelegd. Zelfs wanneer hierbij de partij, die het onderzoek uitlokt streeft naar zo groot mogelijke objectiviteit – hetgeen zij veelal in eigen belang wel zal doen, ten einde de resultaten voor de rechter aanvaardbaar te maken – heeft zij toch onvermijdelijk een bepaald resultaat gewenst en daarop haar gedachtengang en de organisatie van het onderzoek gesteld.

«Beter zou het derhalve zijn, indien de rechter zelf bij het onderzoek een grotere rol speelt, hetgeen echter bij de meestal grote neiging tot lijdelijkheid van de Nederlandse rechter niet gemakkelijk te verwezenlijken zal zijn. Denkbaar is intussen, dat de rechter een opinieonderzoek opdraagt in de vorm van een onderzoek door één of drie deskundigen volgens art. 222 e.v. Rv. Deze deskundigen zouden – indien het er drie zijn – gedeeltelijk uit vakkringen van de betrokken tak van handel gekozen kunnen worden. Waarschijnlijk zal echter bovendien overleg tussen de rechter en de deskundigen noodzakelijk zijn betreffende het opstellen van de testvragen en de organisatie van het onderzoek, daar men een en ander moeilijk aan juridisch onvoldoende georiënteerde deskundigen zal kunnen overlaten.⁵⁰».

Dezelfde auteur benadrukt ten slotte nog het belang om te werken met opinieonderzoeken in deze materie, daar een rechterlijke gissing naar de publieke opinie onbevredigend is indien er middelen zijn om deze opinie beter te peilen. In dat opzicht lijkt dit artikel inhoudelijk erg op het pionierswerk van Handler en Pickett.

De zonet geciteerde oproep om het marktonderzoek «gerechtelijk» te laten verlopen van zo'n dertig jaar geleden, werd onlangs door een Nederlandse rechtsgeleerde herhaald: «Instead of the initiative emanating from the parties, the judge would have the initiative and mandate the survey in the form of an expert opinion»⁵¹.

D. Vereisten van het marktonderzoek

1° De Verenigde Staten

Eenzijdig of contradictoir marktonderzoek, van uitermate groot belang is de wijze waarop het marktonderzoek gevoerd zal worden.

De Amerikaanse marktonderzoekers zijn er zich terdege van bewust dat de wijze waarop het onderzoek wordt georganiseerd en uitgevoerd, invloed heeft op de waarde die aan de resultaten ervan kunnen worden toegekend.

Zo werden er speciaal voor marktonderzoekers die onderzoek verrichten met het oog op aanwending ervan in een procedure, «Guidelines» uitgewerkt. Het gaat hier om de volgende zes regels:

I. Hij dient ervan uit te gaan en moet ook kunnen aantonen dat het marktonderzoek zeer nauw aansluit bij het gestelde probleem en dat het ter zake het beste bewijsmiddel is.

Het is immers van kapitaal belang dat de rechter overtuigd is van de bewijswaarde die de resultaten van het onderzoeken hebben.

II. Hij moet er rekening mee houden dat rechters weinig ervaring hebben met marktonderzoeken en het nochtans zij zijn die de resultaten ervan dienen te verstaan.

III. Tot elke prijs moeten fouten in de werkwijze vermeden worden, daar de tegenpartij onmiddellijk zal aanvoeren dat ze een vertekend resultaat geven en het onderzoek verworpen moet worden.

Bijzondere zorgvuldigheid verdient de keuze van de vragenlijst en de samenstelling van het monster.

IV. Voor zover mogelijk worden het best onderzoeken voorgebracht, die reeds vóór het starten van de procedure zijn verricht (zie daarover het bij het begin geciteerde vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 5 februari 1985)

V. De marktonderzoeker verantwoordt iedere stap die hij neemt, daar de tegenpartij hem hierover in ieder geval zal mogen ondervragen, tijdens de zogenaamde cross-examination.

VI. Hij moet in staat zijn een beknopte interpretatie van de resultaten te geven⁵².

Het spreekt voor zich dat deze vuistregels niet zomaar op de Belgische situatie mogen worden overgezet. Zeker de laatste regel is onverzoekenbaar met de Belgische regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de deskundige en de rechter.

2° Nederland

Ook in de Nederlandse rechtsleer werd nagedacht over de eisen die aan een marktonderzoek gesteld kunnen worden, zo dit gaat dienen als bewijsmiddel.

Van Nieuwenhoven Helbach stelt twee onderscheiden categorieën eisen aan een opinieonderzoek. Eisen waarvan de rechter die met een zodanig onderzoek wordt geconfronteerd, nauwkeurig zal moeten nagaan of er al dan niet aan is voldaan.

2°1. De samenstelling van het monster

Ten eerste dient voldoende aandacht besteed te worden aan de omvang en de samenstelling van de groep personen die op het onderzoek zullen functioneren als «monster»:

«Naarmate het aantal ondervraagde personen groter is, neemt de mate van waarschijnlijkheid toe dat een even groot aantal andere ondervraagden op dezelfde vragen dezelfde antwoorden zullen geven. Voorwaarde daartoe is echter wel dat het monster een getrouwe weerspiegeling vormt van alle geleidingen van het zogenaamde universum, het totale pu-

⁵⁰ BODENHAUSEN, G.H.C., Boekbespreking Umfrageforschung in der Rechtspraxis van NOELLE-NEUMANN, E. en SCHRAMM, C., *B.I.E.*, 1962, 14.

⁵¹ KAUFMANN, P.J., «Admissibility of survey evidence in the law of trademarks and unfair competition», *R.I.C.I.*, 1990, nr. 3, 23.

⁵² MORGAN, F.W., o.c., 35. Zie ook SWIRE, J., «Legal Standards for Consumer Survey», *Journal of Advertising Research*, 1983, vol. 23, nr. 6; BIEMAN, M.H. en WEXLER, J.D., «Toward a Reformulation of the Test for Determining Trademark Infringement», *The Trademark Reporter*, 1990, vol. 80, nr. 1, p. 1.

blik waarom het gaat; uiteraard een voorwaarde waaraan gemakkelijker kan worden voldaan naarmate het aantal te ondervragen personen groter is. Omdat het echter aankomt op de indruk, die wordt gewekt bij diegenen, die op een of andere wijze met het te beoordelen teken resp. verpakking of produkt worden geconfronteerd en als zodanig 'het in aanmerking komende publiek' vormen, behoeft het monster niet steeds de gehele bevolking als universum te bespiegelen. Terecht heeft dan ook de Rb. Amsterdam ten aanzien van de betekenis van de uitgang 'prim' in merken voor veterinaire geneesmiddelen betekenis toegekend aan de resultaten van een opinieonderzoek, dat enkel bij veeartsen was ingesteld.⁵³

Dat de Nederlandse rechter vaak een goed criticus is blijkt ook nog uit het volgende voorbeeld. Het Hof te Den Haag wenste in zijn beslissing van 1 maart 1961⁵⁴ geen rekening te houden met een marktonderzoek, uitgevoerd met betrekking tot de aspro-merken, nu bleek dat dit slechts in een beperkte kring was uitgevoerd⁵⁵.

Peter Chrocziel haalt in zijn boekbespreking⁵⁶ van Roland Knaaks «Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts», de moeilijkheid aan om een goed monster samen te stellen. Volgens de auteur van het boek dienen zowel de potentiële klant als de actuele consument hier deel van uit te maken⁵⁷. Hij miskent evenwel het probleem niet om die potentiële klant te onderscheiden van de niet-potentiële klant: «As for the question how to distinguish between the potential consumers and the non-relevant groups, the author is also unable to solve this problem. Maybe it has to be accepted that there is no practical solution for the theoretical requirement of including potential consumers, but the public as a whole.»

Om van een representatief monster te kunnen spreken zou de groep van ondervraagden zo'n 2.000 personen dienen te omvatten.

2°2. De vraagstelling en concrete uitvoering

Ten tweede dient voldoende zorg te worden besteed aan zowel de wijze waarop de vragen worden gesteld, als de concrete uitvoering van het onderzoek. Ook op dit vlak is de Nederlandse rechtspraak toonaangevend.

Toen in Nederland op 9 april 1948⁵⁸ het eerste arrest werd uitgesproken, waarin sprake was van een onderzoek van het Nederlands Instituut voor de Publieke Opinie omtrent merken, vroeg Hijink zich zonder meer in een noot onder dit arrest af waarom het Haagse Hof geen rekening had willen houden met de resultaten van het voorgebrachte marktonderzoek.

Van Nieuwenhoven Helbach ging op die vraag in door in zijn artikel in het *Bijblad voor de Industriële Eigendom* van 15 december 1948 een uitgebreide analyse van het betreffende onderzoek te maken. Hierin benadrukte hij voor het eerst dat de waarde van het onderzoek in belangrijke mate afhankelijk is van de wijze waarop het wordt uitgevoerd: «De personen van de enquêteurs, de wijze waarop de vragen worden gesteld en de eventueel te bezigen afbeeldingen, die getoond worden, kunnen zeer gemakkelijk de te verkrijgen antwoorden beïnvloeden.»

De auteur voegde daar nog de volgende kritische bedenkingen aan toe: «Doch ook indien het onderzoek met alle denkbare zorgvuldigheid en onpartijdigheid wordt verricht, blijft daaraan het bezwaar kleven, dat de ondervraagde personen bemerken, dat zij het object van een onderzoek zijn, hetgeen in vele gevallen ten gevolge heeft, dat de ondervraagde personen anders zullen reageren dan zij normaal doen, terwijl men juist het normale gedrag beoogt na te gaan. Het verschijnsel van de examenrees is maar al te bekend en heeft dezelfde oorzaak.»⁵⁹

Dit bezwaar wordt enigszins verzacht in de bovenvermelde boekbespreking van Peter Chrocziel: «Nevertheless, the author shows convincingly that there is no danger of such consumers making 'a wild guess' merely to show that they are not failures.»

Verder springen hier de meer recentere beslissingen van de Rechtbank te Breda in de Up-merken⁶⁰ en het hierboven geciteerde arrest van het Hof te Amsterdam van 3 november 1972, omtrent de naam «Bertje's Beste», in het oog.

In deze laatste zaak dienden de ondervraagden eerst antwoord te geven op de vraag wat er bij hen opkwam bij het horen van de naam Bertje's Beste voor een zogenaamd quick restaurant, waarbij de naam van Albert Heijn niet echt spontaan naar voren kwam. Veel meer was dit het geval bij de tweede vraag: «Wie zou volgens U dit quick-service-restaurant Bertje's Beste opgericht hebben?»

Het Hof was de mening toegedaan dat in deze tweede vraag een suggestie was ingebouwd, die de ondervraagde personen moest doen aanvoelen dat er toch wel een belangrijke organisatie achter die oprichting schuil moest gaan.

Dergelijke «leading questions» zijn niet dienstig in een marktonderzoek, omdat zij spontane reacties verhinderen. Het wordt inderdaad algemeen aanvaard dat spontaniteit de waarde van het onderzoek verhoogt. Ervaringen in het buitenland hebben aangetoond dat om dergelijke spontane antwoorden te krijgen, de enquêteur een open vraag⁶¹ dient te stellen: «As far as the drafting of questions is concerned, the book brings clear support for open questions. Detailed

⁵³ VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E.A., o.c., 290.

⁵⁴ B.I.E., 1961, 135.

⁵⁵ Zie ook nog Hof Amsterdam, 3 november 1972, N.J., 1973, nr. 95, B.I.E., 1973, 151: als monster worden een «honderdtal willekeurige personen in Amsterdam» genomen; Hof Amsterdam, 27 augustus 1981, B.I.E., 1982, 136: het monster «de huishoudens in Nederland» niet gelijkstellen met het monster «personen hier ten lande».

⁵⁶ I.I.C., 1988, nr. 19, 721.

⁵⁷ Zie in dezelfde zin KAUFMANN, P.J., o.c., 24, die ervoor pleit potentiële, toekomstige consumenten op te nemen in het monster.

⁵⁸ Hoge raad, 9 april 1948, N.J., 1948, nr. 284.

⁵⁹ VAN NIEUWENHOVEN HELBACH geeft in zijn «Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht», o.c., in voetnoot nr. 13 een definitie van open vragen: «Het zijn vragen die geen beperkingen ten aanzien van de daarop mogelijke antwoorden bevatten, zulks in tegenstelling tot de gesloten vragen waarbij de antwoordmogelijkheden door de aard zelf of op de vragenlijst zijn aangegeven.» Hij noemt het voorbeeld «Waar denkt U als U X hoort of ziet aan?»; zo men een merk zichtbaar op kaart of foto toont en hierbij een vraag stelt, spreekt men in de marketing volgens VERHAGE, B. en CUNNINGHAM, W., o.c., van «geholpen merkbekendheid».

examples from case law demonstrate that these are clearly preferable to multiple-choice questions.»⁶²

Van belang voor de beoordeling van de concrete uitvoering van het onderzoek is het eveneens hierboven geciteerde arrest van het Hof te Amsterdam van 3 november 1972. Het ging hem om de zilverkleurige plastic zak van C & A waarop haar merk, een uit zes spectrumkleuren bestaande kleurenbaan, was aangebracht. Het onderzoek diende aan te tonen dat dit merk bij het publiek was ingeburgerd als teken van C & A. Het Hof oordeelde terecht dat het niet opging dit na te gaan door de ondervraagde personen te confronteren met de zak in zijn geheel.

E. Interpretatie van de resultaten

Als het marktonderzoek eenmaal is uitgevoerd, dienen de resultaten ervan uiteraard op de juiste wijze te worden geïnterpreteerd, een taak voor de rechter. Interpreteren betekent immers hier uitspraak doen over het al dan niet aanwezig zijn van een merkenrechtelijke inbreuk. Dat dit geen eenvoudige taak is, voorzag Van Nieuwenhoven Helbach reeds in zijn artikel uit 1948:

«Tenslotte zou ik een enkele opmerking willen maken omtrent de vraag hoe men de met het onderzoek verkregen cijfers moet interpreteren. Gesteld dat een onderzoek uitwijst dat in één procent van de gevallen verwarring⁶³ zich voordoet, moet men dan concluderen dat verwarringsgevaar in merkenrechtelijke zin te duchten is, en – zo niet – waar ligt dan in cijfers uitgedrukt de grens, tussen het wel en niet aanwezig zijn van dit gevaar.

«De moeilijkheid ligt hierin, dat het enerzijds volgens de jurisprudentie niet nodig is dat gevallen van daadwerkelijke verwarring zijn aangetoond om gevaar voor verwarring aan nemelijk te achten, terwijl anderzijds de omstandigheid dat een enkel geval van verwarring zich heeft voorgedaan niet behoeft te betekenen, dat het in het algemeen gesproken publiek de merken in kwestie met elkander verwacht. Naar mijn mening zal men er echter goed aan doen om, indien door een onderzoek betrouwbare cijfers omtrent gevallen van daadwerkelijke verwarring zijn verkregen, ook bij een zeer laag percentage verwarringsgevaar aan te nemen.»⁶⁴

In het licht van hetgeen hierboven (punt II., B.) werd uiteengezet omtrent de vereiste dat slechts “bij iemand” de mogelijkheid tot associatie tussen merk en teken moet bestaan, dient inderdaad ook met associatiegevaar bij een gering percentage van het publiek rekening gehouden te worden.

F. Twee bezwaren tegen het gebruik van marktonderzoeken: de tijdsduur en de kostprijs

Het marktonderzoek mag dan als ideaal bewijsmiddel voor een aantal merkenrechtelijke aangelegenheden naar

voren worden geschoven, iets wat niet over het hoofd mag worden gezien is de grote kostprijs, alsook de enorme tijdsduur die een dergelijk onderzoek met zich brengt.

Beide bezwaren tegen het gebruik van het marktonderzoek als bewijsmateriaal worden door diverse buitenlandse rechtgeleerden onderschreven:

«... resultaat van een onderzoek dat meer dan f 80.000 (in guldens van 1970!) had gekost, met dit laatste is nog een ander bezwaar tegen het gebruik van opinie-onderzoeken als bewijsmateriaal voor verwarringsgevaar aangegeven.»⁶⁵

«... zo'n practicus weet bovendien, hoe tijdrovend en hoe kostbaar dergelijke onderzoeken zijn.»⁶⁶

«The compilation and conduct of an opinion poll usually takes several months. The costs of an opinion poll can vary considerably from case to case. Costs of less than DM 15,000 are very rare and costs of DM 100,000 can in some circumstances be attained.»⁶⁷

«I consider the whole exercise to be an ill considered waste of money. He went on to complain about the Court time taking in dealing with such surveys.»⁶⁸

«... it must first be mentioned that expert opinions based on public opinion polls are expensive. Depending on the difficulties of the question and the method of conducting the poll, the costs run from DM 10,000 to 50,000. Foreign litigation adversaries, who are often not familiar with this type of legal technique, frequently protest the order to obtain such reports (usually to no avail).»⁶⁹

1° Verhalen van de kosten van het marktonderzoek

Zolang het marktonderzoek als een eenzijdig deskundigenonderzoek wordt georganiseerd, is het honorarium van de deskundige verschuldigd door de partij die de deskundige heeft aangesteld. In principe zal deze partij zelfs niet de veroordeling kunnen eisen van de andere partij in de kosten van de expertise, ook al mocht deze in het ongelijk gesteld worden⁷⁰.

Dat dit toch wel eens gebeurt blijkt uit het vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 4 april 1986⁷¹ waar de aanleggende partij de rechtbank verzocht de verwerende partij o.m. te veroordelen tot de kosten van het onderzoek, vereist om in kort geding de verwarring bij het publiek aan te tonen. Jammer genoeg kan uit de publikatie niet achterhaald worden of de veroordeling in de kosten ook effectief werd uitgesproken.

Zo het marktonderzoek wordt georganiseerd als een gerechtelijk deskundigenonderzoek staat in principe niets eraan in de weg de kosten te laten dragen door de in het

⁶⁵ VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E.A., «Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht», o.c., 296.

⁶⁶ MARTENS, S.K., Boekbesprekingen, B.I.E., 1971, 201.

⁶⁷ ARNOLD, A. en ROGERS, D., «Market research in competition and trademark law», R.I.C.I., 1991, nr. 1, 23.

⁶⁸ TARRANT, A., o.c., 33.

⁶⁹ VIDA, A., Boekbespreking Ernst Böhm's Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen, I.I.C., 1986, vol. 17, 697.

⁷⁰ CLOQUET, A., o.c., 1975, 23.

⁷¹ B.I.E., 1990, 177.

⁶² CHROCZIEL, P., o.c., 722; KAUFMANN, P.J., o.c., 23.

⁶³ Thans dus associatie. VAN NIEUWENHOVEN had het in die tijd blijkbaar ook al over associatie, daar hij in datzelfde artikel stelde: «Verwarring bij het kopend publiek ontstaat dan ook niet omdat het denkt, dat fabrikant A rechthebbend op het merk B is, doch omdat het denkt een produkt van het merk A te kopen, terwijl het een product B is, dus afkomstig uit een andere bron verkrijgt.»

⁶⁴ VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, E.A., o.c., 170.

ongelijk gestelde partij. Dit is overigens het huidige Duits systeem ⁷².

Dat niet iedereen de mening is toegedaan dat de kostprijs van een marktonderzoek een bezwaar moet vormen voor de aanwending ervan in een procedure, blijkt uit een noot onder het arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 3 februari 1984: «Zo'n onderzoek behoeft niet steeds zo ingewikkeld en kostbaar te zijn...» ⁷³

2° De tijdsduur voor het voeren van een marktonderzoek

Het bezwaar aangaande de enorme tijdsduur die dergelijke marktonderzoeken in beslag nemen, wordt enigszins weerlegd in de Philip Morris-zaak, waar een voor de Amerikaanse rechter aanvaardbaar marktonderzoek werd doorgevoerd in één week-end ⁷⁴.

IV. HET MARKTONDERZOEK ALS BEWIJSMIDDEL BUITEN HET MERKENRECHT

A. Merkenrecht en industriële eigendom

In de ter inleiding van deze bijdrage geciteerde Belgische vonnissen en arresten werd met het uitgevoerde marktonderzoek steeds getracht de bekendheid van een merk bij het publiek en het daaraan gekoppeld onderscheidend vermogen van dat merk aan te tonen. Verder kwamen er een aantal gevallen aan bod waarin het associatiegevaar tussen merken werd bewezen, alsook een aantal toepassingen op het gebied van de handelsnaam.

Daar het recht op de handelsnaam een industrieel eigendomsrecht is ⁷⁵, kan alvast besloten worden dat het marktonderzoek als bewijsmiddel kan dienen in een aantal aanlegenheden van het industriële-eigendomsrecht.

Om van het hele industriële-eigendomsrecht te kunnen gewagen, zou uiteraard het tekeningen- en modellenrecht, alsook het octrooirecht, in aanschouw genomen moet worden. Bij gebrek aan binnen- en buitenlandse casuïstiek en rechtsleer op dit gebied werden deze rechten evenwel buiten beschouwing gelaten.

B. Industriële en artistieke eigendom: intellectuele eigendom

De hierboven aangehaalde industriële-eigendomsrechten, leunen zeer nauw aan tegen een ander soort recht op een immaterieel voorwerp: het auteursrecht. Ook hier ligt aan het recht een creatie, een voortbrengsel van de menselijke geest ten grondslag, is er een beperking van het recht in de tijd, wordt een economische waarde vertegenwoordigd en is bestrijding van namaak noodzakelijk. Bijgevolg zou de vraag kunnen rijzen of het marktonderzoek ook ter bescherming van de artistieke eigendom een nuttige rol kan spelen.

1° België

Wat de Belgische situatie op dit vlak aangaat, dient er evenwel op gewezen te worden dat de rechtspraak terecht heeft geoordeeld dat voor namaak inzake auteursrechten het verwarringsgevaar geen dienstig criterium is. Van namaak is er immers sprake zodra vaststaat dat een element uit het originele werk is overgenomen ⁷⁶. Het algemeen reproductierecht dat art. 1 van de Auteursrechtwet aan iedere auteur toekent, is op zich onverenigbaar met het vereiste van verwarring. Marktonderzoek is hier dan ook wellicht minder op zijn plaats dan in het merkenrecht.

Daarenboven kan zinvol verwezen worden naar de artt. 1481 e.v. Ger.W., die integraal deel uitmaken van de Auteursrechtwet. Deze artikelen voorzien in de mogelijkheid voor de houder van auteursrechten om zich tot de beslagrechter te wenden ten einde een *gerechtsdeskundige* te horen aanstellen, met als opdracht de namaak als zodanig te beschrijven, wat dus wel iets heel anders is dan het onderzoeken van de appreciatie van een merk of creatie in de markt.

Het beschrijvend beslag inzake namaak behoort niet tot de mogelijkheden van de houders van merkrechten, om tegen namaken op te treden. Uiteraard staat het hun wel vrij soortgelijke maatregelen, en dus ook de aanstelling van een gerechtsdeskundige, te vragen in een gewone kortgedingprocedure.

Toch is het niet realistisch om in deze kortgedingprocedure de aanstelling van een marketingbureau als gerechtsdeskundige te vorderen, daar het kort geding in merkszaken enkel openstaat voor flagrante inbreuken op het merkenrecht. Gevallen dus waarin het gaat om het gebruik van een identiek of nagenoeg identiek merk als het beschermde. Zoals hierboven reeds is gesteld, is het in die gevallen niet eens nodig om het overeenstemmend karakter bij wijze van het criterium van het associatiegevaar te gaan bewijzen.

2° Nederland

In Nederland is er daarentegen niet alleen in de rechtspraak een geval terug te vinden waarin een gedingpartij een marktonderzoek voorbrengt in een auteursrechtelijke zaak ⁷⁷, ook rechtsgeleerden maken er wel eens de verbin-

⁷² ARNOLD, A. en ROGERS, D., *o.c.*, 25.

⁷³ Hoge Raad, 3 februari 1984, *N.J.*, 1984, 1420, noot L.W.H.

⁷⁴ Philip Morris Inc., -511F. Supp. 867 (1980).

⁷⁵ Dat het recht op een handelsnaam een industrieel eigendomsrecht is blijkt uit art. 8 van het Unieverdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom; zie daarover BRAUN, A. en VAN REEPHINGEN, B., «Chronique de jurisprudence. Droits intellectuels. 1975-79. Noms commerciaux et enseignes», *J.T.*, 1980, 408; LADAS, S., *Patents, Trademarks and Related Rights*, Harvard Univ. Press, 1975, 1543-1545; DE CALUWÉ, A., *Les pratiques du commerce*, Larcier, Brussel, 1973, 288; Hof Parijs, 18 mei 1974, *Ann. de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1974, 261; BODENHAUSEN, G., *Guide de l'application de la Convention de Paris*, Genève, 1969, 21; MATHELY, P., *Le droit français des signes distinctifs*, 1984, Librairie du Journal des notaires et des avocats, Parijs, 826: «La jurisprudence a toujours affirmé que l'usage conférait à son auteur un droit de propriété sur le nom commercial»; *Les Nouvelles*, 496.

⁷⁶ VAN HECKE, G., GOTZEN, F. en VAN HOOF, J., «Overzicht Rechtspraak. Industriële eigendom. Auteursrecht», *T.P.R.*, 1990, 1810.

⁷⁷ Pres. Rb. Haarlem, 3 juni 1988, *I.E.R.*, 1988, 86.

ding tussen inbreuken op het auteursrecht, de verwarring bij het publiek en het marktonderzoek ⁷⁸.

Het marktonderzoek neemt aldaar als bewijsmiddel dus een uitbreiding van het industriële-eigendomsrecht naar het intellectuele eigendomsrecht.

C. Oneerlijke handelspraktijken

1° België

Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 9 mei 1989 ⁷⁹, toont aan dat, in een verdere opmars van het marktonderzoek als bewijsmiddel, het domein van de oneerlijke handelspraktijken bereikt zou kunnen worden.

Bij de beoordeling van de reclameslogan: «1 liter stookolie is goedkoper dan 1 liter water», hield het hof immers terdege rekening met het door de appellanten voorgebrachte marktonderzoek, waarin werd aangetoond dat 49% van de 201 ondervraagden, n.a.v. die slogan de prijs van het water in flessen te hoog vonden. De door de geïntimeerde aangebrachte marktstudie, die dit resultaat weerlegde, werd verworpen. Het hof beschouwde de slogan een vorm van afbrekende vergelijking en oordeelde bijgevolg dat geïntimeerde art. 20, 2°, van de wet op de handelspraktijken had overtreden.

2° Nederland

In dezelfde zin haalde de Nederlandse rechtsgeleerde Martens aan, dat marktonderzoeken ook worden aangewend om te antwoorden op vragen als: «Welke indruk maakt een welbepaalde slagzin?» ⁸⁰ en «Welke indruk maakt een etiket?» ⁸¹. Hetgeen hem doet stellen: «Langzaam aan ziet men opinie-onderzoek ook in andere context dan die van het aannemelijk maken van verwarringsgevaar opduiken.» ⁸².

3° Andere landen

Buitenlandse auteurs maken ook wel eens melding van marktonderzoeken, uitgevoerd om oneerlijke handelspraktijken te kunnen aantonen. Het marktonderzoek zou bijgevolg dienstig zijn als bewijsmiddel voor het hele mededingingsrecht.

In de Verenigde Staten wordt er overigens ook gewerkt met marktonderzoeken in het domein van de produktaansprakelijkheid ⁸³.

Op wereldschaal gesproken, verlegt het marktonderzoek als bewijsmiddel aanhoudend zijn grenzen.

V. NABESCHOUWINGEN

A. Het is niet denkbeeldig dat de lezer van deze bijdrage over het marktonderzoek als bewijsmiddel inzake merkenrechtelijke aangelegenheden een wat al te optimistische kijk zou krijgen op de aanwending ervan in gerechtelijke procedures. Er dienen dan ook, als slot, enkele nuances te worden aangebracht, die moeten voorkomen dat marktonderzoeken te onpas als een soort «deus ex machina» ten tonele worden gevoerd, om toch maar het gelijk naar zich toe te halen.

1° De Belgische casuïstiek in dit domein is nog uiterst beperkt, en er moet dus voorzichtig mee omgegaan worden. Er mogen in dit artikel dan wel heel wat buitenlandse beslissingen geciteerd zijn, onze rechtspraak is in ieder geval nog niet vertrouwd met dit nieuwe bewijsmiddel. Ook al kan zinvol verwezen worden naar de soms jarenlange buitenlandse ervaring in dezen, een eigen traditie in dit soort zaken is onontbeerlijk. Maar zo iets vergt uiteraard tijd. Het is noodzakelijk dat onze rechtbanken en hoven marktonderzoeken leren beoordelen naar hun werkelijke waarde, waarbij zij gemanipuleerde onderzoeken onmiddellijk als zodanig herkennen en negeren.

De partijen zelf hebben er trouwens ook niet altijd belang bij hun toevlucht te nemen tot een marktonderzoek. Zij dienen er zich terdege bewust van te zijn dat een slecht onderzoek de oorzaak kan zijn van het verlies van een sterk dossier. Een mooi voorbeeld hiervan is de A.B.A.-case. The American Basketball Association trad in rechte op om haar merkrechten te doen erkennen op de alombekende basketbal met afwisselend blauwe, rode en witte banen. De vraag bij het publiek naar dergelijke basketballen was zeer groot en niemand twijfelde eraan dat ze als afkomstig van A.B.A. werden beschouwd. De league voerde voor de rechtbank evenwel een marktonderzoek aan dat zeer gebrekkig was opgesteld en wierp hierdoor de bal in het kamp van de tegenpartij. Deze concentreerde de hele verdere procesvoering op de manipulaties, gissingen en fouten die in het marktonderzoek staken en overschaduwde daardoor geheel de bekendheid van de litigieuze basketbal. Had de A.B.A. genoeg genomen met het gewone standaardbewijs inzake merkbekendheid, zoals verkoopscijfers, publiciteits- en promotiemateriaal, dan zou zij deze zaak niet hebben kunnen verliezen, hetgeen nu dus wel gebeurde ⁸⁴.

2° Er zij voor gewaarschuwd dat het nooit een vereiste mag worden een marktonderzoek voor te brengen. Het marktonderzoek is en blijft een bewijsmogelijkheid, niets meer, niets minder.

3° Voorts kan de zin van het marktonderzoek gerelativeerd worden, wanneer het gaat om nog jonge en dus vrij onbekende merken. Is dit in mindere mate het geval bij het aantonen van het onderscheidend vermogen, bij het inroepen van het associatiegevaar speelt de ouderdom van een merk een onmiskenbare rol.

Dit blijkt overigens genoegzaam uit de merken die het voorwerp waren van de geciteerde buiten- en binnenlandse rechtspraak: Coca-Cola, Zwitsal baby-shampoo, Q8, Kölnisch Wasser, Levis Strauss, Adidas, C & A, Cointreau, enz. Niet bepaald jonge merken.

⁸⁴ SWIRE, J., «Legal standards for Consumer Survey Research», *Journal of Advertising Research*, 1983, vol. 23, nr. 5, 23.

⁷⁸ KOMEN, A. en VERKADE, D.W.F., *Compendium van het auteursrecht*, Kluwer, Deventer, 1970, 55; mededelingen, stellingen van dr. A. KOMEN, *B.I.E.*, 1971, 135.

⁷⁹ Hof Brussel, 9 mei 1989, *T.B.H.*, 1990, 240.

⁸⁰ College van Beroep Reclame Code, 29 januari 1988, *B.I.E.*, 1988, 206.

⁸¹ Pres. Haarlem, 12 januari 1988, *B.I.E.*, 1988, 206.

⁸² MARTENS, S.K., in DRION, *Onrechtmatige Daad*, VI, Kluwer, Deventer, losbladig, 1960, nr. 114.

⁸³ MORGAN, F.W., *o.c.*, 35: «The growth in products liability litigation will provide yet another area for the application of such evidence.»

In het hierboven geciteerde werk van Noelle-Neumann en Schramm wordt overigens de algemene bekendheid van op het eerste gezicht toch reeds lang ingeburgerde merken ontkracht. Hun onderzoek had immers aangetoond dat 30% van de Duitse bevolking het bekende sterembleem van Mercedes, en 27% van die bevolking het VW-teken absoluut niet kende.

B. Ten slotte is het van belang te wijzen op het nut dat het uitvoeren van een marktonderzoek kan hebben, ook zon-

der daarbij onmiddellijk aan een procesrechtelijk bewijsmiddel te denken. Zo kan het marktonderzoek een nuttig presiemiddel zijn bij onderhandelingen tussen partijen, in een voorafgaande fase. Vervolgens kan het een aangewezen middel zijn om de kansen op het slagen van een procedure beter in te schatten.

Patricia CEYSENS

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

19 DECEMBER 1991

Voorzitter : mevr. Pétry

Rapporteurs : de hh. Melchior en Blanckaert

Advocaat : mr. Lagasse

Grondwet – Grondrechten – Gelijkheid – Rechtsbijstand – Echtscheiding – Vaststelling van overspel

Art. 675, derde en vierde lid, Ger.W., volgens hetwelk de verweerder wordt verzocht te verschijnen en verschijnt zoals in art. 728 Ger.W. is bepaald, schendt de artt. 6 en 6bis Gw., in zoverre het van toepassing is op de vordering van een rechtzoekende die op rechtsbijstand aanspraak maakt om overspel te doen vaststellen als bedoeld in art. 1016bis Ger.W.

S. t/ R.

Arrest nr. 41/91

I. Onderwerp

Bij beslissing van 2 mei 1991 heeft het bureau voor rechtsbijstand van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen aan het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld : «Houdt artikel 675, derde en vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, volgens hetwelk de verweerder verzocht wordt te verschijnen en verschijnt zoals in artikel 728 van het Gerechtelijk Wetboek is bepaald in het kader van de vordering van een armlastige die op rechtsbijstand aanspraak maakt om overspel te laten vaststellen als bedoeld in artikel 1016bis van het Gerechtelijk Wetboek, geen schending in van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet ?»

II. Feiten en voorafgaande rechtspleging

Uit de elementen van het dossier betreffende de voorafgaande rechtspleging blijkt dat bovenvermelde vraag is gesteld ter gelegenheid van een verzoek tot «het krijgen van rechtsbijstand voor een echtscheidingsprocedure, met inbegrip van de overschrijvingsformaliteiten, voor de procedure in kort geding, met inbegrip van de eventuele gedwongen uitvoering van de beslissing tot tussenkomst, en ook voor het vervullen van de formaliteiten die zijn voorgeschreven bij artikel 1016bis van het Gerechtelijk Wetboek».

Het bureau voor rechtsbijstand, dat het verzoek voor de te vervullen procedurehandelingen in de vordering tot echtscheiding en de vordering in kort geding die de verzoekster wenst in te stellen, gegrond acht, motiveert zijn beslissing betreffende de vaststelling van overspel als volgt :

«Overwegende dat, wat het verzoek tot rechtsbijstand betreft om de aanstelling van een gerechtsdeurwaarder te verkrijgen teneinde de noodzakelijke vaststellingen te doen waaruit overspel blijkt, moet worden vastgesteld dat, aangezien de verwerende partij opgeroepen is en regelmatig is verschenen conform de artikelen 675 en 728 van het Gerechtelijk Wetboek, de procedure die de verzoekende partij, omdat zij armlastig is en die bilaterale procedure heeft moeten instellen, wel eens tot mislukken gedoemd zou kunnen zijn, waardoor het belang van de verzoekster bij de vordering vervalt ;

Overwegende dat de vraag dient te worden gesteld of dat verschil in behandeling, dat in het leven is geroepen voor de categorie armlastingen die het bewijs van overspel van hun echtgenoot wensen te verkrijgen, objectief en redelijk kan worden verantwoord ten opzichte van het doel en de gevolgen van de toe te passen norm (artikel 675, derde en vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek)».

...

IV. In rechte

...

1. Artikel 675 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt :

«Voor de rechtbank van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank of de rechtbank van koophandel richt de verzoeker aan het bureau een verzoekschrift in tweevoud, ondertekend door hem of door zijn advocaat ; hij kan ook mondeling aan het bureau zijn verzoek doen ; in dat geval stelt de griffier een beknopte nota op waarin het onderwerp van het verzoek wordt uiteengezet. In beide gevallen voegt de verzoeker bij zijn aanvraag de stukken, voorgeschreven in artikel 676 of, in voorkomend geval, in artikel 677.

Het bureau bepaalt, bij beschikking onderaan op elk exemplaar van het verzoekschrift of van de nota die de griffier opstelt, op welke dag de verzoeker zich moet aanmelden.

De tegenpartij wordt verzocht te verschijnen.

De partijen verschijnen zoals in artikel 728 is bepaald.

De oproeping wordt bij gerechtsbrief toegezonden door de griffier, die daarbij een dubbel voegt van het verzoek of van de nota ter gelegenheid van de verschijning opgesteld.»

2.1. Alleen de verwijzende rechter is bevoegd om uitspraak te doen over de toepasselijkheid van een voor hem aangevoerde norm.

Bijgevolg dient de vraag of artikel 675 van het Gerechtelijk Wetboek al dan niet van toepassing is op de zaak die voor het bureau voor rechtsbijstand van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen is gebracht, buiten de debatten te blijven.

2.2. Ongetwijfeld is het juist, zoals de Ministerraad stelt, dat op dringende zaken artikel 673 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is, en niet artikel 675. Wanneer evenwel artikel 675 wel van toepassing is, staat geen enkel element toe eraan de interpretatie te geven die de Ministerraad eraan geeft in de stelling die hij in zijn memorie subsidiair aanvoert.

Integendeel, volgens dat artikel staat vast dat de verschillende partijen *expressis verbis* dienen te worden uitgenodigd te verschijnen in het kader van het verzoek om rechtsbijstand.

Elk van de drie laatste leden van dat artikel – die een onlosmakelijk geheel vormen – hebben trouwens betrekking op die verschijning.

3. Artikel 675 van het Gerechtelijk Wetboek is een bepaling die betrekking heeft op de rechtsbijstand en is geplaatst binnen de context van de andere bepalingen die dat onderwerp betreffen. Het is dus noodzakelijk om ook die bepalingen in overweging te nemen bij de behandeling van de prejudiciële vraag.

Volgens artikel 664 van het Gerechtelijk Wetboek bestaat rechtsbijstand erin degenen die niet over de nodige inkomsten beschikken om de kosten van rechtspleging, zelfs van een buitengerechtelijke rechtspleging, te bestrijden, geheel of ten dele te ontslaan van de betaling van de zegel-, registratie-, griffie- en uitgifterechten en van de andere kosten welke deze rechtspleging meebrengt. Hij verschaft aan de betrokkene ook kosteloos de tussenkomst van openbare en ministeriële ambtenaren onder de voorwaarden bepaald bij de artikelen 664 tot 669 van het Gerechtelijk Wetboek.

Behoudens de spoedeisende gevallen (art. 673 Ger.W.), wordt het verzoek om rechtsbijstand gericht aan het bureau van de rechtbank waarvoor het geschil aanhangig moet worden gemaakt of, naar gelang van het geval, van de plaats waar de handeling moet worden verricht (art. 675 Ger.W.).

De verzoeker richt aan het bureau een verzoekschrift in tweevoud en ondertekend door hem of door zijn advocaat; hij kan ook een mondeling verzoek doen. In alle gevallen voegt hij bij zijn verzoekschrift de bij artikel 676 van het Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven stukken waaruit zijn behoefte blijkt.

Het bureau bepaalt de dag waarop de verzoeker zich moet aanmelden. De tegenpartij wordt verzocht te verschijnen.

Na de partijen te hebben gehoord, tracht het bureau hen te verzoenen. Komt het niet tot een verzoening, dan doet het bureau onmiddellijk uitspraak of verwijst het de zaak voor nader onderzoek naar een latere zitting. Voor dat onderzoek kan het bij de procureur des Konings om verslag vragen. Op de vastgestelde dag doet het bureau uitspraak, na het openbaar ministerie en de partijen te hebben gehoord.

Rechtsbijstand wordt alleen maar verleend indien hun aanspraak rechtmatig lijkt en hun behoefte is aangetoond (art. 667 Ger.W.).

4. Wanneer de rechtzoekende die een geding wil instellen, over voldoende financiële middelen beschikt en geen beroep hoeft te doen op rechtsbijstand, kan hij onmiddellijk het geding inleiden, naar gelang van het geval, door een dagvaardingsexploot of door een eenzijdig verzoekschrift, zonder dat de tegenpartij daarvan vooraf op de hoogte wordt gebracht.

Beschikt de rechtzoekende die een geding wil instellen, daarentegen niet over voldoende financiële middelen, dan is hij verplicht – voor zover artikel 673 van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing is – een beroep te doen op rechtsbijstand, wat niet kan zonder de tegenpartij te verzoeken te verschijnen (art. 675, derde lid); bovendien is de verzoening verplicht (art. 678, eerste lid, Ger.W.), wordt de tegenpartij gehoord (art. 678, eerste en vierde lid, Ger.W.) en dient het bureau een summier onderzoek te doen naar de gegrondheid van het geding waarvoor de verzoeker rechtsbijstand vraagt.

5. De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en met de aard van de in het geding zijnde beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

6. Hoewel de openbare dienst van het gerecht op voet van gelijkheid voor alle rechtzoekenden toegankelijk moet zijn, volgt uit de hierboven beoogde bepalingen een verschil in behandeling dat louter op de stand van inkomsten steunt.

Al is het redelijk en verantwoord het toekennen van rechtsbijstand afhankelijk te stellen van een onderzoek naar de stand van inkomsten en van een bondig onderzoek naar de schijn van gegrondheid van het geding waarvoor de verzoeker rechtsbijstand vraagt, dan is er, daarentegen, voor het contradictoir karakter van de debatten en de poging tot verzoening, en dus de aanwezigheid van de tegenpartij in de procedure om rechtsbijstand te verkrijgen, geen redelijk verband van evenredigheid met het beoogde doel.

7. Die onevenredigheid is des te fundamenteeler wanneer het, zoals te dezen, gaat om een verzoek om rechtsbijstand om een geding op eenzijdig verzoekschrift in te leiden.

8. De prejudiciële vraag handelt over de bestaanbaarheid met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet van het tegensprekelijk karakter van de procedure van rechtsbijstand wanneer die betrekking heeft op de vaststelling van overspel.

Uit het voorgaande blijkt dat de prejudiciële vraag in bevestigende zin moet worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 31 JANUARI 1991

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal

Advocaat: mr. Geinger

Overeenkomst – Gerechtelijke ontbinding – 1. Wanprestatie – Beoordeling – 2. Duurovereenkomst – Werking van de ontbinding

1. *Het staat aan de rechtbanken de omvang en de draagwijdte te onderzoeken van de door de partijen aangegane verbintenissen en aan de hand van de feitelijke omstandigheden te beoordelen of de aangevoerde wanuitvoering voldoende ernstig is om de ontbinding uit te spreken.*

2. *De gerechtelijke ontbinding van een wederkerige duurovereenkomst, inzonderheid van een huurovereenkomst, op grond van art. 1184 B.W., werkt alleen voor de toekomst wanneer de ter uitvoering van de overeenkomst volbrachte prestaties niet meer teruggegeven kunnen worden.*

R. t/ B.

Gelet op de bestreden vonnissen, op 8 maart en 30 juni 1989 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1184, 1741 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet, doordat de rechtbank van eerste aanleg, uitspraak doende in hoger beroep, het vonnis a quo wijzigd en zegt dat de oorspronkelijke tegenvordering gegrond is, en in zijn vonnis van 8 maart 1989 de mondelinge huurovereenkomst tussen verweerster en eiser aangaande de benedenverdieping van het pand gelegen aan de Oudergemse laan, 331, te E., met ingang van 7 mei 1987 ten laste van eiser ontbindt, op grond: «dat (eiser) de fout heeft begaan feiten boven recht te stellen door de (tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partijen) en het handelsmeubilair op 7 mei 1987 te doen uitzetten» ter uitvoering van het vonnis van 6 januari 1987 van de vrederechter te E.; dat hij door die handelwijze, die psychologisch begrijpelijk is maar rechtens onverantwoord, het ongestoord genot van zijn rechtmatige huurder (verweerster) (althans in theorie) heeft verstoord, door haar voor een voldongen feit te stellen: een voortijdige verbreking van de huurovereenkomst met verstoring van de handelsactiviteiten; dat (eiser) ontegenzeglijk een fout heeft begaan die de ontbinding te zijnen laste rechtvaardigt; dat hij overigens op onjuiste wijze het recht heeft beoordeeld van de (tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partijen) om in de plaatsen te verblijven, waarvan ze weliswaar geen huurder meer waren, maar waarin ze nog steeds mochten verblijven, en om de daar gevestigde handelszaak wel degelijk in naam en voor rekening van (verweerster), de wettige huurder tot 15 november 1988, te besturen», en met verwijzing naar die motivering, zegt dat eisers vordering strekkende tot vergoeding van het verlies van de handelszaak en de voorraad en van de huurschade niet gegrond is, *terwijl, eerste onderdeel,* het aan de rechter staat de ontbinding van de overeenkomst uit te spreken, waarbij hij

dienaangaande een bepaalde beoordelingsmacht behoudt, daar de rechter die uitspraak moet doen over een rechtsvordering tot ontbinding van een wederkerig contract, en inzonderheid van een huurovereenkomst, aan de hand van de feitelijke omstandigheden moet beoordelen of de aangeklaagde tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding van de overeenkomst ten laste van laatstgenoemde te rechtvaardigen; de rechter, door alleen vast te stellen dat een van de partijen een fout heeft begaan die tot ontbinding van het contract leidt, zijn beslissing dat het contract ten laste van een van de partijen wordt ontbonden, niet naar recht verantwoordt; hoewel de rechtbank te dezen vaststelt dat eiser een fout heeft begaan door, althans in theorie, het ongestoord genot van verweerster te verstoren, uit die feitelijke vaststellingen niet blijkt dat de in aanmerking genomen fout ernstig genoeg was om de ontbinding van het contract ten laste van eiser te rechtvaardigen, te meer daar de rechtbank erop wijst dat verweerster vrij gelaten had gereageerd op de uitzetting; de rechtbank door de ontbinding van de huurovereenkomst ten laste van eiser uit te spreken, zonder dat uit de vaststellingen van het vonnis van 8 maart 1989 blijkt dat de ernst van de in aanmerking genomen fout die beslissing rechtvaardigde, de artikelen 1184 en 1741 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

...

derde onderdeel, de gerechtelijke ontbinding van een wederkerig duurcontract, inzonderheid een huurovereenkomst, slechts voor de toekomst werkt en, wat de gevolgen ervan betreft, in de regel alleen tot de vordering in rechte terugwerkt; te dezen de ontbinding van de huurovereenkomst door verweerster bij tegenvordering in haar conclusie van 28 januari 1988 is gevraagd; de ontbinding van de huurovereenkomst dus niet tot een vroegere datum kon terugwerken; de rechtbank, door op bladzijde 6 (vijfde lid) van haar vonnis van 8 maart 1989 vast te stellen dat verweerster tot 15 november 1988 de rechtmatige huurder van het goed was, overigens de regelmatigheid en de doeltreffendheid erkent van de opzegging die eiser haar heeft gedaan bij aangetekende brief van 12 mei 1987, waarin hij haar een opzeggingstermijn van 18 maanden ter kennis bracht, dit na het uitzetten van de twee medehuurders, waardoor de mondelinge huurovereenkomst van onbepaalde duur beëindigd werd; de rechtbank niet wettig heeft kunnen beslissen dat de huurovereenkomst was ontbonden op 7 mei 1987, aangezien zij aldus de ontbinding van een duurcontract doet terugwerken tot vóór de bij conclusie van 28 januari 1988 ingestelde vordering (schending van de artikelen 1184 en 1741 van het Burgerlijk Wetboek); zelfs als wordt aangenomen dat de ontbinding van een huurovereenkomst kan terugwerken tot een vroegere datum dan de inleiding van de rechtsvordering, – quod non – de rechtbank, die in haar vonnis van 8 maart 1989 op zijn minst impliciet erkent dat de door eiser bij aangetekende brief op 12 mei 1987, dat wil zeggen na de uitzetting van de twee medehuurders, gedane opzegging rechtmatig is, en die derhalve aanneemt dat de huurovereenkomst na de uitzetting bleef bestaan, althans de ontbinding van de huurovereenkomst niet wettig tot 7 mei 1987 heeft kunnen doen teruggaan (schending van de artikelen 1184 en 1741 van het Burgerlijk Wetboek);

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het vonnis van 8 maart 1989, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, oordeelt dat verweerder tot 15 november 1988 in de plaatsen had kunnen blijven; dat het oordeelt dat eiser, door de twee vorige huurders, de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partijen, en al het commercieel meubilair op 7 mei 1987 te doen uitzetten, de huurovereenkomst voortijdig heeft verbroken en de handelsactiviteiten heeft verstoord;

Overwegende dat het aan de rechtbanken staat de omvang en de draagwijdte te onderzoeken van de door de partijen aangegane verbintenissen en aan de hand van de feitelijke omstandigheden te beoordelen of de aangevoerde wanuitvoering voldoende ernstig is om de ontbinding uit te spreken;

Dat de rechtbank, nu zij op grond van een onaantastbare beoordeling van de gegevens van de zaak vaststelt dat eiser «het ongestoord genot van zijn rechtmatige huurder heeft verstoord», daaruit kon afleiden dat eiser een fout heeft begaan die de ontbinding van de overeenkomst te zijnen laste rechtvaardigt;

Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat de gerechtelijke ontbinding, met toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, van een wederkerig duurcontract, inzonderheid een huurovereenkomst, alleen voor de toekomst werkt wanneer de ter uitvoering van de overeenkomst volbrachte prestaties niet meer kunnen worden teruggegeven;

Overwegende dat de rechtbank, door te oordelen dat eiser een fout heeft begaan door «het ongestoord genot van zijn huurder te verstoren» en door vast te stellen dat verweerder «de plaatsen heeft verlaten ten gevolge van de procedure tot uitzetting van 7 mei 1987», impliciet heeft overwogen dat na dat tijdstip niets meer was uitgevoerd dat kon worden teruggegeven en bijgevolg de ontbinding op die datum heeft kunnen uitspreken;

Dat voor het overige, zo het vonnis van 8 maart 1989 vaststelt dat de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partijen de handelszaak in naam en voor rekening van verweerder, «de rechtmatige huurder tot 15 november 1988», konden besturen, uit de context volgt dat de appelrechters, door zich aldus uit te drukken, het voortbestaan van de huurovereenkomst na de uitzetting van 7 mei 1987 niet hebben aangenomen maar hebben willen beklemtonen dat verweerder, als eiser niet de fout had begaan, die tot ontbinding van de huurovereenkomst heeft geleid, tot november 1988 in de plaatsen had kunnen blijven;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 3 JUNI 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Volledig werkloze — Arbeidsongeschiktheid — Nieuwe aanvraag — Persoonlijke werkloosheidsverklaring — Aanvullende documenten — Indiening — Termijn

De uitkeringsgerechtigde volledig werkloze die na een periode van arbeidsongeschiktheid een nieuwe aanvraag om werkloosheidsuitkeringen indient door een persoonlijke werkloosheidsverklaring, moet zowel de documenten die de aanvraag aanvullen als die welke het administratief dossier uitmaken, binnen de wettelijke termijn indienen.

R.V.A. t/ W.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 juli 1989 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 185, inzonderheid 185, eerste lid, 186, 189 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, 84, inzonderheid 84, 6°, 87, 93, inzonderheid 93, § 2 en 3, eerste, tweede en derde lid, uit hoofdstuk IX van het ministerieel besluit inzake werkloosheid van 4 juni 1964, die bepalingen als gewijzigd bij het ministerieel besluit van 19 juli 1984, 1147, 1148 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, nu vaststaat dat de gewestelijke werkloosheidsinspecteur, na erop te hebben gewezen dat de door verweerder tot staving van haar aanvraag om werkloosheidsuitkeringen overgelegde documenten, behoorlijk aangevuld op 5 maart 1987 op het gewestelijk bureau zijn toegekomen, terwijl de bij artikel 93, § 2, tweede lid, van het in het middel aangewezen ministerieel besluit van 4 juni 1964 bepaalde termijn was verstreken, beslist dat verweerder pas vanaf 5 maart 1987 en niet vanaf 24 september 1986, de datum waarop de aanvraag is ingediend, gerechtigd is op de werkloosheidsuitkering, met bevestiging van het beroepen vonnis beslist dat verweerder vanaf 24 september 1986 gerechtigd is op werkloosheidsuitkeringen, op grond: 1° dat enerzijds niet kan worden betoogd dat de werkloze, om opnieuw gerechtigd te zijn op werkloosheidsuitkeringen, het document C.109 binnen de vastgestelde wettelijke termijn moet aanvullen door het overleggen van een C.6, aangezien die C.109 eveneens is ingesteld om de aanvraag om werkloosheidsuitkeringen met alle gevolgen van dien geldig te kunnen indienen als de werkloze geen C.6 kan krijgen of althans niet binnen de voorgeschreven termijn; dat de werkloze die van zijn werkgever onmogelijk een C.4 kan krijgen en die binnen de wettelijke termijn een persoonlijke verklaring C.109 indient, later immers geen C.4 meer hoeft te doen toekomen, nu het document C.109 op zichzelf een aanvraag om uitkeringen uitmaakt die gelijkwaardig is met de andere in artikel 84 opgesomde documenten C en dat zulks evenzeer geldt voor het document C.109 wanneer geen C.6 kan worden verkregen; (...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 87 van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 bepaalt dat de ziek geworden werknemer of werkloze die, nadat hij opnieuw arbeidsgeschikt is geworden, volledig werkloos wordt of blijft, alle formaliteiten moet vervullen die van een volledig werkloze worden vereist en bovendien een «verklaring van lichamelijke geschiktheid»

C.6 moet indienen, die, in deze onderstelling, het bewijs van werkloosheid vervangt;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest volgt dat verweerster, uitkeringsgerechtigde volledig werkloze, na een periode van arbeidsongeschiktheid een nieuwe aanvraag om werkloosheidsuitkeringen heeft ingediend door een persoonlijke werkloosheidsverklaring C.109 en dat de door het gewestelijk bureau gevraagde verklaring van lichamelijke geschiktheid C.6 alleen buiten de wettelijke termijn is ingediend;

Overwegende dat artikel 93, § 2, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 in zijn eerste lid bepaalt dat, wanneer de door een formulier C.109 ingediende aanvraag om werkloosheidsuitkeringen of het administratief dossier onvolledig op het gewestelijk bureau toekomen, het bureau ze terugzendt naar de uitbetalingsinstelling vergezeld van een nota waarin alle ontbrekende documenten of inlichtingen worden vermeld, en in zijn tweede lid, dat de in het eerste lid bedoelde documenten behoorlijk aangevuld opnieuw op het gewestelijk bureau moeten toekomen binnen de termijn van een maand, die ingaat op de dag na de terugzending ervan aan de betalingsinstelling;

Overwegende dat uit die bepalingen volgt dat zowel de documenten die de aanvraag aanvullen als de documenten die het administratief dossier uitmaken binnen de wettelijke termijn moeten toekomen; dat te dezen het formulier C.6 door het gewestelijk bureau werd gevraagd om, met toepassing van voormeld artikel 87, de door het formulier C.109 ingediende aanvraag aan te vullen;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat de werkloze, om opnieuw gerechtigd te zijn op werkloosheidsuitkeringen, het document C.109 niet «binnen de vastgestelde wettelijke termijn hoefde aan te vullen door het overleggen van een C.6, aangezien die C.109 eveneens is ingesteld om de aanvraag om werkloosheidsuitkeringen met alle gevolgen van dien geldig te kunnen indienen, als de werkloze geen C.6 kan krijgen, of althans niet binnen de voorgeschreven termijn», de in dit onderdeel aangevoerde wettelijke bepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 28 JUNI 1991

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Openbaar nutsbedrijf – Personeel in dienst om herstellingen aan installaties uit te voeren

De omstandigheid dat een openbaar nutsbedrijf personeel in dienst heeft om herstellingen uit te voeren aan installaties, om welke oorzaak ook die herstellingen nodig zijn, brengt niet mee, zelfs indien dat personeel uitsluitend voor herstellingen in dienst is genomen, dat de last van de herstelling moet worden gedragen door dat bedrijf wanneer de schade is veroorzaakt door een fout van een derde.

Intercommunale vereniging G. t/ N.V. D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 10 november 1989 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge in hoger beroep gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het bestreden vonnis de vordering van eiseres tot vergoeding van de schadeposten arbeid en verhoging kosten weddetrekkend personeel van de factuur van 20 september 1983 ongegrond verklaart op grond dat m.b.t. de «juiste toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W. (verweerster) de evolutie van de cassatierechtspraak nopens het probleem van de doorbraak van het causaal verband tussen fout en schade door een eigen juridische oorzaak overloopt en meer bepaald in het geval dat de schadelijder niets anders doet dan een contractuele plicht uit te voeren naar aanleiding van een onrechtmatige daad van een derde, om uiteindelijk te komen tot de arresten van het Hoogste Hof van 9 maart 1984 (R.W., 1983-84, 2805) en 15 maart 1985 (R.W., 1984-85, 2617)»; het laatste arrest een bevestiging inhoudt van het arrest van 9 maart 1984 en de volgende duidelijke regelen bevat: 1. De vaststelling dat een uitgave of prestatie een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting als rechtsgrond heeft, is niet voldoende om het oorzakelijk verband tussen een onrechtmatige daad van een derde en die uitgave of prestatie te ontkennen. 2. Het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting kan wel verhinderen dat schade in de zin van art. 1382 B.W. ontstaat, inzonderheid wanneer, blijkens de inhoud of strekking van de overeenkomst, de wet of reglement, de uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe verbonden heeft of die ze ingevolge de wet of reglement moet verrichten, wat ook de feitelijke oorzaak ervan zij. 3. Art. 1382 B.W. verplicht de schadeverwekker de gelaedeerde integraal te vergoeden, wat impliceert dat de benadeelde teruggeplaatst wordt in de toestand waarin hij zou zijn gebleven indien de fout waarover hij zich beklaagt, niet was gepleegd; (eiseres) de discussie poogt vast te houden op het vlak van het oorzakelijk verband tussen fout en schade om aan te tonen dat zich tussen de fout en schade geen enkele verbintenis heeft geplaatst die de schade zou kunnen verklaren of die een quasi-delictuele vordering t.o.v. de aansprakelijke zou uitsluiten; de strekking nu echter van de jongste cassatierechtspraak die is waarbij het oorzakelijk verband tussen fout en schade niet zomaar ontkend kan worden door een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting die de uitgave verantwoordt; het bestaan echter van een contractuele verplichting, in casu tot het betalen van het loon van het herstelpersoneel wel kan verhinderen dat schade ontstaat in de zin van artikel 1382 B.W., inzonderheid wanneer, blijkens de inhoud of de strekking van de overeenkomst de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich verbonden heeft, zelfs als de omstandigheid op grond waarvan tot uitvoering van de bedongen uitgave of prestatie moet worden overgegaan, een gevolg is van een onrechtmatige daad; zoals (verweerster) terecht opmerkt, deze personeelsleden juist met het oog op de uitvoering van herstellingen, wat ook de oorzaak van de herstellingen zij, in dienst werden genomen; het loon daartoe aangewend een uitgave is dat steeds verschuldigd is, wat ook de oorzaak van de herstelling is; het

derhalve tot het risico dat voorzien werd door de intercommunale behoort ; het tegenargument dat deze loonkosten op zichzelf de schade niet vertegenwoordigen, maar slechts een maatstaf vormen tot begroting ervan en aldus enkel de economische waarde als element van de schade in aanmerking komt, de rechtbank een subtiliteit lijkt te zijn die ertoe zou leiden dat vergoeding kan worden verkregen als er maar een juiste formulering aan gegeven wordt ; de discussie derhalve verplaatst is naar het domein van de schade zelf, de vergoedbare schade : waarin bestaat de schade van het vernielen van een elektriciteitspaal in de zeer specifieke omstandigheden dat deze toebehoort aan een openbaar nutsbedrijf ? ; deze vraag beantwoord dient te worden met inachtneming van de regel dat de benadeelde teruggeplaatst dient te worden in de toestand waarin hij gebleven zou zijn indien de fout, waarover hij zich beklaagt, niet was gepleegd ; de toestand waarin (eiseres) verder verkeerdt zou hebben mocht de onrechtmatige daad niet zijn gebeurd, duidelijk die is waarbij de elektriciteitspaal rechtop zou blijven staan hebben en er continue elektriciteit door de bedrading zou zijn gestroomd ; deze toestand vergeleken dient te worden met de toestand waarin de eiseres gebracht werd na het ongeval ; het duidelijk om vermogensschade gaat ; er een vermindering van de economische waarde van het vermogen van (eiseres) is ; Waarin bestaat die waardevermindering nu voor (eiseres) in concreto ? ; deze vraag essentieel afwijkt van de vraag waarin de economische waardevermindering normaal bestaat ; derhalve wel degelijk rekening gehouden moet worden met de specifieke omstandigheid dat (eiseres) als openbaar nutsbedrijf, in dat verband een omkadering heeft vastgesteld waarbij personeel in dienst werd genomen duidelijk alleen om herstellingen uit te voeren aan de installaties, om welke oorzaak die herstellingen ook nodig zijn ; door (eiseres) rekening werd gehouden met de mogelijkheid dat er zich pannes konden voordoen ; deze pannes zowel hun oorzaak kunnen vinden in de installaties zelf als daarbuiten (onrechtmatige daad van een derde, natuurverschijnselen, technische pannes aan de apparatuur zelf e.a.) ; nu is het niet uitsluitend om de mogelijkheid van beschadiging en noodzaak van herstelling wegens een onrechtmatige daad van een derde dat een dergelijke personeelseenheid werd ingericht ; enkel in het licht van algemeen te voorziene pannes, waaronder beschadigingen uit onrechtmatige daad, deze dienst te verklaren is en het loon dat voor deze personeelsleden wordt betaald, zowel moet worden betaald ingeval er zich een schade voordoet uit onrechtmatige daad als daarbuiten ; zij (bovendien) geen andere taak te vervullen hebben dan die van herstelling, om welke oorzaak ook ; evenmin aangevoerd kan worden dat zij andere meer winstgevende taken konden hebben uitgeoefend, had het ongeval zich niet voorgedaan ; dit personeel enkel ingezet wordt om herstellingswerken uit te voeren en voorts nog niet bewezen is dat het op dat ogenblik andere taken had te volbrengen ; het derhalve duidelijk moet zijn, dat deze personeelsleden (technische en administratieve) op dat ogenblik een opdracht vervulden waarvoor ze normaal diende en ingericht was en deze opdracht niet uitvoerenden naast hun gewone opdracht, aangezien hun gewone opdracht er juist in bestond dergelijke pannes te herstellen ; uit de aard en strekking van de verbintenis welke bestaat tussen (eiseres) en dit specifiek aangeworven personeel, maar bovenal daar door (eiseres) niet bewezen wordt dat in het onderhavige geval deze personeelsleden

weggetrokken zijn geweest van andere meer lucratieve opdrachten, afgeleid mag worden dat de economische last daarvan definitief te dragen is door eiseres ; het hier in deze zaak concreet niet bewezen is dat het om een werk ging dat buiten hun gewone taken moest worden uitgevoerd ; hetzelfde voor het administratief personeel belast met de ongevallen- en panneadministratie geldt ; bovenstaande motivering hier aldus als herhaald kan worden beschouwd»,

...

Overwegende dat het vonnis aanneemt dat eiseres recht heeft op integrale vergoeding van de schade veroorzaakt door de fout van de voor de onrechtmatige daad aansprakelijke persoon, maar oordeelt dat te dezen de kosten van arbeid en lonen die nodig waren voor de herstelling van de elektriciteitspaal, het gevolg zijn van de op eiseres wegende contractuele verplichting lonen aan haar personeel te betalen en geen schade zijn in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat de omstandigheid dat een openbaar nutsbedrijf personeel in dienst heeft om herstellingen uit te voeren aan installaties, om welke oorzaak ook die herstellingen nodig zijn, niet meebrengt, zelfs indien dat personeel uitsluitend voor herstellingen in dienst genomen is, dat de last van de herstelling moet worden gedragen door dat bedrijf wanneer de schade veroorzaakt is door een fout van een derde ;

Dat het vermogen van het bedrijf niet anders wordt aangetaast als het bedrijf personeel in dienst neemt om reeds ontstane schade te herstellen of van te voren personeel in dienst neemt om te verwachten schade te kunnen herstellen ;

Dat het bestreden vonnis, door op grond van de in het middel weergegeven redenen, de vordering van eiseres af te wijzen voor zover ze betrekking heeft op de kosten «arbeid en verhoging kosten weddetrekkend personeel», de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt ;

...

NOOT – Zie over deze problematiek o.m. Van Dorpe, L., «Herstelplicht bij schade toegebracht aan nutsbedrijven» (noot onder Gent, 27 mei 1983), *R.W.*, 1983-84, 1088-1091 ; Schuermans, L., Schryvers, J., Simoens, D., Van Oevelen, A. en Schamp, H., «Overzicht van rechtspraak – Onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1977-1982)», *T.P.R.*, 1984, (511), 831-842, nr. 85, C.; Vandenberghe, H. en Van Quickenborne, M., m.m.v. Geelen, K. en De Coster, S., «Overzicht van rechtspraak – Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, (1255), 1585-1591, nrs. 199-201).

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 30 SEPTEMBER 1991

Voorzitter : de h. Rauws

Rapporteur : de h. Marchal

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten : mrs. Bützler en De Gryse

Arbeidsovereenkomst — Beëindiging — Werkgever — Vrij onderwijs — Vastheid van betrekking — Eenzijdige beëindiging — Openbare orde

Strijdig met de openbare orde en derhalve nietig is het beding dat de uitoefening door de werkgever van het recht van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst onmogelijk maakt behalve om een dringende reden.

B. t/ V.Z.W. D.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 mei 1990 door het Arbeidshof te Brussel op verwijzing geweest;

...

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen onder de toepassing valt van de Arbeidsovereenkomstenwet en dat de bepalingen van die wet voorrang hebben op de bepalingen van het in het middel bedoelde «statuut»; dat het arrest daaraan toevoegt dat aan de overeenkomst geen andere gevolgen kunnen worden toegekend dan die welke voormelde wet bepaalt;

Dat het arrest, zoals ook uit de context blijkt, aldus aanneemt dat het «statuut» als collectieve arbeidsovereenkomst gelding kan hebben tussen partijen voor zover het niet strijdig is met dwingende wetsbepalingen;

Overwegende dat strijdig is met de openbare orde en mitsdien nietig is het beding dat de uitoefening door de werkgever van het recht tot eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, behoudens wegens dringende reden, onmogelijk maakt;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat, zo de definitieve benoeming, bepaald in het «statuut», zou worden beschouwd «als een verbintenis om de als zodanig benoemde persoon nooit te ontslaan», die benoeming «een verbintenis voor het leven zou zijn die strijdig is met artikel 1780 van het Burgerlijk Wetboek, zelfs indien het contract in de mogelijkheid voorziet de verbintenis uitsluitend om dringende redenen te beëindigen»;

Dat het arrest wettig beslist dat het bedoelde beding, aldus begrepen, nietig is;

...

NOOT—Het Hof handhaaft hiermee de omstrede beslissing van Cass., 31 oktober 1976, *A.C.*, 1976, 287.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 4 OKTOBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Bützler en Houtekier

Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Uitkeringen — Terugvordering — Indeplaatsstelling — Verzekeringsinstelling — Beperking — Gemeen recht — Arbeidsongeschiktheidsgraad — Gevolg

De verzekeringsinstelling die op grond van de Z.I.V.-wet ongeschiktheidsuitkeringen heeft gedaan, is voor het gehele bedrag

ervan in de plaats gesteld van haar rechthebbende ten aanzien van diegene die, op grond van het gemene recht, voor de ongeschiktheid aansprakelijk is, met deze beperking dat het bedrag van de vordering van de verzekeringsinstelling niet hoger kan zijn dan het bedrag dat de rechthebbende in het gemene recht zou toekomen voor de veroorzaakte ongeschiktheid.

N.B.L.M.B. t/ N.V. U.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 maart 1990 door het Hof van Beroep te Brussel geweest;

Over het middel: schending van artikel 70, § 2, vierde lid, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, als gewijzigd bij artikel 1 van het koninklijk besluit nummer 19 van 4 december 1978 (thans artikel 76^{quater}, § 2, vierde lid, van dezelfde wet, ingevoegd bij artikel 44 van de wet van 30 december 1988 in werking sedert 1 januari 1989).

doordat het hof van beroep, na te hebben opgemerkt dat «de oorspronkelijke vordering van (eiser) tot terugbetaling strekte van het saldo van uitgekeerde vergoedingen ten bedrage van 89.003 frank», dat «(eiser), die op grond van artikel 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 van rechtswege gesubrogeerd is in de rechten van zijn verzekerde, aan deze laatste vergoedingen heeft uitbetaald ten belope van 150.285 frank» en dat «op dit bedrag 61.282 frank door (verweerster) werd terugbetaald», oordeelt dat de vordering ongegrond is, (...)

Overwegende dat uit de te dezen toepasselijke tekst van artikel 70, § 2, van de Ziekte- en Invaliditeitswet volgt dat de verzekeringsinstelling die op grond van die wet ongeschiktheidsuitkeringen heeft gedaan, voor het gehele bedrag ervan in de plaats is gesteld van haar rechthebbende, ten aanzien van diegene die, met name op grond van het gemene recht, voor de ongeschiktheid aansprakelijk is, met die beperking dat het bedrag van de vordering van de verzekeringsinstelling niet hoger kan zijn dan het bedrag dat de rechthebbende, met name in het gemene recht, zou toekomen voor de veroorzaakte ongeschiktheid;

Overwegende dat uit het arrest en de processtukken blijkt: dat B., rechthebbende van eiser, op 22 juli 1981 het slachtoffer is geweest van een verkeersongeval waarvoor de verzekerde van verweerster aansprakelijk is gesteld; dat B., volgens de door de strafrechter aangestelde deskundige, naar het gemene recht tijdelijk arbeidsongeschikt is geweest van 22 juli 1981 tot 21 oktober 1981 100%, van 22 oktober 1981 tot 30 november 1981 50%, van 1 december 1981 tot 31 december 1981 30%, van 1 januari 1982 tot 28 juni 1982 15%, van 29 juni 1982 tot 15 juli 1982 100%, van 16 juli 1982 tot 29 november 1982 15% en van 30 november 1982 tot 15 december 1982 5%;

Overwegende dat het arrest de werkelijkheid van de voormelde arbeidsongeschiktheidsperiodes niet ontkent noch ontkent dat eiseres gedurende die periodes ongeschiktheidsuitkeringen aan B. heeft betaald;

Dat de appelrechter evenwel het subrogatierecht van de eiser beperkt tot de periodes waarin de arbeidsongeschiktheid van B. in het gemene recht meer dan 66% bedroeg, zonder dat hij vaststelt dat de ongeschiktheidsuitkeringen voor de andere periodes, op grond van de Ziekte- en Invaliditeits-

wet onterecht waren gedaan, en zonder te onderzoeken wat het bedrag is van de vergoeding volgens het gemene recht waarop B. voor die periodes van arbeidsongeschiktheid aanspraak zou hebben, en of het bedrag van de door eiser betaalde uitkeringen het laatstbedoelde bedrag overtreft:

Dat de appelrechter zodoende zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 10 OKTOBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. De Bruyn

Gemeente – Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Wegen – Rijksweg – Veiligheid van de weggebruikers

De gemeenteoverheid moet, tenzij een vreemde oorzaak die haar niet kan worden toegerekend, haar belet haar beveiligingsverplichting na te leven, op haar grondgebied de veiligheid van het verkeer in de straten handhaven, zelfs op de aan de Belgische Staat toebehorende wegvakken, en de nodige maatregelen bevelen om het verkeer opnieuw mogelijk te maken wanneer de veiligheid van de weggebruikers er niet meer verzekerd is.

Waalse Gewest en Belgische Staat t/ Fexhe-le-Haut-Clocher

Over het middel: schending van de artikelen 50 van het decreet van 14 december 1789 betreffende de inrichting van de gemeentebesturen, 3, 1°, van titel XI van het decreet van 16-24 augustus 1790 op de rechterlijke organisatie, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest zegt dat verweerster geenszins aansprakelijk is, op grond: «dat te dezen de fout niet ligt in de bebakening van de verkeersbelemmering, maar in de nalatigheid van de met het beheer van de weg 414 belaste Staat in de uitvoering van een opdracht die uitsluitend te zijnen laste viel, te weten het verhelpen van een toestand die gevaarlijk was, zoals uit vroegere ongevallen was gebleken», en bijgevolg de rechtsvordering tot vrijwaring van de Belgische Staat tegen verweerster afwijst,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het ongeval is gebeurd op het grondgebied van de gemeente Fexhe-le-Haut-Clocher, maar op een rijksweg, en te wijten is aan een verkeersbelemmering, te weten een verplaatsbare seinpaal, waarover een aangestelde van de Staat toezicht uitoefende, terwijl een grotere voorzichtigheid bij het vastzetten van die paal in de bodem het ongeval had kunnen voorkomen; dat het arrest, bij de uitspraak over de vordering tot vrijwaring van eiser tegen de verwerende gemeente, erop wijst dat, hoewel de gemeenteoverheid ingevolge de decreten van 14 december 1789 betreffende de inrichting van de gemeentebesturen en van 16-24 augustus 1790 op de rechterlijke organisatie moet zorgen voor de veiligheid van het verkeer in de straten, de fout te dezen niet ligt in de bebakening van de

verkeersbelemmering maar in de nalatigheid van de Staat, die belast was met het beheer van de bewuste weg en die de opdracht, die uitsluitend te zijnen laste viel, te weten het verhelpen van een toestand die gevaarlijk was, zoals uit vroegere ongevallen was gebleken, niet heeft uitgevoerd; dat het bijgevolg beslist dat die vordering tot vrijwaring niet gegrond is;

Overwegende dat de gemeenteoverheid, tenzij een vreemde oorzaak die haar niet kan worden aangerekend, haar belet haar beveiligingsverplichting na te komen, op haar grondgebied de veiligheid van het verkeer in de straten moet handhaven, zelfs op aan de Staat toebehorende wegvakken, en de nodige maatregelen bevelen om het verkeer opnieuw mogelijk te maken wanneer de veiligheid van de weggebruikers er niet meer verzekerd is;

Overwegende dat het hof van beroep, door de supra weergegeven overwegingen, zijn beslissing de rechtsvordering tot vrijwaring tegen de verwerende gemeente ongegrond te verklaren, niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Arbeidsreglement – Gebruik – Strijdigheid – Rechtsbronnen – Hiërarchie – Beoordeling – Hof van Cassatie

Wanneer de feitenrechter heeft geoordeeld dat een ondernemingsgebruik niet strijdig is met het arbeidsreglement van die onderneming, is het Hof van Cassatie niet bevoegd om de betekenis en draagwijdte van het gebruik en het arbeidsreglement in kwestie te bepalen, noch om hun onderlinge verhouding te beoordelen, aangezien geen van beide wetten zijn in de zin van art. 608 Ger.W.

K. t/ N.V. F.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 februari 1990 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

...

Overwegende dat, krachtens artikel 51, 6° en 9°, van de C.A.O.-wet, door het gebruik vastgestelde regelen niet strijdig mogen zijn met de bepalingen van het arbeidsreglement;

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat het in het bedrijf van verweerster geldende gebruik, volgens hetwelk de prikkarten worden afgetekend wanneer overuren worden verricht, niet strijdig is met de bepalingen van het arbeidsreglement, volgens welke de prikklok «de wijze van meting van en de controle op de arbeid met het oog op de betaling van het loon uitmaakt»;

Dat het arbeidsreglement en het te dezen geldende gebruik geen wetten in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek zijn; dat het Hof derhalve niet bevoegd is om de betekenis en de draagwijdte ervan te bepalen, noch om

hun onderlinge verhouding te beoordelen; dat het uitsluitend aan de feitenrechter staat te oordelen of het gebruik strijdig is met het arbeidsreglement;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 24 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Michielsens (rapporteur)

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaten: mrs. Melotte loco Plessers en Cassimon loco Willems

Burgerlijke partij — Verhogingsbeding

De strafrechter is slechts bevoegd om de schade toe te kennen die voortspuit uit een misdrijf. Als de verhoging van de schade voortspuit uit een overeenkomst tussen het Vlaamse Gewest en de verzekeringsmaatschappijen, is de strafrechter onbevoegd om deze schadevergoeding toe te kennen.

Het Vlaamse Gewest t/ T.

Overwegende dat het hoger beroep beperkt is tot de vordering van het Vlaamse Gewest inzake de verhoging met 10% van de schade ten gevolge van een ongeval, veroorzaakt door T., toegebracht aan een verlichtingspaal;

Overwegende dat niet in betwisting is dat de schade aan deze verlichtingspaal op 32.025 fr. beloopt, welk bedrag door de eerste rechter ook werd toegekend;

Overwegende dat het Vlaamse Gewest een bedrag van 3.203 fr. d.i. 10% van het schadebedrag, bijkomend vordert wegens kosten van toezicht en beheer, bedrag dat werd afgewezen door de eerste rechter;

Overwegende dat de burgerlijke partij vooropstelt dat de Belgische Staat — het Ministerie van Openbare Werken — op 15 april 1988 met de B.V.V.O. (Beroepsvereniging der Belgische en in België werkzame buitenlandse verzekeringsondernemingen) een conventie sloot waarbij in artikel 4.1 bedongen werd dat het BCE (Bureau voor de Coördinatie van Expertises) werd belast met de vaststelling der schade en in artikel 5.3.b een verhoging van dit vastgestelde schadebedrag werd overeengekomen ten belope van 10% met een maximum van 20.000 fr. wegens kosten van toezicht en beheer die het rechtstreeks gevolg zijn van de herstelling der schade;

Overwegende dat de burgerlijke partij, het Vlaamse Gewest, verder aanvoert dat zij de rechtsopvolger is van de Belgische Staat in dezen, dat het schadebedrag volgens de overeengekomen regelen werd vastgesteld en dat ingevolge artikel 18 van de modelpolis van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen de verzekeraar het uitsluitend recht heeft om met de benadeelde te onderhandelen, en dat zulks in casu geschiedde bij wijze van algemene overeenkomst met een groep verzekeraars waartoe de N.V. D., verzekeraar van T. behoort;

Overwegende evenwel dat de strafrechter slechts bevoegd is om schade toe te kennen die voortspuit uit een misdrijf en dat de gevorderde 10% niet steunt op een reële schade,

maar haar oorsprong vindt in een overeenkomst gesloten door de Belgische Staat — thans het Vlaamse Gewest — met een aantal verzekeringsondernemingen;

Overwegende dat het vorderingsrecht van de burgerlijke partij beperkt blijft tot de schade die rechtstreeks voortspuit uit als misdrijf omschreven feiten en niet mag worden uitgebreid tot rechten die steunen op overeenkomsten of op transacties; dat het Hof derhalve daarvoor niet bevoegd is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 6 DECEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Michielsens

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaat: mr. Koninckx

Beroepsreglementering — Wet van 15 december 1970 — Restaurateur-banketaannemer

Hij die gewoonlijk en zelfstandig warme of koude maaltijden bereidt, die bestemd zijn onderscheidenlijk om ter plaatse in de inrichting te worden gebruikt, of om, op bestelling, door hem buiten de inrichting te worden opgediend, oefent luidens art. 2, § 1, van het K.B. van 13 juni 1984 de beroepswerkzaamheid uit van restaurateur of van traiteur-banketaannemer.

Die bepaling maakt geen onderscheid naar gelang van de bereidingswijze der gerechten, noch van de aard van het kookvuur, noch van het gebruikte keukengerei. Noch de aard van de schotels of borden waarin het eten wordt opgediend, noch de aard van het bestek spelen daarbij enige rol.

Art. 2, § 2, 2°, voorziet in een uitzondering voor bakkers, banketbakkers, flensjesverkopers en ijsverkopers, die hun baksel, hun confiserieën of hun ijs mogen serveren in hun consumptiesalon of zelfs buiten hun inrichting mogen opdienen, maar deze uitzondering op de algemene regel moet restrictief worden geïnterpreteerd. Bedoelde vakmensen mogen geen andere gerechten bereiden dan die welke ze beroepshalve afleveren.

Er is sprake van bereiding van gerechten zodra de eetwaar klaar wordt gemaakt voor consumptie, ze gereed wordt gebracht om te worden verbruikt, en de spijzen worden toebeleid.

B.

Overwegende dat Rosa B. te Diepenbeek een verbruiksalon exploiteert onder de veelbelovende naam «Het lekkerbekje» en dat ze daartoe een inschrijving heeft genomen in het handelsregister met vermelding «verbruiksalon, kleinhandel in room- en consumptieijs»;

Overwegende dat op 30 augustus en 11 september 1990 een onderzoek werd ingesteld door de economische algemene inspectie en dat een controleur heeft vastgesteld dat de beklaagde behalve pannenkoeken, wafels, gebak en ijs, ook spaghetti, lasagna, pizza's, macaroni, uitsmijters en omelet, Russisch ei, haringschotels, tartaar, spek met eieren, mosselen met brood en nog andere dergelijke lievelingskost verkocht met bediening aan tafel;

Overwegende dat de beklaagde derhalve een handelswerkzaamheid uitoefent waarvoor ze niet is ingeschreven in

het handelsregister ; dat deze overtreding, die de beklagde trouwens niet betwist, bestraft wordt overeenkomstig artikel 44 van het koninklijk besluit van 20 juli 1964 tot coördinering van de wetten betreffende het handelsregister ;

Overwegende dat de beklagde aanvoert dat deze aftandse wetgeving om de haverklap wordt overtreden door alle beoefenaars van de horeca-sector ; dat deze bewering, zelfs al mocht ze worden bewaarheid, ter zake irrelevant is daar andermans foutief gedrag niet kan leiden tot eigen straffeloosheid ;

Overwegende dat de beklagde niet houdster is van een activiteitsattest dat haar toestaat de beroepswerkzaamheid van restauratiehouder of traiteur-banketaannemer uit te oefenen ;

Overwegende dat hij die gewoonlijk en zelfstandig warme of koude maaltijden bereidt, die bestemd zijn onderscheidelijk om ter plaatse in de inrichting te worden gebruikt, of om, op bestelling, door hem buiten de inrichting te worden opgediend, luidens artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 13 juni 1984, de beroepswerkzaamheid van restaurateur of van traiteur-banketaannemer uitoefent ;

Overwegende dat de beklagde in haar consumptiezaal niet alleen deegwaren, banketgebak en flensjes verkoopt, maar zoals hierboven vermeld ook eiergerechten, vleesbereidingen en visschotels ; dat het hier ongetwijfeld warme of koude maaltijden betreft in de zin van artikel 2, § 1, van het vermelde koninklijk besluit, waarvoor een getuigschrift als bedoeld in artikel 5, § 1, van de wet van 15 december 1970, vereist is ;

Overwegende dat de beklagde aanvoert dat de complexiteit van de bereiding in aanmerking moet worden genomen en dat gerechten die enkel moeten worden opgewarmd niet onder de toepassing van dit koninklijk besluit vallen ; dat deze interpretatie echter geen steun vindt in enige wettelijke bepaling ;

Overwegende dat artikel 2, § 1, van voormeld koninklijk besluit geen onderscheid maakt naar gelang van de bereidingswijze van de warme of koude gerechten ; dat zowel het opwarmen, stoven, grillen, braden, blancheren, pocheren als sauteren van gerechten wordt bestempeld als «bereiden» en dat ook de culinaire installatie of de aard van het kookvuur, zij het microgolfoven, barbecue, komfoor, fornuis of kachel, daarbij niet in aanmerking komt, evenmin trouwens als het gebruikte keukengerei : braadspit, grill, tosti-ijzer, snelkookpan, römertopf, fondueset, gourmetstel of knoedel-majoor ;

Overwegende dat het geen rol speelt of de gerechten worden opgediend in een aarden, een porseleinen of een tinnen schotel, op een kartonnen of plastieken bord, op een plank, in een kom of op een toostrekje ; dat het evenmin van belang is of de klanten zich bedienen van een viscouvert, een moeslepel, een fonduevork of van satéstokjes, of eenvoudigweg hun bik uit het vuistje in de inrichting verorberen ;

Overwegende dat de beklagde verwijst naar Luikse strafspraak, waarvan in een dagbladartikel melding wordt gemaakt, maar dat te dezen de wet, die aan duidelijkheid niet te wensen overlaat, geen ruimte biedt voor interpretatie en de strafrechter gehouden is de wet toe te passen en zich niet heeft te schikken naar de strafspraak ;

Overwegende dat ook de samenstelling van de bereide gerechten niet in aanmerking komt ; dat artikel 2, § 1, van voormeld koninklijk besluit de beroepswerkzaamheid van res-

tauteur en van traiteur-banketaannemer omschrijft en hun beroepsuitoefening reglementeert ; dat artikel 2, § 2, 2°, voorziet in een uitzondering voor bakkers, banketbakkers, flensjesverkopers en ijsverkopers die hun baksel, hun confiserieën of hun ijs mogen serveren in hun consumptiesalon of zelfs buiten hun inrichting mogen opdienen, maar deze uitzondering op de algemene regel restrictief moet worden geïnterpreteerd zoals trouwens uit artikel 2, § 2, 7°, kan worden afgeleid zodat moet worden aangenomen dat de in artikel 2, § 2, 2°, bedoelde vakmensen geen andere gerechten mogen bereiden om ter plaatse in de inrichting te worden verbruikt of om door hen, buiten de inrichting, te worden opgediend dan die welke ze beroepshalve afleveren ;

Overwegende dat het zonder belang is te weten dat deze gerechten, die niet behoren tot die welke een bakker, een banketbakker, een flensjesverkoper of een ijsverkoper normaliter vervaardigen, worden gekruid, gegratineerd, gekookt of geglaceerd, of dat de bereiding laborieus is, dat het marineren verscheidene dagen in beslag neemt of dat het opwarmen in een handomdraai kan geschieden, of dat het gerecht met brood, noedels, rijst, maïs, puree of kroketten wordt geserveerd ;

Overwegende dat er sprake is van bereiding van gerechten zodra de eetwaar klaar wordt gemaakt voor consumptie, ze gereed wordt gebracht om te worden verbruikt, en de spijzen worden toe bereid ;

Overwegende dat de beklagde aanvoert dat ze inzake hygiëne de beste geloofsbriefen kan overleggen, maar dat dergelijke aanbevelingen ter zake irrelevant zijn ; dat ook de vergelijking met andere horecaffers die het niet zo nauw nemen met de eubiotiek, niet opgaat, daar het Hof niet de hoeder is van de koffieleuten, de cafébezoekers, de wijnproevers of de kannekijkers ;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht heeft beslist dat de beklagde in overtreding met de artikelen 5 en 14 van de Vestigingswet van 15 december 1970 heeft gehandeld ;

...

ARBEIDSHOF TE GENT

3e KAMER — 24 APRIL 1991

Voorzitter : de h. Ampe

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Nimmegeers en Allaert

Advocaat : mr. Heerman

Arbeidsovereenkomst — Einde — Overgang van onderneming — Begrip

Een overname van handelszaak en een overgang van onderneming in de zin van de c.a.o. nr. 32bis van 7 juni 1985 ligt vervat in de overeenkomst waarbij de verkrijger van de vreemder van een naaiatelier alle werknemers en een deel van de uitrusting overneemt, de lokalen huurt, de exploitatie daadwerkelijk voortzet en van de vroegere opdrachtgever de opdrachten blijft uitvoeren, ongeacht het feit dat de verkrijger de exploitatie met eigen naaimachines verricht. Derhalve gaan bij een dergelijke overname van een handelszaak de verplichtingen uit de bestaande arbeidsovereenkomsten over op de verkrijger.

D. t/ H.

Onderwerp van de vordering

Bij dagvaarding betekend op 13 januari 1987 vordert geïntimeerde de veroordeling van appellant om aan haar te betalen: 22.670 fr. opzegvergoeding; 11.084 fr. aanvullende vakantievergoeding 1985; 10.995 fr. aanvullende vakantievergoeding 1986; 2.942 fr. dubbel vakantiegeld 1986; 35.536 fr. loon voor oktober 1985, vermeerderd met de wettelijke en de gerechtelijke interesten en de gedingkosten.

De eerste rechter was in essentie van oordeel dat, in acht genomen de bewoordingen van de overeenkomst gesloten op 13 september 1985 door de vorige werkgeefster en appellant, het hier om een wijziging van werkgever gaat die het gevolg is van een overgang van onderneming krachtens overeenkomst, zodat de regeling vastgesteld door de C.A.O. nr. 32bis van 7 juni 1985 van toepassing is.

Daar art. 7 van deze C.A.O., algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 25 juli 1985, bepaalt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten, door deze overgang op de verkrijger, hier appellant, overgaan, en er over de gevorderde bedragen geen betwisting is en er ook geen bewijs van betaling wordt geleverd, verklaarde hij de vordering ontvankelijk en gegrond en veroordeelde hij appellant tot betaling van het gevorderde.

Beoordeling

A. Uit stuk 1 van geïntimeerde, «Overdracht van handelszaak» van 13 september 1985 blijkt ontegenzeggelijk dat de overdragers, mevrouw Lea Van A., eigenares van een handelszaak in confectie en haar echtgenoot Roger Van L. en de overnemers, de heer en mevrouw De G.-P., de navolgende bedoelingen hadden: de overdragers over te dragen, de overnemers over te nemen, de handelszaak zonder specifieke benaming gedreven door mevrouw Van A. In de tekst wordt verder nog verschillende keren gewag gemaakt van de «overname van de handelszaak» en wordt zelfs een schadevergoeding bepaald van 800.000 fr., bij niet stipte naleving van de overeenkomst. (...)

Een overeenkomst vormt de wet van partijen en de door hen aan de aard van de tussen hen overeengekomen verbin-tenissen gegeven kwalificatie moet in principe prevaleren; alleen in geval van bedrog of dwaling of met die kwalificatie onverenigbare bedingen of gegevens dient daarvan te worden afgeweken.

Appellant voert niet aan dat er bedrog werd gepleegd of dat hij in dwaling werd gebracht, maar alleen dat er geen overname was van een handelszaak noch een overdracht van een onderneming in de zin van de C.A.O. nr. 32bis, doch wel een eenzijdige verbintenis van hem en zijn echtgenote om het bij Van A. tewerkgesteld personeel over te nemen tussen 1 november 1985 en 1 december 1985, vermoedelijke periode van vertrek naar het buitenland, met daarnaast de belofte het woonhuis van de overdragers te huren.

Te dezen kan worden opgemerkt dat de handelszaak waarvan sprake in de overeenkomst van 13 september 1985, zich identificeert met de onderneming waarvan sprake is in C.A.O. nr. 32bis, zodat het onderzoek of er overdracht was van een handelszaak samenvalt met het onderzoek of er overdracht was van een onderneming.

B. Een handelszaak is een universaliteit van goederen, roerende en onroerende, materiële en immateriële. De kwestie welke elementen begrepen zijn in deze universaliteit, is een feitelijke kwestie.

Er zijn in een handelszaak, beschouwd als voorwerp van een verkoop, onbetwistbaar elementen die noodzakelijkerwijze begrepen zijn in het overgedragen voorwerp, andere zijn het op een natuurlijke wijze, nog andere slechts eventueel.

De commerciële organisatie, het recht op de huur, het fabrieksmerk, zijn namelijk inherent aan een overdracht.

De handelsbenaming, het meubilair van de winkel, de outillage, d.w.z. de machines bestemd voor fabricatie of herstel van voorwerpen of voor de transformatie van produkten (zie Fredericq, *Tr.Dr.Comm.Belge*, II, nr. 21, blz. 41-42, uitgave 1947), en de koopwaren daarentegen zijn niet noodzakelijk begrepen in de overdracht. Het feit dat ze begrepen zijn onder de overgedragen goederen dringt zich op, doch zij kunnen uitgesloten worden (zie De Page, IV, uitgave 1943, nr. 310, *Ventes de fonds de commerce*, blz. 304: «... l'outillage, les marchandises. Ils s'imposent en principe, mais ils peuvent être exclus»).

Bijgevolg kan nu reeds gesteld worden dat, zo de machines en de koopwaar, waarover ten gronde verder gehandeld wordt, niet begrepen waren in de overdracht, dit niet wegneemt dat er een geldige overdracht kan zijn geweest.

C. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft bij arrest van 18 maart 1986 (*J.T.T.*, 1986, 330) op vraag van de Hoge Raad van de Nederlanden geoordeeld dat de overdracht van onderneming, instelling of delen van instellingen aan een ander ondernemingshoofd in de zin van Richtlijn 77/187, waarvan C.A.O. 32bis een toepassing is, het geval beoogt waarbij de economische entiteit in kwestie haar identiteit bewaart. Om vast te stellen of er al of niet een overdracht bestaat in bovenvermelde zin, dient geapprecieerd te worden, rekening houdend met alle feitelijke omstandigheden die karakteristiek zijn voor de operatie, of het om een nog bestaande economische entiteit gaat die vervreemd werd, hetgeen inzonderheid blijkt uit het feit dat haar exploitatie daadwerkelijk voortgezet of hervat wordt door het nieuwe ondernemingshoofd met dezelfde of analoge economische activiteit.

Deze rechtspraak dient breed te worden opgevat in deze zin dat, opdat er van een overdracht sprake kan zijn, men zal dienen na te gaan of de overgedragen gedeelten werkelijk in zich voldoende elementen bevatten om effectief nog als een onderneming werkzaam te kunnen zijn (zie V. Bertrand en F. Caprasse, «Contrat de travail, cession d'entreprise et faillite», *J.T.T.*, 1986, 318, tweede en derde kolom; Arbh. Luik, 28 maart 1984, met noot Taquet en Wantiez inzonderheid onder II, c, *J.T.T.*, 1984, 364-367; J. Steyaert, *Arbeidsovereenkomst*, uitgave 1990, nr. 664, met rechtspraak).

D. Te dezen dient met de volgende elementen bij de beoordeling rekening te worden gehouden:

a) de overname van de handelszaak impliceert, volgens het contract, de overname van het personeel tewerkgesteld bij V. op 13 september 1985, de datum van overdracht. De overnemers verbinden zich er toe alle nodige formaliteiten te vervullen t.a.v. alle wettelijke voorschriften inzake het houden van personeel, en ontslaan de overdragers van elke aansprakelijkheid. Er wordt zelfs een schadevergoeding bepaald van 800.000 fr. bij niet stipte naleving van de overeen-

komst, welk bedrag gelijk is aan de uitbetaling van het personeel naar rato van één maand, waaruit dan ook de bedoeling blijkt het lot van de werknemers veilig te stellen;

b) de overnemers verplichten zich solidair het woonhuis en handelsgedeelte te huren voor een termijn van 3-6-9 jaar tegen de huurprijs van 20.000 fr. per maand. Er wordt uitdrukkelijk bedongen dat, hoewel deze verhuring een afzonderlijke overeenkomst vormt in de vorm van een handelshuurovereenkomst, zij met de overname van de handelszaak één geheel vormt. Een borgsom van 60.000 fr. werd op een speciale rekening bij de B.B.L. gestort;

c) de overneemster nam bij het vertrek van Van A. een deel goederen over voor 100.000 fr. contant betaald (onder meer verlichting in de werkplaats, wasmachine, overgordijnen, gordijnen, e.a.);

d) het confectieatelier E. uit E., dat de opdrachtgever was van de overdraagster Van A. vóór haar vertrek naar Portugal, was dit ook van mevrouw De G., die een tijd lang de woning van Van A. huurde om verder te werken.

Van een voorraad was er, volgens schrijven van de curators aan de vakbond van geïntimeerde, van 4 maart 1991, geen sprake, daar er voorgesneden stukken werden gebracht die ter plaatse aan elkaar werden gezet en afgewerkt.

In de akte van hoger beroep voert appellant aan dat hij na het vertrek van Van A. zelf de nodige naaimachines plaatste in het gehuurde woonhuis om het personeel van de overlaters te kunnen tewerkstellen.

...

Het feit dat de naaimachines niet in de overname begrepen waren, is hoe dan ook geen beletsel geweest voor De G. om de overeenkomst als de overname van een handelszaak te beschouwen. Het ontbreken van deze machines was voor hen van minder of van geen belang, daar ze er zelf hadden: ze hebben eenvoudig de handelszaak overgenomen en hun naaimachines erin geplaatst. Ook in rechte belet dit ontbreken van machines niet de geldige overdracht van een handelszaak, zoals reeds is opgemerkt (zie De Page, IV, nr. 310).

Er blijkt tevens een prijs van 100.000 fr. betaald te zijn voor een reeks goederen: verlichting van het lokaal, gordijnen, overgordijnen, wasmachine en andere goederen, waarvan de lijst gegeven werd aan de curators. Het feit dat er geen totale prijs werd bepaald of geen prijs voor de overige elementen, wijst erop dat appellant door het feit dat hij de arbeidskrachten kon overnemen, de lokalen huren en de bestellingen van confectie-atelier E. overnemen, zich voldoende betaald achtte doordat hij er zijn naaimachines kon plaatsen en ze aldus kon doen renderen.

...

Ook het feit dat de boekhouder V. gelast was de onroerende en roerende goederen van Van A. en haar echtgenoot te gelde te maken na hun vertrek naar Portugal, doet evenmin afbreuk aan de draagwijdte van de overeenkomst «overname van handelszaak» van 13 september 1985 en van de gegevens spruitend uit de ondervraging en de inventaris inzake faillissement van 18 april 1986 (overdracht deel goederen voor 100.000 fr. en verdere toelevering door confectiebedrijf E. aan appellant).

Samengevat dient te worden gesteld dat appellant het geheel van de arbeidskrachten heeft overgenomen, de lokalen

heeft gehuurd waar de activiteiten dienden te worden voortgezet, de apparatuur van de lokalen (gordijnen, verlichting, wasmachine en andere) heeft overgenomen voor 100.000 fr., en verder dan de opdrachtgeefster, confectie-atelier E., bevoorradet werd, er verder gewerkt werd en hijzelf de overeenkomst als een overdracht van handelszaak heeft beschouwd.

Aldus blijkt uit het geheel van de feitelijke omstandigheden, specifiek voor deze verrichting, dat het om een nog bestaande entiteit ging, d.w.z. dat de overgedragen gedeelten voldoende elementen bevatten om werkelijk nog als een onderneming werkzaam te kunnen zijn, wat inzonderheid blijkt uit het feit dat de exploitatie daadwerkelijk werd voortgezet of hervat door het nieuwe ondernemingshoofd, zijnde appellant, met dezelfde economische activiteit.

Bijgevolg dient te worden aanvaard dat er een geldige overdracht van een handelszaak plaatshad en tevens van een onderneming in de zin van de C.A.O. 32bis.

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

7e KAMER – 23 OKTOBER 1991

Voorzitter: mevr. Van Bruystegem

Advocaten: mrs. Denoo loco Dehond en Pelgrims

Erfdienstbaarheid – Vestiging – Bestemming door de huisvader – Bomen op een kortere dan de wettelijke afstand

Het recht om bomen te hebben op een kortere dan de wettelijke afstand kan als zichtbare en voortdurende erfdienstbaarheid gevestigd worden door bestemming van de huisvader.

Daartoe is vereist dat het gaat om thans van elkaar gescheiden erven die toebehoord hebben aan dezelfde eigenaar, en dat de toestand van de erfdienstbaarheid, die moet bestaan op het ogenblik van de splitsing, het gevolg is van het optreden van die eigenaar, die de bedoeling heeft gehad om een erfdienstbaarheid in het leven te roepen. Doorslaggevend hierbij is de subjectieve wil om te vestigen, die onderscheiden dient te worden van de louter objectieve toestand van de erven.

K. en C. t/ O. en Vander B.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van appellant ertoe strekte geïntimeerden te horen veroordelen tot het rooien van alle bomen die zich op minder dan twee meter bevinden van de perceelgrens en tot het wegruimen van al de eventueel nog overhangende takken (...);

dat de eerste rechter geïntimeerden ertoe veroordeelde om de overgroeïende takken te snoeien binnen twee maanden na betekening van het vonnis;

Overwegende dat partijen eigenaars zijn van twee aan elkaar grenzende percelen (...); dat beide eigendommen oorspronkelijk toebehoorden aan een zekere G., die zijn eigendom in verschillende percelen verkavelde, waarvan perceel 1 bij akte van 25 februari 1976 definitief werd toegewezen aan geïntimeerden en perceel 2 aan de echtgenoten Van D.-M., die het op 17 mei 1988 verkochten aan appellant; dat door geïntimeerden de feitelijke toestand niet wordt betwist, zoals die blijkt uit de door appellant bijgebrachte foto's, die

aantonen dat op hun perceel hoogstammige bomen staan op minder dan twee meter van de perceelgrens en zelfs tot tegen de perceelgrens;

Overwegende dat geïntimeerden stellen dat het recht om bomen te hebben op minder dan de wettelijke afstand, een zichtbare en voortdurende erfdiensbaarheid is, die gevestigd kan worden ingevolge bestemming door de huisvader, met toepassing van art. 693 B.W.; dat zij nl. stellen dat beide percelen, verkocht bij notariële akte van 25 februari 1976, samen met andere percelen één geheel vormden, nl. één dennenbos, zoals afgebeeld op een plan opgesteld door landmeter V.; dat zij stellen dat in voormelde akte het dennenbos in vier percelen werd verdeeld, die uitdrukkelijk bestempeld werden als «dennenbos»;

Overwegende dat principieel kan worden aanvaard dat het recht om bomen te hebben op een kortere dan de wettelijke afstand, als zichtbare en voortdurende erfdiensbaarheid gevestigd kan worden door bestemming van de huisvader;

Overwegende dat samengevat als voorwaarden daarvoor gesteld worden :

- het moet gaan om twee thans van elkaar gescheiden erven die toebehoorden aan dezelfde eigenaar;
- de toestand van de erfdiensbaarheid, die moet bestaan op het ogenblik van de splitsing, moet het gevolg zijn van een optreden van die gemeenschappelijke eigenaar, die de bedoeling moet hebben gehad om een erfdiensbaarheid in het leven te roepen;

Overwegende dat vooral deze laatste voorwaarde, nl. de subjectieve wil tot vestigen, in casu doorslaggevend is en dient te worden onderscheiden van de louter objectieve toestand van de erven (cf. in verband met dit vereiste : L. Lindemans, A.P.R., *Erfdiensbaarheden*, nrs. 594-597, pp. 277-278);

dat dit subjectieve vereiste door geïntimeerden niet wordt aangetoond;

dat het enkele feit dat de gemeenschappelijke eigenaar G. eertijds het volledige perceel aanplante met dennen, op zich niet wijst op de wil een erfdiensbaarheid te vestigen, wat veronderstelt dat de bedoeling om die toestand verder te laten bestaan aanwezig zou geweest zijn;

dat zelfs geen sprake kan zijn van een vermoedelijke wil dat de bestaande toestand de scheiding der erven zou overleven (Derine e.a., *Zakenrecht*, deel II, B, nrs. 962 e.v.);

dat de eigenaar door de verkaveling van het door hem aangelegde dennenbos de bestemming van het gehele goed immers wijzigde;

dat daarbij dient te worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot hetgeen geïntimeerden beweren, de twee percelen van partijen in de akte van de notaris niet worden omschreven als een perceel dennenbos maar als «een perceel bouwgrond» (percelen één en twee), terwijl de andere percelen wel als een «perceel bos» worden omschreven (het plan van landmeter V. van 26 juli 1975, waarop vier percelen afgebeeld worden, draagt wel als titel «Dennenbos»);

dat m.a.w. zelfs uit de bewoordingen van de akte blijkt dat de bestemming van het goed, minstens wat de twee percelen in kwestie betreft, werd gewijzigd, wat in tegenspraak is met de bestemming van de huisvader, die bezwaarlijk bedoeld kan hebben – afgezien van de bewoordingen van de overeenkomst – dat, wanneer zijn eigendom in bouwgrond zou

zijn verkaveld, de bestemming dennenbos zou blijven bestaan;

dat het aanplanten van het dennenbos veeleer dient te worden beschouwd als een vorm van exploitatie van het hele eigendom, maar niet als het scheppen van een dienstbaarheid van het ene deel van het erf t.o.v. het andere en dat de splitsing gebeurde om de hoogst mogelijke prijs te verkrijgen waarbij de grenzen in verband daarmee werden vastgelegd en niet in verband met de toestand van het erf of van de beplantingen;

dat de stelling van geïntimeerden dan ook niet kan worden aangenomen;

dat integendeel appellanten terecht de verwijdering vorderen van de bomen die groeien op minder dan twee meter van de perceelgrens en dit op grond van art. 36 Veldwetboek;

dat zij daarbij, gelet op de aard en de grootte van de percelen en de bebouwing ervan, voldoende belang hebben en dat uit niets een misbruik van recht blijkt, wat door geïntimeerden trouwens ook niet wordt aangevoerd;

dat hetzelfde geldt m.b.t. de vordering tot verwijdering van de overhangende takken;

Overwegende dat appellanten evenwel niet aantonen dat zij tot op heden van de bestaande toestand enige schade hebben ondervonden, zodat de gevorderde schadevergoeding niet kan worden toegekend;

...

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

2e KAMER – 4 NOVEMBER 1991

Voorzitter : de h. Declerck

Rechters in sociale zaken : mevr. Van Hove en de h. Vander Elst

Advocaten : mrs. Vandervennet en Sommeryns loco Bevernage

Arbeidsovereenkomst – Dringende reden – Intieme relaties – Privé-sfeer

De intieme relatie tussen personeelsleden is geen dringende reden in de zin van art. 35 W.A.O., wanneer de persoonlijke en professionele relatie tussen de betrokkenen voorheen nooit aanleiding gaf tot kritiek en zij geen nadelige invloed had op de goede werking van de onderneming.

V. t/ N.V. W.

1. Eiser was sedert 1 maart 1988 in dienst van verweerster in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 (W.A.O.) als «personeelsdirecteur».

2. Bij aangetekende brief, verzonden door verweerster op 3 augustus 1990, wordt eiser door verweerster, met toepassing van art. 35 W.A.O., op staande voet ontslagen en worden de aangevoerde redenen als volgt vermeld : «Op 31 juli 1990 werd ons gemeld dat U een buitenechtelijke relatie met mevrouw X heeft, die begon voor zij ontslag nam op 1 april 1990...»

3. Eiser betwist de aantijgingen van verweerster en stelt dat hij ten onrechte wegens een dringende reden werd af-

gedankt, aangezien hij de relatie met X nooit geheim heeft gehouden (hij stelt dat haar foto op zijn werktafel stond).

Hij vordert bij dagvaarding, conform art. 807 Ger.W. zonder protest van verweerster uitgebreid en gedeeltelijk gewijzigd bij schriftelijke conclusie, dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling van 3.813.801 fr. opzeggingsvergoeding (14 maanden loon)...

Rechtspraak en rechtsleer

1. Art. 8, lid 1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden bepaalt dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven. Dit recht is zo fundamenteel dat het ook moet doorwerken in de verhouding tussen particulieren en derhalve ook in de arbeidsrelatie (B. Oversteijns, «Solicitering en selectie, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer», *A.T.O.*, A 103 650).

Het begrip privé-sfeer wordt evenwel noch in de wetgeving noch in de rechtspraak nader omschreven. Het begrip is relatief ten aanzien van tijd en ruimte.

Prof. H. Vandenberghen geeft de volgende opsomming: «liefdesleven, huwelijk en echtscheiding, vriendschap, ziekte, religie, ontspanningsactiviteiten» («Bescherming van het privé-leven en recht op informatie via de massamedia», *R.W.*, 1969-70, 1462). De Nationale Arbeidsraad vermeldt o.m. «gezinstoestand, politieke gezindheid, lidmaatschap van een vakbond, religie en levensovertuiging» (advies nr. 756). Volgens M. Jamoulle is de gezondheidstoestand een belangrijke factor («La vie privée et le droit du travail», *Ann.Dr.Louvain*, 1984, 39).

In enkele gevallen werd deze «traditionele lijst» door de rechtspraak aangevuld: «samenwonen, overspel, vaststellen van overspel» (Arbh. Brussel, 24 november 1977, *J.T.T.*, 1978, 63); «telefoongesprekken» (Cass., 19 februari 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 48); «seksuele geaardheid» (*E.H.R.M.*, 26 maart 1985, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 91, p. 11); «persoonlijke medische behandeling» (Cass., 19 februari 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 840); zwangerschap (Rapport van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, van 12 juni 1977, nr. 6959/75).

2. Over het algemeen wordt met feiten uit het privé-leven bij de beoordeling van de professionele verplichtingen geen rekening gehouden. Feiten en toestanden die zich buiten de arbeidsuren voordoen of tot de strikte privé-sfeer behoren, kunnen derhalve in principe geen dringende redenen uitmaken.

3. Feiten uit het privé-leven kunnen evenwel uitzonderlijk aanleiding geven tot ontslag op de voet van art. 35 W.A.O. (Arbh. Brussel, 19 mei 1972, *J.T.T.*, 1975, 298, met noot R. Versteegen) wanneer deze feiten een nadelige weerslag hebben op de onderneming (Cass., 9 maart 1987 – twee arresten – *R.W.*, 1987-88, 258 e.v.).

Dit kan het geval zijn wanneer:

- dergelijke feiten een ernstig karakter vertonen dat schandaal kan verwekken in de onderneming (Wrr. Ber. Bergen, 13 september 1969, *T.S.R.*, 336; Wrr. Ber. Brussel, 22 februari 1968, *J.T.*, 387);
- de orde of de goede gang van zaken in de onderneming ernstig worden gestoord (Cass., 5 januari 1977, *T.S.R.*, 79; Wrr. Ber. Brussel, 7 september 1964, *T.S.R.*, 1965, 139);

– feiten betreft die de goede naam van een bedrijf in het gedrang brengen (Arbh. Luik, 27 juni 1975, *Med.VBO*, 1977, 1958);

– de betwiste feiten ernstig zijn en een nadelige invloed hebben op het omzetcijfer van de onderneming of op het rendement van de betrokken personeelsleden.

4. Intieme relaties tussen personeelsleden behoren uiteraard tot de privé-sfeer *stricto sensu*.

De Rechtbank oordeelt dat dergelijke relaties in principe geen dringende redenen uitmaken en dat het voorstel van een getuigenverhoor met het oog op het bewijs van het bestaan van een «intieme relatie», strijdig is met de privacy en de persoonlijke vrijheid van beide betrokkenen.

Toepassing

1. In het onderhavige geval kan de Rechtbank vaststellen dat noch de persoonlijke noch de professionele relatie tussen eiser en mevrouw X voorheen ooit aanleiding heeft gegeven tot kritiek; dat verweerster niet verwijst naar concrete feiten waaruit zou blijken dat de aangeklaagde verhouding een nadelige weerslag had op de goede gang van zaken in de onderneming.

2. De Rechtbank acht het niet bewezen dat de persoonlijke relatie of professionele relatie tussen eiser en mevrouw X van dien aard was dat ze een nadelige invloed had op de goede werking van de onderneming of het rendement van de betrokkenen.

3. Gelet op die elementen, oordeelt de Rechtbank dat de door de werkgever ingeroepen feiten door hem ten onrechte werden bestempeld als «geheime buitenechtelijke relatie» en dat de aangevoerde omstandigheden geen dringende redenen uitmaken die van dien aard zijn dat elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk wordt.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

KORT GEDING – 1 FEBRUARI 1990

Voorzitter: de h. Van Orshaegen

Advocaten: mrs. Van Bellinghen en Byl

Handelspraktijken – Gezamenlijk aanbod van diensten

Het voorstel om bij het sluiten van een levensverzekering het voordeel te krijgen tegen betaling te mogen deelnemen aan een droomreis in het jaar 2000 is als een gezamenlijk aanbod van diensten, verboden bij art. 35 W.H.P., aan te merken

V.Z.W. V. t/ N.V. B. e.a.

Overwegende dat verweersters een documentatiemap op de markt brengen, getiteld: «Droom 2000. Een exclusieve kapitaalverzekering, betaalbaar bij de dageraad van het jaar 2000», waaruit de mogelijkheid blijkt tot:

- het afsluiten als verzekeringnemer bij de N.V. B. van een polis «Droom 2000» met duurtijd 10 jaar en een verzekerd kapitaal van, naar keuze: 100.000 fr. of 175.000 fr. of 250.000 fr. of 400.000 fr., premies betaalbaar op verschillende wijzen, naar keuze, en waarbij B. zich ertoe verbindt einde 1999 bij afloot van het verzekeringscontract, die (verze-

kerde) som plus de deelneming in de winst te storten aan de begunstigde;

– het nemen overeenkomstig een «Exclusief aanbod aan de bezitters van een «droom 2000-contract van B.» van een optie op een van de acht reizen voor twee personen, met reisdoelen gaande van Salzburg tot de Stille-Oceaaneilanden, te organiseren door tweede verweerster bij de jaarwisseling 1999/2000 en tegen prijzen, respectievelijk ongeveer overeenkomend (in 1999) met het bedrag van het verzekerde kapitaal plus zijn meerwaarde;

dat nu reeds door het insturen van een antwoordkaart aan tweede verweerster vrijblijvend een optie kan worden genomen op een aan te duiden reis;

dat de optie geldt tot 31 januari 1998;

dat intussen de bezitter van het «Droom 2000»-contract van 1990 tot 1998 ieder jaar kan deelnemen in een speciaal voor hem uitgewerkte reis en wel op uitzonderlijke voorwaarden;

Overwegende dat het aanbod erop neerkomt dat de verzekerde desgewenst: ofwel zijn kapitaal plus meerwaarde ontvangt, ofwel met die som één van de «buitengewone en (voor hem) uitgezochte» reizen betaalt;

Overwegende dat verweersters tot afwijzing van de eis concluderen als zijnde deels onontvankelijk deels ongegrond, zeer subsidiair stellend dat haar een termijn van vijftien dagen zou dienen te worden toegestaan en dat in alle geval de eis tot bekendmaking afgewezen dient te worden;

Overwegende dat de door verweersters toegepaste praktijk een door art. 35 W.H.P. verboden gezamenlijk aanbod uitmaakt waarbij de verkregen dienst (organisatie van voordelige exclusieve jaarlijkse reizen en van de droomreis 2000) gebonden is aan de dienst overeenkomstig de verzekeringspolis;

Overwegende dat verweersters tevergeefs stellen dat hun «exclusief aanbod aan de bezitters van de polis 'Droom 2000' geen aanbod inhoudt althans niet van diensten en dat de ondertekening van de polis geen enkele verplichting meebrengt voor de onderschrijvers die volledig vrij blijven te meer nu art. 7 der algemene voorwaarden van de polis uitdrukkelijk bepaalt: «De betaling van de premies is niet verplicht», zodat geenszins kan worden gesteld dat het voordeel (bevoorrechte optie) op welke wijze ook verbonden zou zijn aan «de verkrijging van een dienst» te weten de «betaling» van een levensverzekeringspolis;

Overwegende dat verweersters «voorstel» hoe dan ook neerkomt op een aanbod zoals onder art. 35 WHP verstaan en de bevordering beoogt van de belegging van spaargelden bij de N.V. B.;

dat het uitgesteld karakter van de droomreis daaraan niets wijzigt;

dat overigens de afwezigheid van de verplichting premies te betalen (althans vanaf de tweede premie) bij dergelijke verzekeringen een regeling van openbare orde is en geen bijzonder beding ter zake uitmaakt;

dat de niet-betaling, zelfs van de eerste premie, het ontstaan van verbintenissen van de partijen niet wegneemt;

Overwegende dat de desbetreffende handelsreclame verboden is door art. 20, 4°, W.H.P.;

Overwegende dat de verdere door eiseres ingeroepen inbreuken als niet-bewezen voorkomen;

Overwegende dat er geen gronden zijn om de bekendmaking van het vonnis toe te staan;

...

NOOT – Gezamenlijk aanbod van diensten

1. Schematisch voorgesteld komt de hier besproken – en veroordeelde-verrichting op het volgende neer: het aangaan van een verzekeringscontract geeft recht op een dubbel voordeel: enerzijds de deelname aan een droomreis in het jaar 2000 te kiezen onder acht reisaanbiedingen (waarover verder meer) en anderzijds ieder jaar een participatie aan een niet nader gepreciseerde reis die ieder jaar tussen 1990 en 1999 georganiseerd zal worden. Het verzekeringscontract heeft een duurtijd van tien jaar en naar gelang van het gekozen premiebedrag geeft het recht op een verzekerd kapitaal van 100.000, 175.000, 250.000 of 400.000 fr. De prijs van de voorgestelde droomreizen komt overeen met het bedrag van het verzekerde kapitaal plus zijn meerwaarde.

Evenzeer voor de droomreizen als voor de jaarlijks te organiseren reizen dient te worden betaald. De prijs van de bijkomende reizen wordt niet meegedeeld.

2. Door de verliezende partij werd als hoofdverweermiddel aangevoerd dat de bijdienst, zijnde het aanbod van reizen, niet gebonden was aan een onder bezwarende titel ge-presteerde hoofddienst. Dit verweer steunde op een in de verzekeringspolis voorkomende dubbelzinnige formulering waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het voordeel ook verkregen kan worden zonder de premies te betalen.

Dit verweermiddel wordt niet aanvaard. Terecht wordt beslist dat het in artikel 7 van de algemene voorwaarden voorkomend beding: «De betaling van de premies is niet verplicht», niet op de betaling van de eerste premie maar wel op die van de daarop volgende premies doelt.

3. Door verweersters werd eveneens het argument ingeroepen dat de bijdienst niet werd «aangeboden» maar slechts voorgesteld. Terecht werd ook dat argument als niet dienend afgewezen. Het aanbod waarvan sprake in artikel 35 kan benevens de burgerrechtelijke betekenis van tekoop-aanbieding ook de betekenis hebben van voorstel. Aldus wordt het door het Hof van Cassatie en door de meerderheid der rechtsleer gehuldigde stelling gevolgd (Cass., 20 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 832; zie ook De Vroede, P., en Flamee, M., *Handboek van het Belgisch Economisch recht*, 3e uitg., nr. 1669).

4. Bevreemdend is wel dat de verliezende partij geen argument heeft geput uit de tekst van artikel 35 W.H.P. zelf. Immers, wat in het hier besproken geval via het onderschrijven van een verzekeringsovereenkomst verkregen kon worden is een voordeel, nl. het participeren aan een reis die als droomreis wordt voorgesteld. Door een onaandachtzaamheid van de wetgever is het verkrijgen van een voordeel in de omschrijving van artikel 35 achterwege gebleven. Hieruit volgt dat de hier besproken praktijk niet onder de toepassing valt van het bij artikel 35 geformuleerde verbod (Uit de memorie van toelichting tot de wet van 14 juli 1991 blijkt het volgende: «In de wet van 1971 was de rechtstreekse verkrijging van een voordeel bij de aankoop van producten of diensten niet formeel verboden. Alleen de toekenning van een voordeel door bemiddeling van een titel was bedoeld. Het ontwerp heeft betrekking op iedere verkrijging van een voordeel, zowel op rechtstreekse wijze als door bemiddeling van een titel (Senaat, 1984-85, stuk 947/1, 33-34).

Inmiddels heeft de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken, de voorlichting en de bescherming van de consument deze onaandachtzaamheid goed gemaakt (artikel 54 van de wet van 14 juli 1991 luidt: «Er is gezamenlijk aanbod als bedoeld in dit artikel, wanneer de al dan niet kosteloze verkrijging van produkten, diensten, alle andere voordelen of titels waarmee men die kan verwerven, gebonden is aan de verkrijging van andere zelfs gelijke produkten of diensten»), maar uiteraard kon hiermee in het besproken geval geen rekening worden gehouden.

5. Het kwam ons gepast voor even te gaan neuzen in de begeleidende prospectus waarvan de inhoud in de hier gepubliceerde beslissing onbesproken blijft. Deze prospectus handelt over de «droomreizen». Zoals reeds gezegd kan er gekozen worden tussen acht droomreizen die als exclusief worden voorgesteld. Het gaat om de volgende reizen – de vermelde prijzen gelden steeds voor twee personen: 1) een zesdaagse reis naar Salzburg (ong. 100.000 fr.); 2) een achtdaagse reis naar Marokko (ong. 100.000 fr.); 3) een twaalfdaagse reis naar Egypte (175.000 fr.); 4) een zesdaagse reis naar de Noordpool (175.000 fr.); 5) een negentiendaagse reis rond de wereld (400.000 fr.); 6) een zeventiendaagse reis naar Indië (250.000 fr.); 7) een tiendaagse reis naar Brazilië (250.000 fr.); 8) een elfdaagse cruise in de Caraïben (400.000 fr.)

Met uitzondering van de zesdaagse reis naar de Noordpool kan van deze voorgestelde reizen niet gezegd worden dat ze exclusief zijn. Tal van reisagentschappen hebben deze tochten op hun programma staan.

Niet alleen wordt het aanbod zeer aantrekkelijk voorgesteld maar bovendien liggen de prijzen lang niet aan de «droomkant», terwijl aan de belangstellende consument niet wordt gezegd waarop hij bij het intekenen op een dezer reizen recht heeft. Het stilzwijgen wordt bewaard wat de categorie der gekozen hotels betreft; er ontbreekt eveneens of de opgegeven prijzen alle maaltijden inhouden, of de vluchten lijnvluchten of chartervluchten zijn, enz.

Wat de jaarlijks te organiseren en eveneens te betalen reizen betreft, wordt geen enkele informatie verstrekt: bestemming, duur, prijs enz. worden angstvallig verzwegen.

De vraag rijst dan ook waarin het voorgespiegelde voordeel bestaat en meer nog wanneer van een voordeel wordt gewaagd, of men dan kan toekomen met onvolledige informatie.

Heeft men hier niet te doen met een reclame die, nu ze essentiële gegevens van het aanbod verzwijgt, van die aard is dat ze de consument kan misleiden? Op grond van de W.H.P. van 14 juli 1971 zou deze mogelijke misleiding alleen op grond van artikel 54 kunnen worden aangevochten omdat het gaat om een reclame m.b.t. diensten. Beslissingen op dit punt zijn evenwel niet bekend.

6. Anders is het evenwel gesteld nu de W.H.P. van 14 juli 1991 in artikel 23, 4°, de reclame verbiedt waarbij de verkoper essentiële inlichtingen weglaat met de bedoeling te misleiden omtrent de gegevens bedoeld in artikel 23, 1°, 2° en 3°. Wat betreft de reclame m.b.t. diensten, dient het onderzoek te worden gericht op artikel 23, 2°, dat o.m. reclame verbiedt die kan misleiden nopens de kenmerken van een dienst. Onder kenmerken dient te worden verstaan, aldus artikel 23, 2°, de voordelen van een dienst, onder meer uit het oogpunt van zijn eigenschappen, van de resultaten die van het gebruik ervan kunnen worden verwacht, van de voor-

waarden waaronder hij kan worden verkregen, zoals de prijs of de wijze van vaststelling ervan, alsmede de wezenlijke kenmerken van de tests of controles die op die dienst werden verricht.

Theoretisch kan de toepassing van artikel 23, 4°, overwogen worden.

De weggelaten inlichtingen zijn m.i. als essentieel aan te merken. Tijdens de bespreking in de senaatscommissie werd door de minister van Economische Zaken gezegd dat essentieel zijn die informaties zonder welke de koper van zijn aankoop zou afzien (Senaat 1986-87, stuk 464/2, 67)..

Evenwel dient de weglating te gebeuren met de bedoeling te misleiden.

Tot dusver werd steeds aangenomen, evenzeer door de rechtspraak als door de rechtsleer, dat het bestaan van opzet bij de beoordeling van de onder W.H.P. vallende verrichtingen irrelevant was (De Vroede, P. en Ballon, G.L., *Handelspraktijken*, nr. 1103 en de aldaar geciteerde rechtspraak). Tijdens de bespreking van de wet van 14 juli 1991 is op dat aspect niet geattendeerd en werd zelfs een amendement dat ertoe strekte de woorden «met de bedoeling te misleiden» te vervangen door «die de verbruiker kunnen misleiden», ingetrokken (Senaat 1986-87, stuk 464/2, 68)..

Kortom, ook onder de gelding van de nieuwe wet die, zoals bekend, in werking treedt op 29 februari 1992, zal het weglaten van essentiële inlichtingen in een reclameboodschap uiterst moeilijk en wellicht niet te verbieden zijn (De Caluwé, A., e.a., *Les pratiques du commerce*, 1991, nr. 1.160 spreekt zich in die zin uit omdat zijns inziens het bestaan van een opzet nooit zal kunnen worden bewezen).

7. Het hierboven afgedrukt vonnis werd bekrachtigd bij arrest van 24 juni 1991 van het Hof van Beroep te Antwerpen.

Professor P. De Vroede
V.U.B.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 september 1990

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Vordering van onderaannemer tegen hoofdopdrachtgever – Coëxistentie met vordering tegen hoofdaannemer – Bestaan en omvang van de schade

Eiser had het werk voor de aanleg van een weg op een gedeeltelijk nog niet onteigend terrein toevertrouwd aan de N.V. B. Deze moest inzonderheid de bomen en struiken op het terrein verwijderen, met dien verstande dat zij over het gerooide hout mocht beschikken. Van enkele percelen werd echter pas na de aanbesteding een verkoopakte opgesteld en daarin werd bepaald dat de vroegere eigenaars het opstaande hout mochten behouden. Het gevolg was dat de waardevolle bomen verwijderd werden. Aan de N.V. B., in tussen failliet verklaard, werd daarvoor een vergoeding toegekend.

Maar de N.V. B. had het opruimen van de bomen en struiken toevertrouwd aan een onderaannemer, eerste verweerder. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 30 november 1989) kent eerste verweerder op grond van art. 1382 B.W. tegen eiser een vergoeding toe. Eiser voert daartegen aan dat, zo eerste verweerder al in beginsel een buitencontractuele vordering kan instellen, dit evenwel onderstelt, niet alleen dat de aan eiser ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt aan de algemene zorgvuldigheidverplichting, maar ook dat die fout andere dan aan de slechte uitvoering van de overeenkomst tussen eerste verweerder en de N.V. B. te wijten schade heeft veroorzaakt. Het middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat de vaststellingen van het arrest inhouden dat tussen eiser als opdrachtgever en de N.V. B.S.L. als aannemer een overeenkomst was gesloten, dat de N.V. B.S.L. de uitvoering van het werk had toevertrouwd aan eerste verweerder, en dat eerste verweerder op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek een vordering tot schadeloosstelling ingesteld heeft tegen eiser ;

«Dat het arrest oordeelt dat eiser een fout in de zin van die wetsbepalingen heeft begaan ; dat het arrest op dat punt niet wordt aangevochten ;

«Overwegende dat in het middel wordt aangenomen dat, afgezien van enige andere juridische constructie waardoor de onderaannemer zich tegen de hoofdopdrachtgever kan richten, de onderaannemer, met betrekking tot de door hem met de hoofdaannemer gesloten overeenkomst, tegen de hoofdopdrachtgever geen contractuele-aansprakelijkheidsvordering kan instellen, maar dat hij wel een buitencontractuele-aansprakelijkheidsvordering kan instellen tot vergoeding van de door hem geleden schade ;

«Overwegende dat de vordering die de onderaannemer op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek instelt tegen de hoofdopdrachtgever, om toegewezen te kunnen worden enkel en alleen moet voldoen aan de door die artikelen gestelde vereisten ; dat de vaststelling van het bestaan en de omvang van de schade niet beïnvloed wordt door de omstandigheid dat de benadeelde onderaannemer is of dat enige schade die door de fout van de hoofdopdrachtgever veroorzaakt is, mede kan worden aangemerkt als een schade die te wijten is aan de slechte uitvoering, door de hoofdaannemer, van de tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer gesloten overeenkomst ;

«Overwegende dat daaruit volgt dat het arrest, door het bestaan en de omvang van de door eerste verweerder geleden schade te beoordelen enkel en alleen op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid van eiser ingevolge de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, en door inzonderheid daarvan niet uit te sluiten wat eiser de zuiver contractuele schade noemt, de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Caenepeel – Openbaar ministerie : mevr. Liekendael – Advocaten : mrs. Bützler en Simont – In de zaak : Wegenfonds / B. en faillissement N.V. B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 september 1991

Pacht – Recht van voorkoop – Rechtspleging – Vordering zonder voorafgaande oproeping ter minnelijke schikking – Niet ontvankelijk

Het bestreden vonnis (Rb. Bergen, 2 februari 1990) beslist op grond van art. 1345 Ger.W. dat eisers vordering, die niet voorafgegaan werd door een oproeping ter minnelijke schikking, niet ontvankelijk is en dat die onregelmatigheid niet wordt goedge maakt doordat eiser, na het instellen van de vordering, een verzoek tot minnelijke schikking heeft ingediend. Het daartegen gericht middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat de rechtbank in hoger beroep kennis heeft genomen van een vordering van eiser die ertoe strekte te doen verklaren dat bij de verkoop van een stuk grond de door de eerste, tweede en derde verweerder het door de Pachtwet aan eiser toegekende recht van voorkoop was miskend en dat, krachtens artikel 51 van die wet, eiser in de plaats moest worden gesteld van de kopers van dat stuk grond ;

«Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat die verweerders aan de eerste rechter verwijten dat hij die rechtsvordering ontvankelijk heeft verklaard, ofschoon er tevoren geen oproeping tot minnelijke schikking was geweest zoals door artikel 1345 van het Gerechtelijk Wetboek wordt vereist ; dat het vonnis, hoewel het erop wijst dat eiser na de inleidende dagvaarding dezelfde verweerders ter minnelijke schikking had opgeroepen voor de vrederechter, de rechtsvordering van eiser op grond van die wetsbepaling niet-ontvankelijk verklaart ;

«Overwegende dat, luidens artikel 1345 van het Gerechtelijk Wetboek, inzake pacht geen enkele rechtsvordering wordt toegelaten, indien de eiser niet tevoren aan de rechter een schriftelijk of mondeling verzoek heeft gedaan om de toekomstige verweerder ter minnelijke schikking te doen oproepen ; dat die bepaling, welke een grond van niet-ontvankelijkheid invoert, moet worden toegepast, zelfs als, zoals te dezen blijkt, de vaststellingen van de bestreden beslissing, een oproeping tot minnelijke schikking heeft plaatsgevonden, na de dagvaarding, tenzij de eerste vordering zou zijn geschrapt en er na de bedoelde oproeping tot minnelijke schikking een nieuwe vordering zou zijn ingesteld, wat evenwel niet blijkt uit de vermeldingen van het bestreden vonnis ;

«Overwegende dat de in het middel vermelde artikelen 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek geen verband houden met de niet-ontvankelijkheid van een vordering ;

«Dat het middel, in zoverre het ontvankelijk is, faalt naar recht.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Sace – Openbaar ministerie : de h. Piret – Advocaten : mrs. Simont en Van Ommeslaghe – In de zaak : L. t/ H. e.a.)

Rb. Hasselt (4e Kamer), 16 september 1991

1. Pacht – Rechtspleging – Oproeping tot minnelijke schikking bij derdenverzet – 2. Derdenverzet – Bij rechter in eerste aanleg – Tegen vonnis waartegen hoger beroep is ingesteld – Art. 1125, tweede lid, Ger.W.

Bij dagvaarding van 18 mei 1990 hadden appellanten derdenverzet gedaan tegen een vonnis van Vred. Sint-Truiden, 10 oktober 1989. Bij vonnis van 27 september 1990 heeft de vrederechter hun derdenverzet niet ontvankelijk verklaart. Betreffende de ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering beslist de rechtbank:

«Appellanten beperken er zich in hun inleidende dagvaarding niet toe te vorderen dat het gezag van gewijsde van het vonnis van 10 oktober 1989 ten opzichte van henzelf niet erkend zou worden; zij vorderen tevens thans zelf erkend te worden als *pachters* van de litigieuze percelen en te horen zeggen voor recht dat geen bevoorrechte pachtoverdracht tot stand is gekomen.

«De vordering te horen zeggen voor recht dat zij pachters zijn valt onder toepassing van artikel 1345 Ger.W., nu tweede, derde en vierde geïntimeerde in limine litis hebben opgeworpen dat geen voorafgaande verzoening heeft plaatsgevonden.

«Tevens was de procedure tussen eerste geïntimeerde enerzijds en tweede, derde en vierde geïntimeerde anderzijds, hangende in hoger beroep zodat artikel 1125, tweede lid, Ger.W., had dienen te worden toegepast.

«Het derdenverzet is om beide motieven onontvankelijk.»

(Voorzitter: de h. Penders — Advocaten: mrs. Borgers en Kamers — In de zaak: L.-R. t/ L., S. en B.-T.)

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van het Departement Rechten van de U.I.A.

Het Belgisch Staatsblad van april 1991 werd nagezien door W. Lambrechts

Erkenning van aannemers van werken

De regeling van de erkenning van aannemers van werken, ingevoerd door de besluitwet van 3 februari 1947, was om diverse redenen aan een herziening toe: allereerst moesten een aantal leemten in de besluitwet zelf worden aangevuld; vervolgens vergden de recente institutionele hervormingen een aanpassing en ten slotte moest de Belgische wetgeving aan het Europees recht worden aangepast.

Die gebreken werden verholpen door de wet van 20 maart 1991 (B.S., 6 april 1991).

1. Vroeger ontbrak een periodieke herziening van de verleende erkenningen, evenals de mogelijkheid voor de erkenningscommissie om op eigen initiatief een erkenning te herzien of aan aannemers sancties op te leggen. Dat was enkel mogelijk mits een openbare opdrachtgever klacht indiende. Op dit euvel werd gewezen in het arrest R.v.St., Rouan, nr. 28.249, 26 juni 1987.

2. De wetgeving is in overeenstemming gebracht met de Europese richtlijnen van 26 juli 1971 en 18 juli 1989. Er is ook rekening gehouden met de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Voortaan zijn de instrumenten aanwezig om erop te kunnen toezien dat de aannemers binnen de economische unie gelijk worden behandeld.

De wet handhaaft het beginsel van de voorlopige erkenning en regelt de kwestie van de overdracht van de erkenning o.m. in geval van fusie of splitsing van ondernemingen.

3. De samenstelling van de erkenningscommissie beantwoordt voortaan aan een drievoudige pariteit: Nederlandstaligen en Franstaligen, privé-sector en overheidssector, en in de laatstgenoemde sector de Gewesten, de Gemeenschappen en de Staat.

Krachtens het K.B. van 26 september 1991 (B.S., 18 oktober 1991) is de wet in werking getreden op 1 november 1991. De toepassingsmaatregelen van de kaderwet van 20 maart 1991 werden vastgelegd in een ander uitgebreid K.B. van 26 september 1991, eveneens gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 18 oktober 1991. Het M.B. van 27 september 1991 bepaalt nader de indeling van de werken volgens hun aard in categorieën en ondercategorieën met betrekking tot de erkenning van de aannemers (B.S., 18 oktober 1991).

Verhinderend en vervanging van gemeentelijke mandatarissen

De concrete aanleiding voor de wet van 21 maart 1991 tot wijziging van een nieuwe gemeentewet wat de afwezigheden en verhinderd van de mandatarissen betreft (B.S., 9 april 1991) was de recente wijziging van het statuut van de dienstplichtigen, aan wie het niet langer verboden is een politiek mandaat uit te oefenen (zie artikel 46 van de wet van 22 december 1989 betreffende het statuut van de dienstplichtige). Bijgevolg moest artikel 11 van de Gemeentewet luidens hetwelk een gemeenteraadslid dat zijn actieve militaire dienstdienst vervult, automatisch vervangen wordt, worden gewijzigd.

Door de verlaging van de verkiesbaarheidsleeftijd is de kans trouwens groter dat jongeren worden verkozen die hun legerdienst nog moeten vervullen. Het is het dienstplichtige gemeenteraadslid zelf dat zijn vervanging formeel moet vragen. De regeling geldt eveneens voor de gemeenteraadsliden die hun burgerdienst vervullen als gewetensbezwaarde.

In tegenstelling tot wat geldt voor de gemeenteraadsliden, wordt de burgemeester die zijn actieve militaire dienst of zijn burgerdienst vervult, automatisch als verhinderd beschouwd en vervangen.

Bij deze gelegenheid zijn ook een aantal andere gevallen van verhinderend en vervanging geregeld.

Het is tijdens de bespreking in de Kamer van Volksvertegenwoordigers dat een regeling werd uitgewerkt van ouderschapsverlof voor gemeentelijke mandatarissen.

Er werd ook voorzien in een verplichte vervanging in een aantal gevallen waarin nu al een deontologische onverenigbaarheid bestaat, namelijk voor de burgemeester of schepenen die een ambt bekleedt van minister, staatssecretaris, lid van een Executieve of gewestelijk staatssecretaris.

In verband met de vervanging van verhinderde schepenen wordt bepaald dat, in afwijking van de gewone regel, de vervanger wordt aangewezen door de gemeenteraad wanneer de verhinderd te wijten is aan het vervullen van de leger- of burgerdienst, een ouderschapsverlof, of het bekleden van de hiervoor vermelde ambten van minister of staatssecretaris.

Voor commentaren zie Dujardin, J. en Vande Lanotte, J., *Verhinderend en vervanging van de gemeentelijke mandatarissen*

sen, Brussel, Ministerie Binnenlandse Zaken, 1991, 32 pp.; Leboutte, J.-M., «De vervanging van gemeentemandatarissen die afwezig of verhinderd zijn», *De Gemeente*, 1991, nr. 5, 235-238.

Verzekeringsondernemingen

De wet van 9 juli 1975 betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen werd gewijzigd door een K.B. van 22 februari 1991 (*B.S.*, 11 april 1991).

Het besluit vindt zijn rechtsgrond in artikel 66 van de wet van 9 juli 1975 dat de Koning machtigt de bepalingen van die wet aan te passen aan verplichtingen die voor België voortvloeien uit internationale overeenkomsten en verdragen.

Het K.B. van 22 februari 1991 beoogt de omzetting in intern recht van de tweede richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschap van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verichten van diensten.

Daarbij sluit een ander K.B. van 22 februari 1991 aan dat het algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen bevat (*B.S.*, 11 april 1991).

Dit besluit komt in de plaats van het K.B. van 12 maart 1976. Talrijke bepalingen van dit besluit zijn overgenomen in het nieuwe besluit: andere bepalingen beogen aan te sluiten bij de geldende Europese richtlijnen.

Beroep tegen de ter zake genomen beslissingen kan worden gebracht voor de Raad van State, waarbij een zeer speciale procedure moet worden gevolgd die uitvoerig wordt uiteengezet in artikel 8 van het gemeld K.B. van 22 februari 1991.

Artikel 143 nieuwe gemeentewet

De nieuwe versie van art. 143 van de nieuwe gemeentewet werd ingevoerd door de wet van 21 maart 1991 (*B.S.*, 13 april 1991, err. *B.S.*, 16 mei 1991). Zij herstelt de toestand zoals die bestond vóór de codificatie. Het komt erop neer dat titel III van de nieuwe gemeentewet van toepassing is op het onderwijzend personeel van de gemeente en dat de gemeenteraden derhalve het administratief en geldelijk statuut kunnen vaststellen, uitgezonderd voor die materies of voor die personeelsleden die onder de toepassing vallen van de wetten, decreten, verordeningen en besluiten van het onderwijs.

De nieuwe bepaling, die beoogt een juridisch vacuüm weg te werken, heeft retroactief uitwerking op dezelfde datum als de codificatie van de nieuwe gemeente, namelijk op 1 juni 1989.

Voor een commentaar zie Hautphenne, P., «Artikel 143 van de nieuwe gemeentewet en het personeel van het gemeentelijk onderwijs», *De Gemeente*, 1991, nr. 10, 460-469.

Wedden gemeentesecretaris en plaatselijke ontvanger

De wet van 28 maart 1991 tot wijziging van de nieuwe gemeentewet (*B.S.*, 19 april 1991) strekt ertoe de minima en maxima van de weddeschalen van de gemeentesecretaris en

de plaatselijke ontvanger als bepaald in de artikelen 28 en 65 van de gemeentewet, te actualiseren.

Die minima en maxima worden omgerekend naar het indexcijfer 138,01, waaraan zij voortaan gekoppeld zullen zijn, zoals dat sinds enkele tijd het geval is voor de weddeschalen van het overheidspersoneel.

Brussel – Preventie en beheer van afvalstoffen

De ordonnantie van 7 maart 1991 betreffende de preventie en het beheer van afvalstoffen (*B.S.*, 23 april 1991) vervangt voor het Brusselse hoofdstedelijk gewest de bepalingen van de wet van 22 juli 1974 op het giftig afval met uitzondering van de artikelen 1, 7, 9 tot 15 van die wet.

Brussel – Bescherming van de natuur

Een andere ordonnantie van 7 maart 1991 wil de procedure ter bescherming van de natuur bespoedigen (*B.S.*, 23 april 1991).

Deze ordonnantie vult voor het Brusselse Gewest de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud aan.

De Executieve bepaalt de modaliteiten van invoering van de hoge biologische waarde van een landschap.

Wallonië – Kampeercaravanterreinen en plattelandsontwikkeling

In Wallonië werd de wet van 30 april 1970 op het kamperen opgeheven en vervangen door het decreet van 4 maart 1991 betreffende de voorwaarden voor het exploiteren van de kampeercaravanterreinen. Het gaat om een kaderdecreet dat aan de Executieve de mogelijkheid biedt om de voorwaarden voor het exploiteren van kampeercaravanterreinen te bepalen, rekening houdend met de basisvoorwaarden die in het decreet worden vermeld.

Voor Wallonië dient ook nog gewezen te worden op het decreet van 28 februari 1991 houdende oprichting van de Waalse dienst voor plattelandsontwikkeling (*B.S.*, 5 april 1991) dat, krachtens het besluit van 18 april 1991 (*B.S.*, 30 april 1991) op 1 mei 1991 in werking is getreden. Deze dienst verleent zijn medewerking aan de voorbereiding en aan de uitvoering van elke ruilverkavelingsoperatie van landeigendom.

Bekendmaking van gemeentelijke akten

De bepalingen betreffende de bekendmaking van de akten van de gemeentelijke organen waren dringend aan een wijziging toe. Vele gemeenten ondervonden moeilijkheden bij het aanplakken aan het gemeentehuis van de tekst van omvangrijke reglementen en verordeningen. Die tekst moest namelijk integraal worden bekendgemaakt (Gent, 20 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1089). Voor plattelandsgemeenten was voorgeschreven dat de bekendmaking geschiedde na de kerkdienst!

De artikelen 112 tot 114 van de nieuwe gemeentewet betreffende de bekendmaking van de akten is gewijzigd door de wet van 8 april 1991 (*B.S.*, 27 april 1991).

Voor het publiek is het voortaan voldoende dat wordt bekendgemaakt dat een reglement is aangenomen en dat de

volledige tekst ervan op een bepaalde plaats kan worden ingezien.

Het K.B. van 14 oktober 1991 betreffende de aantekeningen in het register voor de bekendmaking van de reglementen en verordeningen van de gemeenteverhuden (*B.S.*, 29 oktober 1991) heeft ook de nodige duidelijkheid en rechtszekerheid gebracht. De bekendmaking en de datum van bekendmaking moeten blijken uit de aantekening in een speciaal door de gemeentesecretaris daartoe gehouden register. Die aantekening geschiedt op de eerste dag van de bekendmaking van het reglement of van de verordening. De aantekeningen worden genummerd. Het K.B. van 14 oktober 1991 vermeldt ook op welke wijze de aantekening moet worden vastgesteld.

Investeringsfonds

Het decreet van de Vlaamse Raad van 20 maart 1991 betreffende het investeringsfonds ter verdeling van de subsidies voor bepaalde onroerende investeringen die in de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest door of op initiatief van de provincies, de gemeenten of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden gedaan (*B.S.*, 30 april 1991) vervangt het decreet van 24 januari 1985.

Het doel van het decreet is zoveel mogelijk investeringskredieten die aan provincies en gemeenten door het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap worden verleend, op een objectieve basis te verdelen door middel van een eenvoudige procedure.

Volgens het decreet van 24 januari 1985 konden alleen subsidies worden verleend voor werken, leveringen en diensten. Voortaan komen onroerende investeringen in het algemeen voor subsidiëring in aanmerking.

De criteria voor de verdeling van de trekingsrechten op het fonds worden aangepast en aangevuld.

Voor de uitvoering wordt verwezen naar twee besluiten van de Vlaamse Executieve van 20 maart 1991 (*B.S.*, 30 april 1991) en de ministeriële circulaire van 3 april 1991 eveneens gepubliceerd op dezelfde datum).

Voor een commentaar zie Haex, F., «Het Investeringsfonds», *De Gemeente*, 1991, nr. 5, 225-233.

BOEKEN

G.H. ADDINK e.a., **Milieubescherming: Privaatrecht of publiekrecht?**, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, 226 pp., f 38

Het boek *Milieubescherming: Privaatrecht of publiekrecht?*, dat is verschenen in de reeks publikaties van de Vereniging voor Milieurecht, is het eerste resultaat van de werkgroep jurisprudentie van deze vereniging. In het werk is een driedeling te maken in een preadvies, het verslag van de zevenentwintigste ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht en een selectie uit de milieujurisprudentie tussen 1987 en 1990. In de onderstaande bespreking zal ik enkel ingaan op het preadvies. Dit betreft de vraagstelling die in de titel tot uitdrukking komt, en is geschreven door vijf preadviseurs, die elk een deel van de problematiek voor hun rekening nemen.

Na een inleiding in het eerste hoofdstuk waarin wordt aangegeven wat er volgt en gemotiveerd wordt waarom het volgt, bevat hoofdstuk 2, «Publiekrecht of privaatrecht, een vrije keuze?», het

eerste deel van het preadvies. Het is geschreven door H.F.M.W. van Rijswijk en gaat in op de vraag of, en zo ja, in welke mate, het de overheid vrijstaat gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen ter handhaving van het milieurecht als publiekrechtelijke middelen voorhanden zijn. Onder publiekrecht moet voor dit hoofdstuk overigens administratiefrecht worden gelezen, aangezien het strafrecht niet aan de orde komt. Van Rijswijk staat in het kader van de bestudering van de zogenaamde twee-wegenleer (i.e. privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke weg) stil bij de vraag naar het te behartigen belang (de overheid als behartiger van algemene belangen of in zijn hoedanigheid van eigenaar). Ook bespreekt zij binnen dit kader de inmiddels verlaten «gemene rechtsleer» (het privaatrecht vindt aanwending voor zover het publiekrecht er niet van afwijkt) en de aanvaardbaarheid van het sluiten van overeenkomsten door de overheid. Bij dit laatste worden met name het motief voor de keuze voor de overeenkomst (gemakkelijker weg?) en de met de overeenkomst te bereiken doelen (publiek van aard?) als probleemmomenten aangestipt. Vervolgens worden de voor- en nadelen van het gebruik van de overeenkomst door de overheid puntsgewijs opgesomd, waarna de mate waarin en de wijze waarop de burgerlijke rechter bij de beoordeling van de gesloten overeenkomsten aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetst, besproken wordt. Geconcludeerd wordt dat de rechtspraak lijkt aan te geven dat de burgerlijke rechter volledig aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetst. Van Rijswijk geeft voorts aan in hoeverre de overheid aan een gesloten overeenkomst gebonden is. Ter afsluiting van haar verhandeling over het gebruik van het contract stelt zij vast, dat de derde-belanghebbende in een contractssituatie in het nadeel is. Vervolgens behandelt Van Rijswijk de mogelijkheden die de overheid heeft om een actie ex artikel 1401 Burgerlijk Wetboek (onrechtmatige daad) in te stellen. Samenvattend wordt hierover gesteld dat het verkrijgen van een ge- of verbod op grond van dit artikel problematischer is dan het verkrijgen van een schadevergoeding. Middels bespreking van een aantal belangrijke arresten wordt een overzicht geboden van de jurisprudentiële benadering van de (al dan niet) vrije keuze tussen handhaving langs publiek- dan wel civielrechtelijke weg. In de conclusie wordt een en ander nog eens samengevat en wordt voorgesteld het bestuursrechtelijke instrumentarium te verruimen en de privaatrechtelijke weg meer aanvaardbaar te maken.

Hoofdstuk 3, «Rechtsbescherming», behelst het door J.E.M. Polak geschreven tweede deel van het preadvies. Het onderzoekt of uit een oogpunt van rechtsbescherming het gebruik van een publiekrechtelijk instrument de voorkeur boven privaatrechtelijke handhaving moet hebben. Er wordt vooropgesteld dat privaatrechtelijke handhaving in gevallen waarin een (concurrerende) publiekrechtelijke weg ontbreekt, in principe geoorloofd is. Is er wel een publiekrechtelijke regeling, dan zou het gebruik van het civiele eigendomsrecht niet meer mogelijk zijn, mede omdat dan de publiekrechtelijke rechtsbescherming zou komen te ontvallen. Na in herinnering te hebben dat de burgerlijke rechter voor geschillen tussen overheid en burger in principe «restrechter» is, draagt hij vier argumenten voor handhaving middels publiekrecht aan (goedkoper voor betrokkenen, beter geschikt voor toetsing van overheidsopdrachten, specialisatie van rechters en positie derden-belanghebbenden). De relativisering van veel van deze argumenten wordt door de auteur bekritiseerd. Volgens Polak is de keuze niet meer vrij, maar door de wetgever reeds gemaakt. Aan het feit dat het milieu een publiek rechtsgoed is, ontleent Polak een argument voor zijn stelling dat zaken als lage drempels in de vorm van geringe kosten en goede toegankelijkheid voor derden-belanghebbenden extra zwaar moeten wegen. Ook zou het nog maar de vraag zijn of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in civilibus een zelfde rechtsbescherming tot gevolg hebben als in een administratieve procedure. De veronderstelling dat de civielrechtelijke weg sneller en effectiever zou zijn, wordt door Polak van de hand gewezen. In de slotparagraaf stelt Polak dat er met name in het licht van de rechtsbescherming voor derden-belanghebbenden bezwaren bestaan tegen het sluiten van overeenkomsten of convenanten door de overheid.

In hoofdstuk 4, «Gebruik door de overheid van het privaatrecht», gaat P.A. Kottenhagen-Edzes in op het gebruik van convenanten en contracten en het instellen van acties uit onrechtmatige daad ter handhaving van milieurecht. Hoewel het principieel mogelijk zou zijn, door de overheid geleden schade met een actie ex art. 1401 B.W. op de veroorzaker te verhalen vanaf het moment waarop de

overheid de zorg voor de bodem op zich nam, zou er wel sprake van een onrechtmatige daad *jegens de overheid* moeten zijn. Ook kan het leerstuk van de risico-aanvaarding volgens de auteur in de weg staan aan het verhalen van de kosten van het saneren van een vergunningsconforme vervuiling. Betoogd wordt dat behoudens expliciete uitsluiting in de wet ook kosten die voortvloeien uit het gebruik van bijvoorbeeld bestuursdwang voor verhaal ex art. 1401 B.W. vatbaar zijn. Vervolgens wordt ingegaan op argumenten als het omzeilen van de rechtsbeschermende aspecten van de publiekrechtelijke regeling en de mogelijk vergelijkbare resultaten die met het bewandelen van beide wegen behaald zouden kunnen worden. Het civielrecht boek volgens de auteur aanzienlijk betere resultaten bij zaken als conservatoir beslag, verhaal van kosten, het treffen van de zich achter een stroman verschuilende eigenlijke overtreder en preventief optreden, terwijl het treffen van de verantwoordelijke bestuurders van een overtredende onderneming langs bestuursrechtelijke weg beter mogelijk zou zijn. Vervolgens gaat Kottenhagen in op het gebruik van civielrechtelijke overeenkomsten door de overheid. Voorzichtigheid zou geboden lijken als de overheid met een contract probeert te bereiken wat ook publiekrechtelijk kan worden gerealiseerd. Ten aanzien van het gebruik van convenanten ter realisering van milieubeleid wordt na weging van een aantal voor- en nadelen terughoudendheid aanbevolen, met name in verband met het ontbreken van democratische waarborgen. Door getroffen derden zou — als het ware ter vervanging van de door het gebruik van het burgerlijke recht door de overheid verloren gegane mogelijkheden van bezwaar en beroep — een onrechtmatige-daads-actie kunnen worden ingesteld.

In het vijfde hoofdstuk behandelt G.H. Addink de «mogelijkheden en beperkingen van het bestuursrecht bij milieubescherming». Addink onderzoekt of, en zo ja, waar zich problemen voordoen bij de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen. Een eerste door hem signaleerd probleem is de geringe samenhang tussen de vele tientallen wetten en uitvoeringsbesluiten, richtlijnen en circulaire. Dit maakt het volgens de auteur moeilijk de toepasselijke regel(s) te vinden, bemoeilijkt het inzicht in de verhouding tussen de wetten etc. onderling en tot EG-richtlijnen. Doordat veel milieuwetten zogenaamde kaderwetten zijn die het bestuur «vage en nauwelijks geclausuleerde bevoegdheden» geven, wordt het gebruik van niet-publiekrechtelijke handhavingsmiddelen eenvoudig gemaakt, waaraan met name uit rechtsbeschermingsoogpunt de nodige problemen kleven, zo wordt gesteld. De auteur bespreekt drie verschillende typen publiekrechtelijke bevoegdheden uit de milieuwetten. Eerst wordt ingegaan op de opstellingsprocedure en de mate van rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften, vervolgens op beleidsmatige en operationele plannen. Gesteld wordt dat plannen normerend kunnen werken en dat de rechter aan een afvalstoffenplan meer bindende werking toekent dan aan gewoon beleid. Vervolgens wordt ingegaan op vergunningen en ontheffingen. De jurisprudentie op dit gebied wordt door Addink overzichtelijk gegroepeerd rond een viertal vragen die bij een vergunningverlening kunnen worden gesteld. Mede vanuit deze jurisprudentiële ervaringen zouden de bevoegdheden van het bestuur volgens hem meer genormeerd moeten worden om de eenheid van beleid en de rechtszekerheid te bevorderen. De auteur gaat ook in op de mogelijkheden en beperkingen van bestuursrechtelijke sancties met een herstellen-de werking. In de laatste substantiële paragraaf wordt gewezen op de diverse rechtsgangen die het administratieve recht biedt, waarna kort op de wijze van toetsing door de beide afdelingen van de Raad van State wordt ingegaan en de blik op plannen voor een uniformering van het rechtsbeschermingsstelsel wordt gericht. Tot slot wordt nog gesteld dat na het uitkristalliseren van de ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie de ruimte voor het gebruik van het privaatrecht sterk zal afnemen.

Het vijfde en laatste deel van het preadvies — hoofdstuk 6 van het boekje — is van de hand van M.A. Robesin. In slechts twaalf pagina's vliegt de auteur over de mogelijkheden die het strafrecht voor de handhaving van het milieurecht biedt. Zij opent met een opsomming van de plaatsen waar de voor het milieurecht relevante strafbepalingen kunnen worden gevonden, waarna zij een aantal beperkingen van het strafrecht, zoals het verbod van terugwerkende kracht, de antropocentrische structuur van de commun strafrechtelijke bepalingen en de administratieve afhankelijkheid signaleert. Vervolgens gaat Robesin in op de «ultimum remedium-discussie», waarbij zij kort de mening van Van de Bunt weergeeft. Daarna geeft

zij aan dat een administratieve boete — zoals die in Nederland voor lichte verkeersovertradingen ingevoerd zal gaan worden — volgens haar in het milieurecht niet te verwachten is. Tot slot wordt nog ingegaan op problemen die kunnen ontstaan door een «samenloop» van een strafrechtelijke met een bestuurs- of civielrechtelijke handhaving.

Dit boek is vooral interessant voor de in het (rechtsvergelijkende) milieurecht geïnteresseerde Vlaamse jurist. De verschillende delen van het preadvies bieden een vrij goed overzicht van de stand van de discussie op de verschillende (deel)gebieden. Enige overlap kon door de opzet niet worden vermeden, maar dit stoort allermint. De selectie uit de (vrij) recente milieujurisprudentie is handig, niet alleen bij het lezen van dit werkje.

Hans Oudijk
Vakgroep Strafrecht en Criminologie
Rijksuniversiteit Limburg

MEDEDELINGEN

Studiedag «Overmatige schuldenlast en de consument : oorzaken en remedies»

Deze studiedag, georganiseerd door Jura Falconis, vindt plaats op 14 februari 1992 in het Auditorium Zeger van Hee, Tiensestraat 41, Leuven.

Programma :

- 9u00 Algemene schets van het probleem door de heer G. Straetmans (K.U.Leuven)
- 9u00 De informatieverplichtingen, inzonderheid de reclamebepalingen die de Wet Consumentenkrediet met W.H.P. aan de kredietverlener oplegt door prof. G. Ballon (K.U.Leuven)
- 10u00 Abusieve clausules in kredietovereenkomsten. Bijzondere aansprakelijkheid van de kredietverlener door de heer D. Meulemans (K.U.Leuven)
- 11u00 Betalingsfaciliteiten : bijzondere procedure op eenvoudig verzoekschrift door prof. P. Lemmens (K.U.Leuven)
- 11u30 Panelgesprek onder leiding van prof. J. Stuyck (K.U.Leuven)
- 14u15 Beslagrechtelijke aspecten door prof. E. Dirix (K.U.Leuven)
- 14u45 De rol van de overheid bij het voorkomen van overmatige schuldenlast — o.a. noodzaak van een burgerlijk faillissement door prof. E. Verwilt (U.Gent)
- 15u15 Hard of soft law : gedragscode kredietverleners door de heer M. Lambrechts (H.B.K.)
- 15u45 Panelgesprek onder leiding van de heer J.L. Duplat (voorzitter Bank- en Financieuzen)

Inlichtingen : Jura Falconis, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.82).

Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen — Jaarboek

Zopas verscheen het jaarboek 1992 van de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen.

Het boek bevat een alfabetische lijst van de 630 aangesloten leden, van de ondernemingen of instellingen waartoe deze bedrijfsjuristen behoren, alsmede de samenstelling van de raad van bestuur en van het comité van ere-leden.

Inlichtingen : Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen, Ravensteinstraat 36, bus 2, 1000 Brussel (tel.: 02/288.32.34).