

HET DUINENDECREET OF DE BETONNERING VAN DE DUINENBESCHERMING

1. Het decreet van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen heeft reeds heel wat stof doen opwaaien. Recent werden door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, zitting houdend zoals in kort geding, een aantal beschikkingen gewezen, die reeds een voorsmaakje geven van de juridische problemen waartoe het zogenaamd duinendecreet aanleiding kan en zal geven.¹ Bovendien werd in de media reeds een hele hetze gevoerd tussen voor- en tegenstanders van de bijzondere maatregelen ter bescherming van de resterende kustduinen. In sommige kustgemeenten werden zelfs private «duinenwachten» opgericht, met de goedkeuring van een aantal leden van de Vlaamse Raad.

De onderhavige bijdrage geeft een artikelsgewijze bespreking van het duinendecreet en het duinenbesluit, waarin de besprekingen in de Vlaamse Raad en in de commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud en de eerste rechtspraak aan bod komen.

2. Kort samengevat wordt de bescherming van de duinen als volgt georganiseerd.

– *Eerste fase:* bouwverbod. Er wordt een onmiddellijk en volledig bouwverbod gelegd op alle resterende duingebieden, ongeacht het bestaand juridisch of feitelijk statuut van de gronden, op basis van een – onbekend – rapport van het Instituut voor Natuurbehoud. Dit bouwverbod wordt decretaal uitgevaardigd² en gaat in vanaf de publikatie van het besluit van de Vlaamse regering tot aanduiding van de beschermde duingebieden en de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden.³ Het bouwverbod, tot stand gekomen bij uitvoeringsbesluit, wordt binnen zes maanden bekrachtigd bij decreet,⁴ dat geldt tot 31 december 1994.

– *Tweede fase:* inventarisatie en openbaar onderzoek. Uiterlijk op 31 december 1994, en na een openbaar onderzoek, moet een perceelsgewijze inventaris worden opgemaakt van de gebieden die beschermd dienen te worden door bestemmingswijzigingen of beperkende maatregelen. De Vlaamse Regering stelt de inventaris van deze definitief beschermde gebieden vast bij gewoon besluit, dat door de Vlaamse Raad vóór 31 december 1994 bekrachtigd wordt, op straffe van verval.

De eerste fase is thans voltooid.

3. De eerste bemerkingen aangaande de bescherming van de resterende duingebieden zijn reeds te vinden in het Milieubeleids- en Natuurontwikkelingsplan voor Vlaanderen 1990-1995 (Minaplan), meegedeeld bij beleidsbrief van 14 februari 1990. Daarin wordt geopteerd voor het in kaart

brengen van de duingebieden als natuurkerngebieden en het realiseren van deze natuurkerngebieden door verwerving (20.000 ha in een eerste termijn van vijf jaar) en een aangepast beheer van deze gebieden. Tevens zette het Minaplan het Vlaams Gewest ertoe aan om een actieprogramma op te stellen en initiatieven te nemen om de doelstellingen van het Minaplan te verwezenlijken.⁵ Opmerkelijk is dat het Minaplan derhalve niet spreekt van een totale bouwstop.

Het voorstel van decreet van de heer M. Capoen houdende de maatregelen tot bescherming van de kustduinen verwijst in de toelichting dan ook naar het Minaplan en schakelt de Vlaamse kustgemeenten in om een beschrijvende staat op te maken van de bestaande bestemmingszones en de wenselijk geachte wijzigingen, gevolgd door een openbaar onderzoek van drie maanden. In afwachting van de definitieve goedkeuring van de plannen van aanleg, dienen bouwaanvragen onderworpen te worden aan het advies van de gemeenteraad, die zich uitspreekt over de bouw wenselijkheid.⁶

Ook dit voorstel, dat uiteindelijk als basis heeft gediend voor de bespreking in de Vlaamse Raad, voorziet niet in een bouwstop. Het legt integendeel de nadruk op een heel andere methode, nl. in een eerste stap de inventarisatie op het gemeentelijk vlak en in een tweede stap de bestemmingswijzigingen van de bestaande plannen van aanleg, verwerving door de overheid, het gewest, de gemeente of een natuurbouwhoudsvereniging, oprichting van een speciaal planschadefonds of het opleggen van erfdiensbaarheden met vergoeding.

Na een bezoek ter plaatse aan de duingebieden aan de Westkust op 1 oktober 1992, werden de besprekingen over het voorstel in de Vlaamse Raad aangevat op 26 januari 1993, wat, na verschillende amendementen, uiteindelijk geleid heeft tot het decreet van de Vlaamse Raad van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen.⁷ Het oorspronkelijk voorstel van decreet is op dat ogenblik volledig gewijzigd, voornamelijk op grond van een amendement van de heer J. Vande Lanotte.⁸

4. In tegenstelling tot het oorspronkelijk voorstel van decreet van de heer Capoen, dat volledig op zichzelf stond, voegt het duinendecreet een aantal nieuwe artikelen 51 tot en met 57 toe aan de wet van 12 juli 1973 op het natuurbouwhoud. Een andere werkwijze ware geweest te werken via het bestaand instrumentarium van de wet van 29 maart 1962 op de ruimtelijke ordening en stedenbouw. Dat uiteindelijk niet voor deze werkwijze is gekozen, heeft alles te maken met de uiterst snelle wijze waarop men een bouwstop heeft willen invoeren, zonder enige raadpleging van gemeentelijke of andere overheden of van eigenaars en zonder de financiële consequenties van het gevoerde beleid te onderzoeken. Inderdaad zou het mogelijk geweest zijn de bedreigde duinge-

¹ Vz. Rb. Brussel, 17 maart 1994, BRK 94/1088 en 2034/A; 94/1089 en 2036/A en 94/1087 en 2037.

² Decreet van 14 juli 1993, B.S., 31 augustus 1993 (duinendecreet).

³ Besluit van 15 september 1993, B.S., 17 september 1993 (duinenbesluit).

⁴ Decreet van 26 januari 1994, B.S., 26 februari 1994 (bekrachtigingsdecreet).

⁵ St. Vl. R., 1992, 96, nr. 1 (1 en 2).

⁶ St. Vl. R., 1992, 96, nr. 1.

⁷ B.S., 31 augustus 1993, err. 12 oktober 1993.

⁸ St. Vl. R., 1992, 96, nr. 2.

bieden in kaart te brengen, waarna de nodige wijzigingen aangebracht zouden kunnen worden in de bestaande plannen van aanleg. Zo zou zowel de maatschappelijke inspraak, de rechtszekerheid en de doorzichtigheid als de schadevergoeding voor de getroffen eigenaars verzekerd zijn. Dit is overigens wat het oorspronkelijk voorstel van decreet in het vooruitzicht stelde en wat herhaalde malen is voorgesteld tijdens de bespreking in de Vlaamse Raad.⁹ De decretale bouwstop negeert immers op de meest directe wijze de bestemmingen vastgesteld in de gewestplannen, die opgesteld werden volgens de specifieke procedure van de artikelen 9 en 13 van de Stedebouwwet en overeenkomstig de Stedebouwwet van kracht blijven totdat ze worden herzien overeenkomstig de procedure van artikel 43 van de Stedebouwwet. Dit is perfect mogelijk nu artikel 1 van de Stedebouwwet vooropstelt dat de ruimtelijke ordening van het hele land vastgesteld wordt in gewestplannen, met het doel 's lands natuurschoon te bewaren. In de Vlaamse Raad is dan ook gewaarschuwd, zowel voor de absolute juridische noodzaak tot voorafgaande wijziging van de bestaande gewestplannen alvorens een bouwverbod te kunnen opleggen,¹⁰ als voor de onzekerheid over het juridisch statuut van de betrokken gronden en voor het gevaar dat uitgaat van dit precedent van een decretale uitzonderingsregel.¹¹

Patere legem quam ipse fecisti.

5. «Artikel 51. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de maritieme duinstreek, zoals in bijlage in kaart gebracht.»

Het duinendecreet wijst in bijlage de maritieme duinstreek aan, die zowat de hele kuststrook, dorps- en stadskernen inbegrepen, beslaat. De kaarten zijn terug te vinden in de decretale tekstgeschiedenis.¹²

6. «Artikel 52. § 1. In afwijking van de bepalingen van de voorgaande hoofdstukken kan de Vlaamse Executieve op voordracht van het Instituut voor Natuurbehoud, met het oog op de bescherming, de ontwikkeling en het beheer van de maritieme duinstreek, delen van de maritieme duinstreek als beschermd duingebied aanduiden. Landbouwgronden, die gelegen zijn in de agrarische gebieden van de gewestplannen en van de plannen van aanleg, vastgesteld overeenkomstig de wetgeving houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw en in de maritieme duinstreek, kunnen enkel worden beschermd als voor het duingebied belangrijk landbouwgebied. Hun landbouwkundige bestemming blijft onverminderd voortbestaan.

De aanduiding als beschermd duingebied of als voor het duingebied belangrijk landbouwgebied houdt vanaf de publikatie van het besluit een volledig bouwverbod in, ongeacht de bestemming van het goed volgens de in uitvoering van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw vastgestelde en goedgekeurde bestemmingsplannen of verleende verkavelingsvergunningen. Dit

bouwverbod geldt niet voor zover het gaat om verbouwing, herbouw en uitbreiding van bestaande landbouwbedrijven en voor zover deze werken geen wijziging van de landbouwbestemming tot gevolg hebben.»

Naar aanleiding van de besprekingen binnen de commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud heeft het Instituut voor Natuurbehoud een nota opgesteld met de «Criteria voor het aanduiden van uit natuurwetenschappelijk perspectief prioritair te beschermen duin- en binnenduinrandterreinen». Deze nota werd opgenomen als bijlage bij het verslag van de Commissie.¹³

De eigenlijke voordracht van de te beschermen duingebieden van het Instituut voor Natuurbehoud werd tot op heden niet gepubliceerd en is ons niet bekend. Ook de Vlaamse Raad heeft het rapport van het Instituut niet kunnen inkijken.¹⁴

Volgens de voormelde nota van het Instituut gebeurde de aanwijzing van de te beschermen duingebieden op grond van de volgende criteria:

1) het terrein is op het ontwerp van *Groene Hoofdstructuur* opgenomen als natuurkern-, natuurontwikkelings- of natuurverbindingsgebied,

2) *aardrijkskundig natuurwetenschappelijke criteria*:

– zoals het behoren tot een zeldzame geomorfologische en pedologische formatie: de Oude duinen, de Middelloude duinen, de Vroegmiddeleeuwse kopjesduinen, de Volmiddeleeuwse loopduinen, de mobiele contactzone tussen duinen en polderstreek of de primaire duinvallen of afgesnoerde strandvlakten,

– het gelegen zijn langs de binnenduinrand,

3) de *uitgestrektheid* van het terrein:

– minimum 1 ha,

– minder dan 1 ha, doch deel uitmakend van een uitgestrekt duin- en/of binnenduinrandgebied,

4) de aanduiding van het terrein op de *biologische waarderingskaart* als «minder waardevol» of beter.

Hierbij stelt het Instituut voor Natuurbehoud voor de terreinen die 4 of 3 op 4 halen uit natuurbehoudsperspectief te beschermen en de terreinen die 2 op 4 halen om sociale, esthetische, educatieve en cultuurhistorische redenen op te nemen als beschermd duingebied.

Hoewel de criteria niet in het decreet zelf zijn opgenomen, waren de commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud en de minister zich er terdege van bewust dat deze criteria slechts gewijzigd zouden kunnen worden naar aanleiding van gegronde bezwaren die geuit zouden worden tijdens het later te houden openbaar onderzoek over de op te stellen inventaris en met eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel. Bijvoorbeeld zou dit het geval kunnen zijn voor verkavelingen of geïsoleerde percelen.¹⁵

7. De aanwijzing als beschermd duingebied brengt vanaf de publikatie van het besluit op 17 september 1993 een volledig bouwverbod met zich, met uitzondering voor bestaande landbouwexploitaties.

De commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud heeft naar aanleiding van de besprekingen over het bekrachtig-

⁹ Zie bv. *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 10, 15: invoeging van een nieuw artikel 80quater in de Stedebouwwet.

¹⁰ *St. Vl. R.*, 1992, nr. 10, 7 in fine.

¹¹ *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 10, 10.

¹² Zie *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 10 - Bijlage A.

¹³ *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 10 - Bijlage B.

¹⁴ *St. Vl. R.*, 1993, 403, nr. 5, 12.

¹⁵ *St. Vl. R.*, 1993, 403, nr. 5, 22-23.

gingsdecreet van 26 januari 1994 te kennen gegeven dat dit bouwverbod zou slaan op alle vergunningsplichtige activiteiten, die vallen onder de toepassing van artikel 44 van de Stedebouwwet van 29 maart 1962.¹⁶ Wel zou in de definitieve fase het bouwverbod duidelijker en preciezer omschreven moeten worden.¹⁷

De Raad van State is het voorlopig alvast niet eens met deze ruime interpretatie van het bouwverbod. In een arrest van 30 december 1993 oordeelde de Raad dat het bouwverbod bijvoorbeeld niet slaat op de vergunningsplichtige activiteiten ex artikel 44, § 1, 2 en 4, van de Stedebouwwet, namelijk het aanmerkelijk wijzigen van het reliëf en het ontginnen.¹⁸

In ieder geval zijn onderhouds- en instandhoudingswerkzaamheden toegestaan, aangezien deze volgens de tekst van de wet niet vergunningsplichtig zijn. Maar wat met verbouwingen? Ons inziens kan moeilijk staande gehouden worden dat verbouwingen zonder volumevermeerdering noodzakelijk zouden zijn om het gestelde doel, nl. de bescherming van de duinen, te verwezenlijken. Bovendien blijkt uit de decretales tekstgeschiedenis dat «het niet zinvol is een bouwverbod op te leggen voor gronden waar reeds een gebouw staat.»¹⁹

8. Een tweede, zo mogelijk nog principiële, twistpunt aangaande het «volledig bouwverbod» betreft het tijdstip waarop het bouwverbod ingaat en de weerslag op de bestaande bouwvergunningen.

De commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud in de Vlaamse Raad is van oordeel dat «ongeacht reglementair afgeleverde bouwvergunningen of verkavelingsvergunningen vanaf 17 september 1993 een onherroepelijk bouwverbod is ingegaan, naar aanleiding van de publikatie van het Besluit van de Vlaamse Regering tot aanwijzing van de beschermde gebieden, uitgezonderd voor bouw- en verbouwingswerken die gebeuren in het kader van de landbouwexploitatie in de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden.» Wel zou een werk, dat reeds aan de gang was in het kader van een reglementair afgeleverde bouwvergunning, afgewerkt mogen worden.²⁰

Ook de bevoegde minister heeft daarover een standpunt ingenomen: «Bouwvergunningen die reglementair werden afgeleverd maar niet tijdig zijn begonnen, kunnen niet worden uitgevoerd.»²¹

Aangezien, volgens artikel 54, § 2, van de Stedebouwwet, de vergunninghouder na de afgifte van de bouwvergunning twintig dagen dient te wachten alvorens met het werk te beginnen, is de minister zelfs van mening dat werk op grond van een bouwvergunning, afgeleverd binnen twintig dagen vóór de inwerkingtreding van het duinenbesluit, nooit geldig kan zijn aangevangen en derhalve stopgezet moet worden. In een richtlijn aan de bevoegde administraties raadt de minister vervolgens aan dat werkzaamheden die toch worden aangevat, worden stopgezet en zo nodig verzegeld, overeenkomstig het nieuwe artikel 56 van de wet op het natuurbehoud (zie verder).

Deze richtlijn heeft inderdaad geleid tot een aantal stakingsbevelen van werken die werden aangevat op grond van een regelmatig afgeleverde bouwvergunning. Naar aanleiding van de rechterlijke controle op deze stakingsbevelen, is echter duidelijk geworden dat een regelmatig afgeleverde bouwvergunning niet zomaar ter zijde geschoven kan worden.

De drie beschikkingen van 17 maart 1994 van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, gewezen zoals in kort geding, zijn op dat punt duidelijk: «Overwegende dat het bestreden 'volledig bouwverbod' geen weerslag noch uitwerking heeft op de *in zake regelmatig verleende bouwvergunning van 30 augustus 1993*».

De bouwvergunning blijft dus geldig bestaan en kan uitgevoerd worden, ongeacht of de bouwwerkzaamheden reeds waren aangevangen. Een bouwvergunning geeft immers aan de houder ervan een subjectief recht om te bouwen, dat, aldus de voorzitter, «niet door een wets- of decreetbepaling, 'in abstracto genomen' ontnomen kan worden».

Daarnaast brengt de voorzitter echter nog een aantal andere argumenten naar voren zoals het feit dat het begrip «verkavelingsvergunning», waarnaar het duinendecreet wel expliciet verwijst, niet zonder meer uitgebreid kan worden tot de categorie «bouwvergunning» en zoals het feit dat het duinendecreet slechts een schadevergoeding toekent in geval van weigering van een bouwvergunning en niet in geval van een stopzetting van werken ter uitvoering van reeds verleende bouwvergunningen.

Bovendien weet de voorzitter zich gesteund door de administraties, bevoegd voor deze materie en verwijst zij hiervoor naar de gevoerde briefwisseling, meer bepaald naar de brief van 24 november 1993 van de inspecteur-generaal van de juridische dienst van het departement Leefmilieu, namens de Vlaamse minister, aan de directeur-generaal van Aminal, bestuur natuurbehoud, en naar een tweede brief van 8 december 1993 namens dezelfde Vlaamse minister aan de directeur-generaal van Arohm, bestuur ruimtelijke ordening.

In deze briefwisseling wordt erop gewezen dat het bouwverbod niet geldt wanneer een vergunning is afgegeven vóór 17 september 1993, ook al is het werk nog niet in uitvoering. Het tijdstip van de aanvang van het werk is irrelevant voor de toepassing van het duinendecreet. Ook de inspecteur-generaal stelt dat een bouwvergunning rechten toekent en hij verwijst hiervoor naar de bekende rechtspraak over de onmogelijkheid om een bouwvergunning in te trekken.²²

In een arrest van 29 oktober 1992 vernietigt de Raad van State²³ een beslissing tot intrekking van een bouwvergunning voor de gedeeltelijke afbraak van een gebouw, dat na de afgifte van de vergunning op een voorontwerp van lijst van voor bescherming vatbare monumenten was opgenomen. Daarbij wordt duidelijk gewezen op de onaantastbaarheid van een regelmatige bouwvergunning en op de eerbiediging van de rechtszekerheid en voor de rechtskracht van verkregen vergunningen, die ook verschuldigd is door het Vlaams Gewest:

¹⁶ St. V.R., 1993, 403, nr. 5, 10.

¹⁷ St. V.R., 1993, 403, nr. 5, 15 en 17.

¹⁸ R.v.St., nr. 45.618, 30 december 1993.

¹⁹ St. V.R., 1992, nr. 10, 8.

²⁰ St. V.R., 1993, nr. 403, nr. 5, 11.

²¹ St. V.R., 1993, 403, nr. 5, 20.

²² Cass., 10 september 1981, R.W., 1982-83, 88; R.v.St., nr. 9.207, 27 februari 1962; nr. 13.829, 9 december 1969; nr. 18.574, 23 november 1977.

²³ R.v.St., nr. 40.885, 29 oktober 1992.

«Overwegende dat de beslissing waarbij de bevoegde overheid een bouwvergunning verleent aan een particuliere persoon of rechtspersoon, een individuele rechtshandeling is welke rechten doet ontstaan in hoofde van die particuliere persoon of rechtspersoon; dat dergelijke individuele constitutionele rechtshandelingen nadat zij ter kennis van de betrokken partijen werden gebracht, binnen de termijn om er tegen annulatieberoep in te stellen slechts ingetrokken kunnen worden wegens onwettigheid; dat zoals eerder al is vastgesteld die voorwaarde niet vervuld is; dat, bij ontstentenis van een buiten de termijn ingediend annulatieberoep, te allen tijde, bedoelde handelingen in beginsel definitief en onaantastbaar zijn en ingetrokken kunnen worden, op voorwaarde dat ofwel wanneer zij door een zodanige onregelmatigheid zijn aangetast dat zij voor onbestaande gehouden moeten worden, ofwel wanneer zij door bedrog werden uitgelokt, ofwel wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling die intrekking oplegt of toelaat».

In feite trekt de Raad van State in dit arrest de lijn van zijn eerdere rechtspraak door.²⁴ Wij zien niet in waarom de leer van de uit de bouwvergunning verkregen rechten niet eveneens zou gelden wanneer het erop aan komt de draagwijdte na te gaan van het bouwverbod op grond van het duinendecreet. Net zoals een – al dan niet voorlopige – bescherming op grond van de monumentenwetgeving geen enkele incidentie kan hebben op voordien verleende bouwvergunningen, kan een – al dan niet voorlopige – bescherming op grond van het duinendecreet evenmin enige incidentie hebben op eerder verleende bouwvergunningen. De omstandigheid dat de bescherming van de duinen bekrachtigd wordt door de Vlaamse Raad, doet geen afbreuk aan de verkregen rechten die niet door uitdrukkelijke wetsbepaling zijn ingetrokken.

Ook de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne is van oordeel dat het bouwverbod geen invloed heeft op regelmatige bouwvergunningen, verleend vóór 17 september 1993, zijnde de datum van publikatie van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 september 1993 betreffende de aanduiding van de beschermde duingebieden.²⁵ Volgens de voorzitter te Veurne «kan het decreet geen afbreuk doen aan reeds voorafgaandelijk en onherroepelijk verworven subjectieve rechten van diegene die vóór 17 september 1993 een bouwvergunning bekomen heeft».

In casu betrof het een bouwvergunning, verleend op 13 september 1993, zijnde na de inwerkingtreding van het duinendecreet, doch vóór de inwerkingtreding van het duinenbesluit, dat het bouwverbod in werking stelt. Het werk was aangevangen in oktober 1993.

Ook hier verwijst de voorzitter naar voormeld standpunt van de administratie – «het gestructureerd en niet-lichtzinnig advies van 24 november 1993» – en hij voegt eraan toe dat het, bij onduidelijkheid van het decreet, niet de taak van de rechter is de kastanjes voor de wetgever uit het vuur te halen.

Inderdaad kan hieraan toegevoegd worden dat het probleem van de reeds afgeleverde bouwvergunningen in de Vlaamse Raad slechts summier besproken is naar aanleiding van het bekrachtigingsdecreet van 26 januari 1994 en helemaal niet bij de totstandkoming van het duinendecreet zelf.

Ten slotte wijst de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne erop dat het stopzettingsbevel manifest onwettig is, nu de zorgvuldigheidsnorm grovelijk geschonden is: de bouwvergunning, de afwezigheid van een administratief beroep of een schorsingsbesluit van de gemachtigde ambtenaar, het advies van de administratie van 24 november 1993 en een schrijven van het bestuur ruimtelijke ordening te Brugge aan de procureur des Konings te Veurne hebben gerechtvaardigde verwachtingen opgewekt bij de bouwheer die in de regel gehonoreerd moeten worden.

Desalniettemin heeft de minister, bevoegd voor leefmilieu, namens de Vlaamse Regering, reeds te kennen gegeven in hoger beroep te zullen gaan tegen voornoemde beschikkingen.

9. In zijn arresten van 13 oktober 1993²⁶ heeft de Raad van State zich reeds de vraag gesteld of het duinendecreet de artikelen 6 en 10 van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen niet schendt: «dat het dit Hof immers toekomt te onderzoeken of het invoeren van een absoluut bouwverbod in weerwil van definitieve en onaantastbare vergunningen een aangelegenheid is waarvoor de Vlaamse raad bevoegd is en, zo neen, of het onontbeerlijk is voor de uitoefening van zijn bevoegdheid».

Inderdaad beschikt de houder van een bouwvergunning over een subjectief recht om op zijn grond te bouwen en maakt dit subjectief recht deel uit van zijn eigendomsrecht, beschermd door artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek.

B. Martens,²⁷ gebruik makend van voormelde bewoordingen van de Raad van State, ziet hier inderdaad een schending van de bevoegdheidsverdeling, zoals ingesteld door de bijzondere wet op de hervorming van de instellingen, nu «het de Vlaamse decreetgever niet is toegestaan om de subjectieve en verkregen rechten, zoals deze voortvloeien uit het Burgerlijk Wetboek te wijzigen, daar dit een exclusieve federale aangelegenheid is. Door toch een bouwverbod op deze gronden vast te leggen, treedt de Vlaamse regering haar bevoegdheid te buiten aangezien de subjectieve en verkregen rechten van het eigendomsrecht worden beperkt.»

10. Het bouwverbod wordt opgelegd ongeacht de bestaande gewestplannen, bijzondere plannen van aanleg of algemene plannen van aanleg, en ongeacht de bestaande verkavelingsvergunningen.

Tijdens de bespreking van het voorstel van decreet in de commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud hebben verschillende leden opgemerkt dat het duinendecreet een feitelijke bestemmingswijziging tracht door te voeren, waardoor wordt afgeweken van het gewestplan. Terecht werd gewaarschuwd dat deze decretale bestemmingswijziging een gevaarlijk precedent kan zijn.²⁸

Een ander lid wees erop dat de duinenbescherming een noodzaak is, doch dat de bescherming moet verlopen via de wettelijk vastgestelde procedures, nl. door de wijziging van het gewestplan.²⁹

²⁶ R.v.St. nr. 44.464 en N.V. Hazegras, nr. 44.465 van 13 oktober 1993.

²⁷ B. MARTENS, «Stedebouwrechtelijke implicaties van het duinendecreet en het grinddecreet», in *Recente ontwikkelingen inzake ruimtelijke ordening en stedebouw*, Leuven, Die Keure, 1994, 108.

²⁸ St.Vl.R., 1992, 96, nr. 10, 7.

²⁹ St.Vl.R., 1992, 96, nr. 10, 10.

²⁴ Zie R.v.St., nr. 38.820, 25 februari 1992 en nr. 39.979, 3 juli 1992.

²⁵ Vz. Rb. Veurne, 9 maart 1994, A.R. 3358/KG.

Inderdaad laat de Stedebouwwet van 29 maart 1962 perfect toe dat een speciale duinenbescherming wordt ingevoerd, terwijl nu het duinendecreet haaks staat op de bestaande stedebouwwetgeving en de bestaande gewestplannen. Deze tegenstrijdigheid kan niet weggewerkt worden door – post factum – de gewestplannen aan te passen aan de feitelijk tot stand gebrachte bestemmingswijzigingen.

De in de Stedebouwwet bepaalde procedure voor de totstandkoming van de gewestplannen bevat alle mogelijke waarborgen voor de betrokkenen. Overeenkomstig de artikelen 9 en 13 wordt eerst een ontwerp-plan opgesteld door een speciaal daartoe aangewezen ontwerper, worden vervolgens de betrokken besturen geraadpleegd over dit ontwerp en vindt daarna een openbaar onderzoek plaats. De resultaten van deze raadpleging en van dit openbaar onderzoek worden dan voor advies overgezonden aan de Regionale Commissie voor Advies, waarna de definitieve vaststelling van het plan volgt. Door deze wettelijke en evenwichtige procedure naast zich te leggen, hebben noch de betrokken besturen, noch de getroffen eigenaars de mogelijkheid gehad hun bezwaren naar voren te brengen, waartoe zij door de Stedebouwwet gerechtigd zijn.

Alle bepalingen van de Stedebouwwet zijn overigens van openbare orde.³⁰ Dit plaatst grote vraagtekens bij sommige verklaringen alsof het duinendecreet als een soort van superwetgeving boven de Stedebouwwet zou staan en alle met het duinendecreet strijdige bepalingen in de Stedebouwwet impliciet zou opheffen.

Overeenkomstig artikel 2 van de Stedebouwwet blijven de gewestplannen bestaan totdat ze herzien worden volgens voormelde procedure. Bovendien mag van de gewestplannen enkel worden afgeweken in de gevallen en de vormen door de Stedebouwwet bepaald. Men kan slechts vaststellen dat het duinendecreet en het decretaal bouwverbod op de meest manifeste wijze indruisen tegen voormelde bepalingen van de Stedebouwwet, door bestemmingen in te voeren zonder de bestaande wettelijke procedures, die van openbare orde zijn, te volgen. Bovendien vallen de duinenbescherming en het natuurbehoud wel degelijk onder het toepassingsgebied van de Stedebouwwet, nu artikel 1 bepaalt dat de ruimtelijke ordening van heel het land vastgesteld wordt in gewestplannen «met het doel 's lands natuurschoon te bewaren». Een amendement van de heren Vande Lanotte en Capoen stelde overigens voor om het duinendecreet als een nieuw artikel 80*quater* in te voegen in de Stedebouwwet.³¹

11. Wat het bouwverbod in de verkavelingsvergunningen betreft, kan verwezen worden naar voormelde beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne van 9 maart 1994. Daarin benadrukt de voorzitter dat een bouwvergunning niet alleen een subjectief recht geeft om te bouwen, maar bij de vergunninghouder ook een gerechtvaardigd vertrouwen opwekt dat zijn bouwvergunning inderdaad uitgevoerd zal mogen worden. Gerechtvaardigde verwachtingen welke door het bestuur bij de justitiabele zijn gewekt, moeten worden gehonoreerd, op gevaar af anders

het vertrouwen dat de justitiabelen in het bestuur stellen, te misleiden.³²

Naar analogie kan hetzelfde gezegd worden van de verkavelingsvergunning. De afgifte van een verkavelingsvergunning brengt met zich dat de vergunninghouder de percelen kan verkopen als bouwgronden aan derden die te goeder trouw zijn, en dat de wegen en de nodige nutsvoorzieningen op zijn kosten aangelegd worden. Het hoeft geen betoog dat het duinendecreet en het duinenbesluit het vertrouwen van de verkavelaar en van de derden-kopers grovelijk schenden en de verkaveling tot een financieel drama maken voor de betrokkenen. Ook hier is bijgevolg sprake van de schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.³³ Dat een verkavelingsvergunning overigens evenzeer als een bouwvergunning een subjectief recht verleent, meer bepaald het recht om een grond te verkopen met de verzekering dat erop gebouwd kan worden, of minstens een gerechtvaardigde verwachting schept, werd overigens meermaals in de rechtspraak bevestigd, zo onder meer in een arrest van de Raad van State van 15 maart 1966³⁴ waarin beslist wordt: «Dat de verkavelingsvergunning niet enkel tot doel heeft aan de eigenaar toelating te geven tot het verkopen van gronden doch dat zij er ook op gericht is om aan de particulieren die de percelen aankopen de vereiste waarborg te geven dat zij op die percelen zullen kunnen bouwen».

Ook het Hof van Cassatie³⁵ heeft zich bij deze zienswijze aangesloten: «Dat anderzijds het feit dat een grond gelegen is in een goedgekeurde verkaveling tot gevolg heeft dat de bestemming ervan, namelijk woningbouw, vaststaat».

12. Ten slotte maakt het duinendecreet een uitzondering voor landbouwgebieden, gelegen in het agrarisch gebied van het gewestplan, die slechts beschermd worden als «voor het duingebied belangrijk landbouwgebied». In zulk een gebied is de verbouwing, de herbouw en de uitbreiding van het landbouwbedrijf nog steeds mogelijk ondanks het bouwverbod en voor zover de landbouwkundige bestemming blijft bestaan.

Hier rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel toestaat dat dit uitzonderingsregime slechts geldt voor bestaande landbouwbedrijven doch niet voor het opstarten van een landbouwbedrijf, en slechts voor landbouwbedrijven, gelegen in het agrarisch gebied van het gewestplan en niet voor zonevreemde landbouwgebieden.

13. Ten slotte nog een laatste woord over de aard van het decretaal bouwverbod en meer bepaald over de vraag of het in casu gaat om een erfdiensbaarheid non aedificandi of een ingrijpendere impact op het eigendomsrecht.

Het opgelegde bouwverbod in de beschermde duingebieden is volgens de tekst van het bekrachtigingsdecreet van 26 januari 1994 in principe slechts tijdelijk, aangezien het vervalt indien het niet vóór 31 december 1994 definitief bekrachtigd wordt door de Vlaamse Raad. Gedurende deze

³⁰ Cass., 24 januari 1985, *R.J.I.*, 1989, 234; Cass., 31 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 445.

³¹ *St.V.R.*, 1992, 96, nr. 10, 15.

³² VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Opdebeek I. (red.), Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 117, en eveneens D'HOOGHE D., «Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid», *R.W.*, 1993-94, 1091 e.v., vooral 1093-1096, nrs. 11 t.e.m. 30.

³³ Zie ook MARTENS, B., o.c., 103.

³⁴ *R.v.St.*, nr. 11.701, 15 maart 1966.

³⁵ Cass., 11 december 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, 510.

periode is het bouwverbod wel «volledig». Na 31 december 1994 is het volledig bouwverbod in geval van bekrachtiging in ieder geval definitief.

Een van de initiatiefnemers van het duinendecreet heeft bovendien voor de commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud laconiek verklaard dat het invoeren van dit bouwverbod inderdaad wijst op «een de facto bestemmingswijziging, die later in de gewestplannen moet worden opgenomen». ³⁶ Het doel van het duinendecreet is een «zo ingrijpend mogelijke duinenbescherming». ³⁷

Het bouwverbod werd overigens ingericht omdat verwerving of onteigening van de gronden te duur zou zijn en is dus wel degelijk als een bevreemdend alternatief voor onteigening te beschouwen. Inderdaad blijkt uit de toelichting bij het voorstel van decreet van de heer Capoen dat in eerste instantie de aanpassing van de gewestplannen beoogd werd in afwachting van de verwerving van de gebieden en een aangepast beheer. ³⁸

De gevolgen van dit totaal bouwverbod op het eigendomsrecht van de betrokkenen zijn duidelijk: de grond dient in de staat waarin deze zich bevindt bewaard te worden. Van het recht van gebruik, genot en beschikking, zoals bepaald in artikel 544 B.W., blijft niets over. De grond is verloren voor bebouwing en kan niet meer verkocht worden, nu zijn economisch nut tot nul gereduceerd is. De investering in de aankoop van een bouwgrond kan op geen enkele wijze nog teruggewonnen worden en tegelijkertijd zal het voor de gewone particulier onmogelijk zijn elders een andere bouwgrond aan te kopen wegens de aangegane financiële verplichtingen. De schadevergoeding waarop het duinendecreet recht geeft is partieel, hangt af van het Vlaams Gewest zelf en zou pas na vijf jaar gevorderd kunnen worden. De ervaring met de planschadeprocessen ³⁹ leert bovendien dat tien jaar procederen eerder de regel dan de uitzondering is. Ook op deze wijze zijn de eigenaars niet geholpen. Tijdens de bespreking van het bekrachtigingsdecreet van 26 januari 1994 werd reeds bevestigd dat het duinenbesluit een groot aantal kleine grondeigenaars in moeilijkheden brengt, wat niet de bedoeling van het duinendecreet was. ⁴⁰

Beweren dat de totale bouwstop derhalve slechts een beperking van het eigendomsrecht inhoudt, waarbij de schadevergoedingsregeling dan veeleer een toegift dan een recht zou zijn, getuigt derhalve van verregaande hypocrisie. Dergelijke verregaande eigendomsbeperkingen kunnen niet langer beschouwd worden als loutere erfdiensstbaarheden non aedificandi, waarvoor geen vergoeding verschuldigd zou zijn.

Artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens beschermt immers het eigendomsrecht en laat eigendomsbeperkingen slechts toe wanneer de beperking noodzakelijk is ter verwezenlijking van een doeleinde van algemeen belang en wanneer het aangewende middel proportioneel is ten aanzien van het beoogde doel.

Het invoeren van een volledige bouwstop, zonder voorafgaand openbaar onderzoek, zonder de geëigende rechtsbescherming door de Raad van State, zonder de wettelijke procedures van de stedenbouwwet te volgen en zonder afdoende vergoeding is in ieder geval een bedenkelijk en drastisch middel om een duinenbescherming te organiseren. Aan de andere kant kan niet beweerd worden dat de aanwijzing als beschermd duingebied een onteigening zou betekenen in de strikte zin, aangezien er geen eigendomsoverdracht plaatsvindt. De gevolgen van het bouwverbod houden evenwel dermate verstrekkende eigendomsbeperkingen in dat deze gelijkstaan met de gevolgen van een onteigening. ⁴¹ De overheid kan niet blind blijven voor de consequenties van haar handelingen.

14. «Artikel 52. § 2. Bij de aanduiding als beschermd duingebied of als voor het duingebied belangrijk landbouwgebied houdt de Vlaamse Executieve rekening met

– de mogelijke dreiging die op het gebied rust, in het bijzonder in het woongebied en in het gebied voor recreatie, en die het behoud ervan als duingebied onmogelijk zou maken of sterk verminderen;

– het belang van het gebied voor het natuurbehoud in het algemeen en voor het behoud van het globaal duinenareaal in het bijzonder;

– de reeds op het gebied rustende bescherming.»

Naast de niet in het decreet opgenomen criteria die het Instituut voor Natuurbehoud gehanteerd heeft om de beschermde duingebieden aan te wijzen, heeft de Vlaamse Raad aan de Vlaamse Regering drie criteria willen opleggen bij de uiteindelijke vaststelling van de beschermde duingebieden.

Uit de voorafgaande overwegingen van de Vlaamse Regering in het duinenbesluit blijkt dat deze criteria de aanwijzing van de duingebieden door het Instituut voor Natuurbehoud op geen enkele wijze beïnvloed hebben: «Overwegend dat de door het Instituut voor Natuurbehoud voorgedragen beschermde duingebieden en voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden op basis van objectieve criteria vastgelegd werden; dat op elk voorgedragen gebied een dreiging rust die het voortbestaan ervan als duingebied onmogelijk maakt of sterk kan verminderen; dat elk voorgedragen gebied van belang is voor het natuurbehoud en het behoud van het duinenareaal». ⁴²

Wanneer zou blijken dat een grond, die getroffen wordt door een bouwverbod in het duinenbesluit, niet zou voldoen aan de decretale criteria, heeft de Vlaamse Regering zich bij de opname van de grond in het beschermd duingebied schuldig gemaakt aan machtsoverschrijding.

Normalerweise maakt machtsoverschrijding een middel uit voor vernietiging door de Raad van State. Zoals hierna zal blijken, is een vernietigingsberoep bij de Raad van State

³⁶ St.V.R., 1992, 96, nr. 10, 8.

³⁷ St.V.R., 1993, 403, nr. 5, 7.

³⁸ St.V.R., 1992, 96, nr. 1, 2.

³⁹ Artikel 37 Stedenbouwwet.

⁴⁰ St.V.R., 1993, nr. 5, 15.

⁴¹ Zie daarover DENYS, M., «De la quasi-expropriation ou de l'indemnisation des interdictions de bâtir», J.T., 1985, 406; Vred. Waver, 31 oktober 1974, J.T., 1975, 267; Rb. Mechelen, 24 maart 1986, Pas., 1986, III, 69; Gent, 27 september 1988, R.W., 1988-1990, 53.

⁴² Besl.VI.R., 15 september 1993, B.S., 17 september 1993.

onmogelijk gemaakt door de latere decretale bekrachtiging van het bouwverbod door de Vlaamse Raad.

15. «Artikel 52. § 3. *De Vlaamse Executieve legt binnen drie maanden de besluiten die in uitvoering van dit artikel genomen zijn, ter bekrachtiging aan de Vlaamse Raad voor. De besluiten vervallen van rechtswege indien ze niet binnen zes maanden na de voorlegging bekrachtigd worden. Indien binnen zes maanden na het nemen van het besluit de Vlaamse raad ontbonden wordt, wordt de termijn voor bekrachtiging met zes maanden verlengd.*»

Het besluit van de Vlaamse regering betreffende de aanduiding van beschermde duingebieden en voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden van 15 september 1993, B.S., 17 september 1993, werd op 26 januari 1994 bekrachtigd door het decreet houdende bekrachtiging van het besluit van de Vlaamse regering van 15 september 1993 betreffende de aanduiding van beschermde duingebieden en voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, B.S., 26 februari 1994.

Gelet op de tekst van het duinendecreet, diende de bekrachtiging aan de Vlaamse Raad voorgelegd te worden bij wijze van ontwerp van decreet en vóór 15 december 1993. In feite werd het duinenbesluit ter bekrachtiging aan de Vlaamse Raad voorgelegd door enkele leden van de Vlaamse raad zelf, namelijk door de heren J. Vande Lanotte, R. Landuyt en M. Capoen, dit wil zeggen bij wijze van voorstel van decreet.⁴³

Het opleggen van een volledig bouwverbod bij gewoon besluit, gevolgd door een decretale bekrachtiging doet op het vlak van de rechtsbescherming heel wat vragen rijzen. Allereerst dient herhaald te worden dat het opleggen van een bouwverbod bij gewoon besluit onmogelijk is, daar een gewoon besluit niets zou kunnen wijzigen, noch toevoegen aan de bestaande gewestplannen. Een wijziging van het gewestplan kan enkel gebeuren mits de speciale procedure van de Stedebouwwet gevolgd wordt. De merkwaardige techniek van de decretale bekrachtiging van een bij gewoon besluit opgelegd bouwverbod moet het wellicht mogelijk maken de procedure voor een gewestplanwijziging naast zich te leggen. Bovendien heeft de decretale bekrachtiging als noodzakelijk gevolg dat de Raad van State op dat ogenblik verhinderd zal zijn om zich nog uit te spreken over de wettigheid van het duinenbesluit, dat dan kracht van wet zal hebben gekregen.

Het Arbitragehof⁴⁴ heeft een dergelijke legistische werkwijze reeds veroordeeld door te zeggen dat «de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet worden geschonden in zoverre dergelijke wettelijke bepaling (waarbij een eerdere reglementaire bepaling kracht van wet krijgt – noot van de auteurs) aan de categorie van burgers op wie het reglementair besluit van toepassing is, een jurisdictionele waarborg, die aan alle burgers wordt geboden, ontnemt zonder dat het verschil in behandeling verantwoord is».

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de Raad van State op geen enkel ogenblik om advies werd gevraagd, noch bij de totstandkoming van het duinendecreet van 14 juli 1993, noch

bij de totstandkoming van het duinenbesluit van 15 september 1993.

Op die manier werd elke controle van de Raad van State, zowel preventief (in het kader van een advies) als later (in het kader van een annulatieberoep), onmogelijk gemaakt.

Aldus heeft de decreetgever een regelgeving tot stand gebracht waarbij de bescherming van de duinen derwijze wordt «gebetonneerd» dat geen afdoende rechtsbescherming mogelijk is. Het komt ons voor dat de techniek van de decretale bekrachtiging van besluiten van de Vlaamse Regering in casu wordt afgewend van zijn normaal doel. Een volmachtwet die bevoegdheden van de Vlaamse Raad delegeert aan de Vlaamse Regering op voorwaarde van bekrachtiging, kan immers slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden aangenomen en moet in ieder geval voor voorafgaand advies aan de Raad van State worden voorgelegd. Een volmachtwet kan echter niet dienen om in een bepaalde materie op een makkelijke manier snel een regelgeving tot stand te brengen.

Het onderwerpen van een besluit aan de geëigende controle door de rechterlijke macht, is nochtans een basisprincipe in een democratische rechtsstaat en is beschermd door artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, dat bepaalt dat iedere persoon het recht heeft zijn zaak te kunnen brengen voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Artikel 13⁴⁵ van de Grondwet schrijft voor dat niemand zijn natuurlijke rechter mag worden ontzegd. In casu zullen de betrokken eigenaars of andere rechthebbenden niet op nuttige wijze een vernietigingsberoep kunnen instellen bij de Raad van State overeenkomstig artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Ook de artikelen 144, 145 en 146 van de Grondwet bepalen dat de aantasting van iemands burgerlijke of politieke rechten gebracht moet kunnen worden voor gewone of buitengewone rechtbanken, ingesteld bij wet.

In een schorsingsverzoek voor de Raad van State werd dit gebrek aan rechtsbescherming wegens de techniek van de decretale bekrachtiging, opgeworpen als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in de zin van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, doordat namelijk de Raad van State niet meer bevoegd zou zijn om nog een oordeel te vellen ten gronde over de wettigheid van het duinenbesluit dat, zonder een tussengekomen schorsing door de Raad van State, kracht van wet zou hebben gekregen. Meer bepaald had de verzoekende partij laten gelden dat het duinendecreet «een wetgevingstechniek invoert die erop neerkomt dat de Vlaamse Raad bestuurt bij decreet, met het gevolg dat haar de bij de Grondwet en het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde rechtsbescherming tegen handelingen van een administratieve overheid wordt ontzegd».

De Raad oordeelde dat het nadeel dat de verzoeker aanvoerde, niet het gevolg is van het duinenbesluit, maar besloten ligt in het duinendecreet enerzijds en het bekrachtigingsdecreet anderzijds.⁴⁶

⁴³ St. VI.R., 1993, 403, nrs. 1 tot 5.

⁴⁴ Arbitragehof, nr. 33/93, 22 april 1993, Arr.Arbitragehof, 353.

⁴⁵ Oud artikel 8.

⁴⁶ R.v.St., nr. 44.565, 13 oktober 1993; nr. 44.465, 13 oktober 1993.

Het Arbitragehof zal hier allicht het laatste woord over hebben, nu diverse beroepen tot nietigverklaring tegen het duinendecreet en het bekrachtigingsdecreet zijn ingediend bij het Arbitragehof.

16. «Artikel 53. § 1. Uiterlijk op 31 december 1994 moet voor de Vlaamse kustgemeenten, voor het gedeelte van hun grondgebied gelegen in de maritieme duinstreek, een perceelsgewijze inventaris worden opgemaakt van de gebieden waar, met het oog op een maximaal behoud en optimaal beheer van de maritieme duinstreek, bestemmingswijzigingen of beperkende maatregelen wenselijk zijn. Voor deze percelen bevat de inventaris minstens de volgende gegevens:

- a) de bestemmingszones volgens de heersende plannen van aanleg;
- b) de eigendomsstructuur voor zover een bestemmingswijziging wordt voorgesteld;
- c) de gemotiveerde voorstellen tot wijziging, eventueel met specifieke beperkingen;
- d) voor wat de bouwzones betreft, opgave en beschrijving van de kadastrale percelen waarvan de niet-bebouwing wenselijk wordt geacht.

Deze inventaris wordt opgemaakt door de Vlaamse Executieve, in samenspraak met de betrokken gemeenten. De gemeenten stellen de nodige informatie ter beschikking.

§ 2. De Vlaamse Executieve bepaalt de procedure van openbaar onderzoek bij het opmaken van deze inventaris.»

Paragraaf 2 van artikel 53 werd ingevoerd bij wijze van erratum bij het decreet van 14 juli 1993 en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 12 oktober 1993. Het weglaten van deze paragraaf had voor heel wat beroering gezorgd bij de kustgemeenten, die de indruk hadden gekregen niet betrokken te zullen worden bij het opstellen van de definitieve inventaris. Een jammerlijke drukfout. ⁴⁷ Naar aanleiding van de bekrachtiging van het duinenbesluit, hadden de kustgemeenten immers slechts vijf dagen de tijd gekregen om hun opmerkingen te geven over de voorlopige inventaris. ⁴⁸ Geen van de gemeenten was te spreken over deze overhaaste gang van zaken en het gebrek aan een ernstige inspraakprocedure. Zo schrijft de gemeente De Panne: ⁴⁹

«Het gemeentebestuur ontving op maandag 11 oktober 1993 het schrijven dd. 7 oktober 1993 van de Vlaamse Raad met verzoek de opmerkingen van het College inzake het duinendecreet kenbaar te maken aan de Commissie van Leefmilieu en Natuurbehoud uiterlijk op donderdagavond, 14 oktober 1993 om 17u30. Dit is niet ernstig.

Het is voor het gemeentebestuur onmogelijk om binnen een tijdspanne van drie dagen een gefundeerd advies te geven in deze voor de kustgemeenten belangrijke aangelegenheid.

...
De overhaaste behandeling van de materie, zonder enige informatie noch inspraak, schokt het vertrouwen van de lokale besturen. Daaruit ontstaat nodeloos wantrouwen die de edele betrachtingen van het initiatief in een volledig verkeerd daglicht stelt.»

17. In de Vlaamse Raad is besproken wat precies verstaan dient te worden onder dit openbaar onderzoek over de inventaris. In geen geval blijft het openbaar onderzoek beperkt tot een onderzoek naar de kadastrumnummers en de eigendomsstructuur van de percelen, maar zal tevens nagegaan worden of de gemeenten en de inwoners akkoord gaan met de voorgestelde wijzigingen en beperkingen. ⁵⁰

Verder wordt tijdens het openbaar onderzoek per perceel nagegaan hoe de bouwstop kan worden geconcretiseerd en of het perceel al dan niet past in het beoogde doel van maximaal behoud en optimaal beheer. ⁵¹ Om tegemoet te komen aan de opmerkingen van de Vlaamse Raad, zal het openbaar onderzoek zich niet alleen moeten richten tot de kustgemeenten, maar ook tot de getroffen eigenaars.

Tevens is het mogelijk dat naar aanleiding van het openbaar onderzoek de criteria voor de bescherming, die het Instituut voor Natuurbehoud heeft vooropgesteld en die niet in het decreet zijn opgenomen, gewijzigd of verfijnd worden om bepaalde knelpunten op te lossen, zoals verkavelingen, geïsoleerde percelen en reeds gestarte werken. ⁵²

18. Op 2 maart 1994 heeft de Vlaamse Regering dan een besluit genomen tot bepaling van de procedure van het openbaar onderzoek bij het opmaken van de perceelsgewijze inventaris, bedoeld in artikel 53 van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud, als gewijzigd bij het decreet van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen. ⁵³ Dit openbaar onderzoek is weerom vrij gelijklopend met het onderzoek dat gehouden wordt bij de vaststelling of de wijziging van gewestplannen. Zoals bij een gewestplanwijziging, wordt het onderzoek georganiseerd door de gouverneur (in casu van de provincie West-Vlaanderen) en start het met de terinzagelegging van het ontwerp op het gemeentehuis. De inventaris zal echter 60 dagen ter inzage liggen, terwijl een ontwerp-gewestplan 90 dagen ter inzage ligt. Er is niet in een specifieke aankondiging door aanplakking of publikaties voorzien, wat in de Stedebouwwet wel geregeld is. ⁵⁴

«Elke belanghebbende» kan binnen deze 60 dagen per aangetekend schrijven zijn bezwaren kenbaar maken aan de gouverneur. Van eigenaars wordt gevraagd hierbij tevens hun eigendomstitel te voegen waaruit het jaar en de prijs van de verwerving moet blijken. Het jaar van verwerving en de prijs zijn volgens artikel 54 van het duinendecreet belangrijke elementen bij het bepalen van de vergoeding. Deze bepaling geeft het bestuur derhalve de mogelijkheid om naar aanleiding van het openbaar onderzoek een schatting te maken van het totaal bedrag aan vergoedingen dat zij zal dienen uit te keren, waarna zij de aanpassingscoëfficiënten zal kunnen vaststellen volgens het beschikbaar budget, in plaats van op grond van de aangerichte schade.

Na de terinzagelegging brengen de gemeenteraad van elke betrokken gemeente en de bestendige deputatie van de provincie West-Vlaanderen binnen vijftien dagen advies uit bij de gouverneur. Bij gebreke van dit advies wordt het ge-

⁵⁰ St. VI.R., 1993, 403, nr. 5, 21.

⁵¹ St. VI.R., 1993, 403, nr. 5, 22.

⁵² St. VI.R., 1993, 403, nr. 5, 23.

⁵³ B.S., 9 april 1994.

⁵⁴ Zie artikel 9 van de Stedebouwwet.

⁴⁷ St. VI.R., 1993, 403, nr. 5, 5.

⁴⁸ Zie de brief van 7 oktober 1993, St. VI.R., 1993, 403, nr. 5, 32.

⁴⁹ St. VI., 1993, 403, nr. 5, 37 e.v.

acht gunstig te zijn. De Stedebouwwet bepaalt deze advies-termijn op zestig dagen.

Binnen vijftien dagen stuurt de gouverneur het dossier dan door naar de Vlaamse minister, bevoegd voor landinrichting en natuurbehoud, en naar de Regionale Commissie voor Advies van West-Vlaanderen. De Regionale Commissie en het Instituut voor Natuurbehoud krijgen elk dertig dagen om een gemotiveerd advies uit te brengen, waarna de Vlaamse Regering, op voorstel van de minister en op advies van het Instituut voor Natuurbehoud, de perceelsgewijze inventaris vaststelt, en verslag uitbrengt aan de Vlaamse Raad. De Stedebouwwet stelt voor het advies van de Regionale Commissie weerom een langere termijn van 90 dagen.

In totaal zal het openbaar onderzoek 120 dagen in beslag nemen.

19. Na het openbaar onderzoek wordt de definitieve inventaris bekrachtigd door de Vlaamse Raad vóór 31 december 1994. Deze bekrachtiging zal dan de definitieve bescherming van de duingebieden betekenen. De bekrachtiging bij decreet van 26 januari 1994 geldt immers maar tijdelijk en neemt een einde op 31 december 1994. Tijdens de besprekingen in de Vlaamse Raad is echter reeds gebleken dat, indien de inventaris niet tijdig klaar is, de decreetgever zal moeten overwegen de tijdelijke bekrachtiging te verlengen.⁵⁵

20. «Artikel 54. § 1. Schadevergoeding is ingevolge het in artikel 52 bedoelde bouwverbod verschuldigd wanneer het bouwverbod een einde maakt aan de bestemming als woongebied en voor zover overeenkomstig de geldende voorschriften en beleidsregels op basis van deze bestemming effectief een bouwvergunning kan worden afgeleverd.

§ 2. Het recht op schadevergoeding ontstaat bij overdracht van het goed, bij weigering van een bouwvergunning of bij het afleveren van een stedenbouwkundig attest, met dien verstande dat de vordering tot schadevergoeding ten vroegste vijf jaar en ten laatste acht jaar na de inwerkingtreding van dit decreet kan worden ingesteld.

§ 3. De waardevermindering die voor de schadeloosstelling in aanmerking genomen wordt, dient te worden geraamd als het verschil tussen enerzijds de waarde van het goed op het ogenblik van de verwerving, geactualiseerd op basis van de index van de consumptieprijzen tot op de dag van het ontstaan van het recht op schadevergoeding, en anderdeels de waarde van het goed op het ogenblik van het ontstaan van het recht op schadevergoeding.

§ 4. Enkel de waardevermindering rechtstreeks voortvloeiend uit het in artikel 52 bedoelde bouwverbod komt in aanmerking voor schadevergoeding. De waardevermindering ten belope van 20 procent moet zonder vergoeding worden gedoogd. Voor de berekening van de schadevergoeding wordt geen rekening gehouden met de overdracht van goederen die na 1 januari 1993 doorgang vond.

§ 5. Er is geen vergoeding verschuldigd in de gevallen bedoeld in artikel 37, tiende lid van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw.

§ 6. De Vlaamse Executieve bepaalt de uitvoeringsmodaliteiten van dit artikel, inzonderheid wat betreft de vaststelling van de waarde van het goed en de actualisering ervan. Wat de

actualisering betreft, kan de Vlaamse Executieve forfaitaire aanpassingscoëfficiënten vaststellen.»

Artikel 54 stelt een specifieke schadevergoedingsregeling voor, die er echter veeleer op gericht is het recht op schadevergoeding te beperken, dan dat ze een behoorlijke compensatie zou betekenen voor de betrokken eigenaars.

21. Allereerst dient opgemerkt te worden dat de schadevergoeding slechts verkregen kan worden voor gronden die voorheen gelegen waren in het woongebied van het gewestplan. Onder de term woongebied wordt, volgens het K.B. van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, begrepen de woongebieden en de woonuitbreidingsgebieden, eventueel met de volgende nadere aanwijzingen: woongebieden met grote, middelgrote of geringe dichtheid, woonparken, woongebied met landelijk karakter of woongebied met culturele, historische en/of esthetische waarde. Geen schadevergoeding zou dan bestaan voor gronden gelegen in andere gebieden zoals recreatiegebieden, industriegebieden en K.M.O.-zones, dienstverleningsgebieden en ontginningsgebieden. Dit lijkt ons reeds een eerste inbreuk op het gelijkheidsbeginsel te zijn.

Een amendement tot weglating van de woorden «als woongebied» van de heer Van Looy, werd niet aangenomen.⁵⁶

B. Martens wijst erop dat de eigenaars van vroegere niet-woongebieden derhalve slechts kunnen terugvallen op artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat het eigendomsrecht beschermt.⁵⁷ De schending van voormeld artikel 1 zou dan een fout uitmaken in de zin van artikel 1382 B.W. en, in tegenstelling tot de schadevergoeding waarop het duinendecreet recht geeft, integraal zijn. Wel staat de eigenaar hier tegenover de zware bewijslast dat het ingevoerde bouwverbod in disproportie is met het beoogd doel.

Bovendien dient hieraan toegevoegd te worden dat de eigenaar altijd een beroep kan doen op de toepassing van artikel 1382 B.W., ook al betreft het een grond gelegen in het voormalig woongebied.

22. Voor het overige heeft de Vlaamse Raad zich, bij het uittekenen van het schadevergoedingssysteem, laten leiden door de planschaderegeling ex artikel 37 en volgende van de Stedebouwwet van 29 maart 1962, zonder echter de lessen te trekken uit de bestaande rechtspraak.⁵⁸ Zo kunnen de volgende voorbeelden aangehaald worden, die ongetwijfeld tot nieuwe knelpunten zullen verworden.

23. Zoals het recht op planschade ontstaat het recht op «duinschade» niet door de enkele aanwijzing als beschermd duingebied, doch bij de overdracht van het goed, de weigering van de bouwvergunning of de afgifte van een stedenbouwkundig attest. Of volgens de decreetgever een stedenbouwkundig attest nr. 1 zou volstaan, of dat er een attest nr. 2 vereist is, wordt niet gespecificeerd, zodat de verwarring die

⁵⁶ St. Vl. R., 1992, 96, nr. 12.

⁵⁷ B. MARTENS, o.c., 101.

⁵⁸ Zie daarover DENYS, M., «Planschadevergoeding, 10 jaar rechtspraak», *T.Aann.*, 1986, 201; SEUTIN, B. en VANDE LANOTTE, J. (red.), *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*, Die Keure, 1988 en 1993.

⁵⁵ St. Vl. R., 1993, 403, nr. 5, 26.

ontstaan is naar aanleiding van de planschadevorderingen, blijft bestaan.

De vordering dient nu niet ingesteld te worden binnen een jaar na een van de voornoemde feiten, zoals bepaald door artikel 38 van de Stedebouwwet, doch op zijn vroegst vijf jaar en op zijn laatst acht jaar na de inwerkingtreding van het duinendecreet.

Het is de vraag wat precies bedoeld wordt met de inwerkingtreding van het duinendecreet. Strikt genomen is het duinendecreet in werking getreden tien dagen na de publicatie ervan in het Belgisch Staatsblad op 31 augustus 1993. Het eigenlijk bouwverbod dateert echter pas vanaf de publicatie van het duinenbesluit op 17 september 1993.⁵⁹ Volgens de tekst van het decreet zou de verjaringstermijn derhalve lopen op een ogenblik dat nog geen bouwverbod geldt.

Bovendien ontstaat het recht op schadevergoeding nog niet bij het ingaan van het bouwverbod, maar bij de overdracht van het goed, de weigering van een bouwvergunning of bij het afleveren van een stedebouwkundig attest.⁶⁰ De verjaringstermijn zou dus zelfs lopen op een ogenblik dat het recht op schadevergoeding nog niet ontstaan is. Dit brengt met zich dat de vordering wegens «duinschade» reeds verjaard kan zijn nog voordat het recht op schadevergoeding ontstaan is. Contra non valentem agere non currit praescriptio.

24. Wat de beperking van de verjaringstermijn tot acht jaar betreft, is niet ingegaan op de vraag van de heer M. Capoen om de woorden «en ten laatste acht jaar» weg te laten, hoewel de heer Capoen erop gewezen had dat de betrokken eigenaars geen individuele verwittiging krijgen van het bouwverbod, zodat een vordering tot schadevergoeding zonder tijdsbeperking moet kunnen worden ingesteld.⁶¹

Wat de wachttermijn van vijf jaar betreft, blijkt uit de besprekingen in de Vlaamse Raad dat deze regel uitgevaardigd werd teneinde het Vlaams Gewest een uitstel van betaling te geven: «Er wordt geantwoord dat op dit ogenblik nog niet juist geweten kan zijn hoeveel schadevergoeding er in de loop der jaren zal moeten worden uitbetaald. Dit vraagt een diepgaand onderzoek. Ondertussen moet er voldoende tijd zijn om dit onderzoek te kunnen uitvoeren. Er wordt van uitgegaan dat dit binnen de vijf jaar zal kunnen. Ook de samenstelling van het dossier kan op die manier optimaal verlopen.»⁶²

Bovenstaande passage is een sterk staaltje van verregaande onzorgvuldigheid. Niet alleen is duidelijk dat de duinenbescherming, met de daarmee gepaard gaande eigendomsaantastingen, werd ingevoerd zonder dat men een klaar inzicht had in de kosten van de operatie, doch tevens staat de termijn van vijf jaar om de schadedossiers voor te bereiden en de daaropvolgende jarenlange processen in schril contrast met het onmiddellijk en totaal bouwverbod en het vergoedingsbeginsel zelf.

Bovendien is de termijn van vijf jaar nutteloos, nu het in ieder geval nog jaren zal duren vooraleer de schadevergoedingseisen worden toegekend. Bovendien verandert het inzicht dat men tracht te verwerven in de totale omvang van de

schadevergoeding, niets aan het feit dat deze wel degelijk uitgekeerd moet worden.

Ten slotte is het de Vlaamse Regering niet toegestaan «om de toegang tot de rechter van de rechtsonderhorigen te beperken aangezien de organisatie van het justitieel apparaat en haar toegang een exclusieve nationale bevoegdheid is».⁶³

Het Arbitragehof zal deze bevoegdheidsoverschrijding van het Vlaams Gewest beoordelen op grond van een van de vernietigingsberoepen die reeds zijn ingesteld of naar aanleiding van een prejudiciële vraag.

25. De berekening van de schadevergoeding is evenzeer geïnspireerd op de methode gebruikt voor de planschadevergoedingen, hoewel de rechtspraak ook op dit vlak reeds zeer terecht wettigheidsbezwaren heeft opgeworpen.

De voornaamste bezwaren tegen de berekening van de planschadevergoeding, als vastgesteld in artikel 37, tweede lid, van de Stedebouwwet en in het K.B. van 24 oktober 1978 tot uitvoering van artikel 37, tweede lid, van de Stedebouwwet, bestonden erin dat, in de optiek van het Gerechtelijk Wetboek, de rechter op onafhankelijke wijze de grootte van de vergoeding bepaalt en niet gebonden kan zijn door berekeningen van het bestuur.⁶⁴

Waar het duinendecreet aldus bepaalt dat de Vlaamse Executieve de vaststelling van de waarde van het goed en de actualisering ervan, door middel van vastgestelde forfaitaire aanpassingscoëfficiënten, bij uitvoeringsbesluit bepaalt, kan dit uitvoeringsbesluit geenszins betekenen dat de rechter gebonden is door de schatting en de wijze van berekening van de overheid.

De vaststelling van forfaitaire aanpassingscoëfficiënten⁶⁵ is overigens onverenigbaar met de wijze van actualisering aan de hand van de index van de consumptieprijzen, zoals voorgeschreven in § 3 van het decreet zelf.

Verder heeft de rechtspraak het feit dat de overheid tegelijkertijd het bouwverbod oplegt en de vergoeding bepaalt, veroordeeld als strijdig met de artikelen 8, 92 en 93 (oud) van de Grondwet en artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, nu dit de overheid rechter en partij maakt in de zaak. Het recht om een beroep te doen op de rechter in geval van een aantasting van burgerlijke rechten, impliceert immers de noodzaak van een fair proces.

Niet alleen kan volgens het duinendecreet de Vlaamse Regering op discretionaire wijze de schatting en de berekening van de vergoeding beïnvloeden en beperken, ook zal de vergoeding nog beperkt worden tot 80% van de door de overheid zelf vastgestelde schadevergoeding (aangenomen dat de 20%-regel als een aftrek of franchise beschouwd wordt en niet als een drempelvoorwaarde voor de vordering tot schadevergoeding).

26. Dit uiterst beperkte schadevergoedingssysteem komt in geen geval tegemoet aan de vraag van verschillende leden van de Vlaamse Raad om een voorafgaande en billijke schadevergoeding te organiseren.⁶⁶

Bovendien stelt men zich in de Vlaamse Raad nu reeds de vraag of het Vlaams Gewest wel in staat zal zijn om de scha-

⁵⁹ Zie artikel 52, § 1, 2, van het decreet van 14 juli 1993.

⁶⁰ Zie artikel 54, § 2, van het decreet van 14 juli 1993.

⁶¹ *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 8 en nr. 10, 13.

⁶² *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 10, 13.

⁶³ B. MARTENS, *o.c.*, 103, met verwijzing naar de rechtspraak van het Arbitragehof.

⁶⁴ Cass., 1 oktober 1992, *R. W.*, 1992-93, 819.

⁶⁵ Art. 54, § 6.

⁶⁶ *St. Vl. R.*, 1992, 96, nr. 10, 10.

devergoeding te betalen ⁶⁷ en werd erop aangedrongen dat op 31 december 1994, bij de definitieve bekrachtiging van de beschermde duingebieden, een duidelijke en definitieve regeling uitgewerkt zou zijn door de Vlaamse Regering. ⁶⁸

In de wetenschap dat het Vlaams Gewest slechts definitief door de rechter opgelegde planschadevergoedingen betaalt wanneer de zaak aanhangig wordt gemaakt voor de Commissie voor de Rechten van de Mens, gaat het hier niet om een randbemerking, maar om een fundamentele vraag.

27. Ten slotte zal het niet behouden van een grond in het beschermd duingebied bij de definitieve vaststelling, ook aanleiding kunnen geven tot een vergoeding voor het tijdelijk bouwverbod.

28. *«Artikel 55. De Vlaamse Executieve kan in overeenkomst met de eigenaars en de gebruikers van de betrokken gronden beheersovereenkomsten afsluiten met het oog op een voor het natuurbehoud verantwoord beheer van de maritieme duinstreek.»*

Dit artikel verschaft de mogelijkheid vrijwillige beheersovereenkomsten te sluiten. Uit de decretale tekstgeschiedenis valt niet op te maken wat hier precies mee bedoeld wordt en of in het kader van een beheersovereenkomst eventueel wel bepaalde bouwwerken mogelijk zijn.

Een amendement van de heer Maertens en mevrouw Dua dat ertoe strekte deze beheersovereenkomsten verplicht te maken, werd niet aanvaard. Volgens de tekst van dit amendement zou de inhoud en de goedkeuringsprocedure van de beheersplannen verder door de Vlaamse Regering worden ingevuld met de mogelijkheid dat de dienst natuurbehoud van Aminal in de plaats treedt van de eigenaars en hiervoor een beroep kan doen op derden.

De Raad van State heeft echter in een arrest van 15 februari 1990 ⁶⁹ een halt toegeroepen aan dergelijke verregaande vormen van beheer van iemands eigendom door de minister of een andere gemachtigde van het bestuur: «dat de wet van 7 augustus 1931 op het behoud van monumenten en landschappen immers geen rechtsgrond biedt om andermans eigendom onder het beheer van de Minister te plaatsen; dat zulke maatregel slechts kan worden opgelegd op grond van een bepaling met kracht van wet en met eerbiediging van artikel 11 van de grondwet naar luid waarvan niemand van zijn eigendom kan worden onttrokken dan in de voorwaarden en de vormen in genoemd grondwetsartikel bepaald;»

29. *«Artikel 56. Onverminderd de bepalingen van artikelen 45, 46 en 47 van deze wet, worden met een geldboete van tweehonderd tot vijftigduizend frank gestraft, diegenen die handelen in strijd met de bepalingen van dit hoofdstuk. Onverminderd deze straf beveelt de rechtbank zo nodig de plaats in zijn vroegere staat te herstellen.»*

30. *«Artikel 57. De Vlaamse Executieve duidt de ambtenaren aan die belast zijn met het toezicht op de naleving van dit decreet. Deze ambtenaren en de burgemeester van de betrokken gemeente kunnen mondeling ter plaatse de staking van het werk*

of van de handelingen gelasten, wanneer zij vaststellen dat deze in strijd zijn met het bouwverbod bedoeld in artikel 52.

Het proces-verbaal van vaststelling wordt, bij ter post aangekende brief met bericht van ontvangst, ter kennis gebracht van de opdrachtgever van het werk of de handelingen en van de persoon of de aannemer die het werk of de handelingen uitvoert. Een afschrift van deze stukken wordt tegelijk naar de betrokken gemeente gezonden.

De betrokkene kan in kort geding de opheffing van de maatregelen vorderen tegen het Vlaamse Gewest of de betrokken gemeente, naargelang de beslissing uitgaat van de ambtenaren bedoeld in het eerste lid of van de burgemeester van de betrokken gemeente.

De in dit artikel bedoelde ambtenaren of de burgemeester van de betrokken gemeente zijn gerechtigd tot het treffen van alle maatregelen, verzegeling inbegrepen, om te voorzien in de onmiddellijke toepassing van het bevel tot staking, van de bekrachtigingsbeslissing of, in voorkomend geval, van de beschikking van de rechter.»

Bij besluit van 29 september 1993 van de Vlaamse Regering werden de ambtenaren aangewezen die belast zijn met het toezicht op de naleving van het decreet van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen. ⁷⁰ Het zijn de ambtenaren van het bestuur ruimtelijke ordening en van het bestuur natuurbehoud en -ontwikkeling van het ambtsgebied West-Vlaanderen.

Deze ambtenaren zijn drager van een legitimatiekaart, uitgereikt door de Vlaamse minister, bevoegd voor natuurbehoud. Vorm noch inhoud van deze legitimatiekaart werden echter bepaald. Op deze manier kan de eigenaar de voorgelegde legitimatiekaart niet naar waarde schatten, zodat een volledig rechtmatig toezicht niet uitgeoefend kan worden, zolang deze legitimatiekaart niet volgens de geëigende wegen kenbaar is gemaakt. ⁷¹

Het toezicht door de aangewezen ambtenaren en de burgemeester op het ingestelde bouwverbod is weerom geïnspireerd op de regeling in de Stedebouwwet.

31. Zowel volgens artikel 68 van de Stedebouwwet als volgens het duinendecreet, kunnen de bevoegde ambtenaren mondeling ter plaatse de stopzetting van het werk bevelen en de stopzetting vaststellen in een proces-verbaal. In de Stedebouwwet dient de stopzetting dan echter bekrachtigd te worden door de burgemeester of door de gemachtigde ambtenaar en dit binnen vijf dagen op straffe van verval van het stopzettingsbevel.

De verplichting het stopzettingsbevel te bekrachtigen is niet opgenomen in het duinendecreet. Evenmin wordt de termijn bepaald waarbinnen het proces-verbaal van vaststelling ter kennis gebracht moet worden aan de opdrachtgever van de werken. Gezien de ernst van de maatregel ware het wenselijk geweest een korte termijn te bepalen.

Bij afwezigheid van bekrachtiging is de laatste paragraaf van artikel 57 bovendien zinledig waar het zegt dat alle maatregelen getroffen kunnen worden met het oog op «de onmiddellijke toepassing van de bekrachtigingsbeslissing».

32. Het duinendecreet bepaalt dan verder dat de betrokkene «in kort geding» de opheffing van de maatregelen kan

⁶⁷ St.V.R., 1993, 403, nr. 5, 15.

⁶⁸ St.V.R., 1993, 403, nr. 5, 25 en 26.

⁶⁹ R.v.St., nr. 34.062, 15 februari 1990, R.W., 1991-92, 229.

⁷⁰ B.S., 2 oktober 1993.

⁷¹ B. MARTENS, o.c., 104.

vorderen tegen het Vlaams Gewest of de gemeente. Nu reeds is de grootste verwarring ontstaan of hier de gewone kortgedingprocedure bedoeld wordt, dan wel de procedure, zoals in kort geding, wat een procedure ten gronde is.

De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel is in de voornoemde beschikkingen van 17 maart 1994 van oordeel dat de decreetgever, gelet op de door de decreetgever aangevoerde urgentie om rechtszekerheid te scheppen over het beleid in de maritieme duinstreek, een procedure ten gronde heeft willen invoeren «op een snelle wijze gevoerd».

De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne houdt zich daarentegen strikt aan de tekst van artikel 57, derde lid, van het duinendecreet en oordeelt dat hij zitting houdt in kort geding, niet zoals in kort geding.⁷²

Tijdens de besprekingen in de Vlaamse Raad of in de Commissie voor Leefmilieu en Natuurbehoud is deze kwestie nergens aan de orde gekomen.

33. Nochtans is de vraag welke procedure de decreetgever hier heeft willen invoeren, van belang voor het bevoegdheidsprobleem dat hier rijst voor de Vlaamse Raad. Wanneer de decreetgever, in het kader van de rechtsbescherming tegen een stopzettingsbevel, heeft willen verwijzen naar de kortgedingprocedure als vastgesteld in de artikelen 1035 tot 1041 van het Gerechtelijk Wetboek, is deze verwijzing weliswaar overbodig, doch wel mogelijk, aangezien in dat geval geen wijziging van de nationale gerechtelijke organisatie beoogd wordt.

Wanneer de decreetgever echter een «sui generis»-procedure heeft willen instellen, namelijk een procedure ten gronde, op de wijze van het kort geding gevoerd, maakt deze bepaling een bevoegdheidsoverschrijding uit, nu de organisatie van het gerechtelijk apparaat een exclusieve nationale bevoegdheid is. Daarbij komt dat de bepaling geenszins kan inhouden dat het beroep op de Raad van State uitgesloten zou worden, nu dit eveneens een bevoegdheidsoverschrijding zou uitmaken.⁷³

De specifieke kortgedingprocedure zoals beschreven in het duinendecreet, is bovendien zeker niet onontbeerlijk of noodzakelijk voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Vlaamse Raad inzake natuurbehoud in de zin van artikel 10 van de bijzondere wet, zodat de bevoegdheidsoverschrijding

een feit is, in de mate waarin de kortgedingprocedure zou afwijken van het gemene kort geding en in de mate waarin de Raad van State niet meer bevoegd zou zijn.

34. *Besluit.* Voor het invoeren van een speciale bescherming van de resterende duingebieden, heeft het Vlaams Gewest gebruik gemaakt van een wetgevingstechniek die tabula rasa maakt met de bestaande methodes.

Allereerst miskent de Vlaamse Raad de bestaande beschermingsprocedures, toegepast voor de bescherming van landschappen en vooral in de Stedebouwwet en de gewestplannen. Deze laatste bevatten nochtans een uitgebalanceerde procedure tot wijziging van de betrokken gewestplannen, met de nodige administratieve en jurisdictionele waarborgen voor de kustgemeenten en de eigenaars.

Noch de rechtszekerheid, noch het vertrouwensbeginsel zijn ermee gediend dat een totaal nieuw statuut gecreëerd wordt, naast en in strijd met de bestaande statuten.

De procedure tot bescherming van de duinen zal in het totaal anderhalf jaar in beslag genomen hebben en heeft een uitgebreid onderzoek van de bestaande plannen van aanleg geleverd, zodat een gewestplanwijziging zeker niet langer had geduurd.

Het argument dat een wijziging van de wet op het natuurbehoud noodzakelijk was om een bouwstop te kunnen invoeren, gaat evenmin op, nu duidelijk is dat deze bouwstop in feite betekent dat het bestuur geen vergunningen meer mag afgeven vanaf de inwerkingtreding van het duinenbesluit. Welnu, in het geval van een gewestplanherziening mag een bouwvergunning ook geweigerd worden op grond van een ontwerp-gewestplan.

Verder dient gewaarschuwd te worden voor de techniek van de decretale bekrachtiging van besluiten van de uitvoerende macht. Deze techniek werd in het verleden enkel gebruikt bij de zogenaamde volmachtwetten in tijden van crisis.

Het voornaamste bezwaar hierbij is wel de verregaande en georganiseerde inbreuk op de rechtsbescherming, nu bij gewoon besluit het eigendomsrecht beperkt wordt en hiertegen geen beroep op de Raad van State of de gewone rechter mogelijk is wegens de decretale bekrachtiging. De betonnenring van de duinenbescherming is daarmee een feit.

Ten slotte geeft het duinendecreet, door zijn gebrekkige regeling en de beperking van de vergoedingen, blijk van een misprijzen van het eigendomsrecht zoals beschermd door de Grondwet en het eerste aanvullend protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens.

Peter FLAMEY
Els EMPEREUR

⁷² Vz. Rb. Veurne, 9 maart 1994, o.c.

⁷³ Zie in dezelfde zin, doch zonder de hiervoor gemaakte nuance; MARTENS, B., o.c., 103-104, die terecht verwijst naar de vaste rechtspraak van het Arbitragehof betreffende de bevoegdheid van de decreetgever en de draagwijdte van artikel 10 van de bijzondere wetten op de hervorming van de instellingen van 8 augustus 1980 en 1988.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

13 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Goossens en Depuydt

Merk – Gebruik van het merk – Art. 13, A, onder 1, BMW

Het binnen het Beneluxgebied door een ander dan de merkhouder aanbrengen van een merk op waren waarvoor dit merk is ingeschreven of op soortgelijke waren, levert gebruik op van dit merk in de zin van art. 13, A, onder 1, BMW, zelfs als de aldus gemerkte waren uitsluitend bestemd zijn voor export buiten het Beneluxgebied en de van het merk voorziene waren buiten de onderneming van degene die het op de waren aanbracht, binnen het Beneluxgebied niet door het publiek kunnen worden aangenomen.

N.V. W. t/ N.V. C.

Zaak A 92/6

Conclusie van eerste advocaat-generaal

B. Janssens de Bisthoven

Achtergrond

1. Bij beschikking van 3 december 1992 is door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, rechtdoende in kort geding, een vraag van uitleg van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken aan het Benelux-Gerechtshof voorgelegd.

De vraag is als volgt verwoord: «Moeten de woorden 'elk gebruik' voorzien in art. 13.A.1 van de eenvormige Beneluxmerkenwet zo begrepen worden dat zij niet zouden toelaten dat een beschermd merk wordt aangebracht door een deelnemer aan het economisch verkeer, die er geen houder van is, op produkten uitsluitend bestemd voor de export buiten de Benelux, waarbij deze aldus geëtiketteerde produkten niet zichtbaar zouden zijn buiten de onderneming van deze deelnemer, op het Beneluxgrondgebied».

2. Aanleiding tot de vraag is een geschil omtrent de navolgende feiten.

De naamloze vennootschap «Wolf Oil Corporation» is in het Beneluxgebied houdster van het merk «Champion» voor industriële oliën en vetten die door haar worden geproduceerd en in de handel gebracht.

De naamloze vennootschap «Century Oil Industries» met maatschappelijke zetel in België brengt het merk «Champion» in haar werkplaatsen aan op de verpakkingen van haar eigen produkten (industriële oliën en vetten) die soortgelijk zijn aan die van de vennootschap «Wolf Oil Corporation» en uitsluitend voor de export zijn bestemd.

3. Tegen de rechtsvordering die op de voet van artikel 13.A.1 door eiseres is ingesteld, voert de vennootschap Century Oil Industries aan, dat de door haar uitgevoerde produkten in haar bedrijfsruimten worden verpakt en geëtiket-

teerd en in blinde containers, zonder markeringen, wordt geplaatst om via de Antwerpse haven te worden verscheept naar de Libanese firma Khalife, houdster van een gedeponeerd merk «Champion» in Libanon voor alle soorten vet en petroleum voor automotoren. Zij beweert dat zij derhalve geen gebruik van het merk «Champion» in de zin van bovengenoemde wetsbepaling binnen het Beneluxgebied maakt.

4. Uit de door de rechter in kort geding uiteengezette feiten blijkt dat het beschermde merk door de vennootschap Century Oil Industries wordt gebruikt voor waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren. Mijs inziens dient deze precisering in de vraag te worden aangebracht.

5. In de door mr. M. Goossens namens de vennootschap Wolf Oil Corporation ingediende memorie wordt er melding van gemaakt dat de door de vennootschap Century Oil Industries gebruikte verpakkingen die de vermelding «Champion» dragen, door deze worden besteld bij Belgische en Nederlandse firma's en dat in de in België opgestelde en aan de invoerder gerichte facturen alsmede in de cognosementen het merk «Champion» in verband met de verkochte waren wordt vermeld.

In de beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel worden die feiten niet geconstateerd. Het staat niet vast dat deze aan de orde zijn geweest in debatten voor de rechter in kort geding. In de aan het Hof gestelde vraag wordt geen melding ervan gemaakt. Naar mijn mening kan het Hof derhalve geen acht slaan op die feiten c.q. omstandigheden die geen verband met de vraag houden.

Wetsbepaling waarvan de uitleg wordt gevraagd

6. In artikel 13, onder A, van de eenvormige Benelux-wet is het volgende bepaald: «A. Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen:

1. elk gebruik, dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren, waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren;

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

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

Het uitsluitend recht op het merk omvat echter niet het recht zich te verzetten tegen het gebruik van het merk voor waren, die de merkhouder of zijn licentiehouder onder het bedoelde merk in het verkeer heeft gebracht, mits de toestand van de waren niet is gewijzigd.»

Deze bepaling dient tegen die van artikel 5.3 van dezelfde wet te worden afgezet, welke in het verval van het recht op het merk voorziet voor zover er, onder de genoemde voorwaarden en gedurende de aangegeven tijdvakken, zonder geldige reden binnen het Beneluxgebied niet enig normaal gebruik (aucun usage normal) van het merk is gemaakt.

7. Het woord «gebruik» (in het Frans de woorden «emploi» en «usage») wordt in verscheidene andere bepalingen van de eenvormige wet, met name in de artikelen 4, 26 en 27, aangetroffen. Die (Franse) woorden hebben een zelfde algemene betekenis. De strekking ervan kan verschillen naar gelang van het doel van de bepaling waarin deze zijn vervat. Er bestaan evenwel overeenkomsten tussen die woorden.

Wanneer aldus een gebruik (Fr.: usage) door de merkhouders als normaal in de zin van artikel 5 wordt beschouwd en derhalve wordt geacht zich tegen het verval van het recht op het merk te verzetten, lijkt het mij dat zulk een gebruik dat onder dezelfde voorwaarden door een derde wordt gemaakt als een «gebruik» (Fr.: emploi) in de zin van artikel 13, A, dient te worden aangemerkt. Het omgekeerde is ook waar. Vandaar het belang die bepalingen met elkaar in verband te brengen.

8. Laten wij uit de tekst van artikel 13 onthouden dat dit algemeen, zonder voorbehoud, slaat op elk gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren (13.A.1); dat het tevens ziet op elk ander gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken onder zodanige omstandigheden dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht, voor zover het gebruik in het economisch verkeer en zonder geldige reden plaatsvindt (13.A.2).

Later zullen wij bezien hoe artikel 13.A.2 door het Benelux-Hof is geïnterpreteerd. Opgemerkt zij alvast dat die bepaling, verre van het begrip gebruik van artikel 13.A.1 te beperken, dit uitbreidt tot situaties waarin de voorheen bestaande wetten van de Beneluxlanden niet was voorzien.

Toelichting op de eenvormige wet

9. De toelichting op de eenvormige wet bevat geen omschrijving van het woord «gebruik» (in het Frans de woorden «emploi» en «usage» die door elkaar worden gebruikt). Er mag van worden uitgegaan dat die woorden in hun traditionele betekenis in de eerdere wetten van de drie Beneluxlanden worden opgevat, waar het uitsluitend recht op het merk uit het eerste gebruik ontstond. Om de betekenis en de draagwijdte ervan te verduidelijken, dienen deze evenwel tegen de achtergrond van de nieuwe wet te worden geplaatst en te worden begrepen met inachtneming van de wil van de auteurs van de wet om deze tot situaties uit te breiden, waarin voorheen niet was voorzien.

10. In de toelichting op de eenvormige wet is ten aanzien van artikel 13 het volgende opgemerkt:

«Krachtens deze bepaling heeft het uitsluitend recht van een merkhouders een grotere draagwijdte dan volgens de bestaande nationale wetten het geval is. De bepalingen onder A, onder 1, bekrachtigen de bescherming die de huidige wetgeving aan een merkhouders verleent. Bovendien kan een merkhouders zich volgens het onder A, onder 2, bepaalde, verzetten tegen ieder ander gebruik, dat hem schade toebrengt onder voorwaarde evenwel, dat dit gebruik plaats heeft in het economische verkeer en zonder geldige reden.»¹

Het Hof dat zich ongetwijfeld op die overwegingen van de toelichting baseerde, heeft het begrip «gebruik» in verschillende arresten ruim geïnterpreteerd.²

Rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof

11. Aan het Hof is nog geen soortgelijke vraag van uitleg voorgelegd als het van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel afkomstige verzoek. Toch is het naar gelang van de bij hem aanhangig gemaakte gevallen herhaaldelijk ertoe gebracht een aantal aspecten van de begrippen gebruik en normaal gebruik nader toe te lichten.

12. Het antwoord dat het Hof op de gestelde vraag zal geven, is van groot belang. Zoals door Gielen en Wichers Hoeth wordt onderstreept, zijn in de Benelux vele ondernemingen gevestigd, die van export leven en waarvan de commerciële activiteiten niet of nauwelijks gericht zijn op de Benelux-afzetmarkt. Voor hen is het van groot belang te weten of en hoe bescherming van hun daarbij gehanteerde merken kan worden gehandhaafd.³

13. Bij het bestuderen van de jurisprudentie van het Hof is omzichtigheid geboden en dient steeds het onderscheid voor ogen te staan, dat in artikel 13 wordt gemaakt tussen het gebruik dat als zodanig een inbreuk op het uitsluitend recht van de merkhouders vormt (13.A.1) en het gebruik dat enkel zulk een inbreuk oplevert, wanneer de in artikel 13.A.2 gestelde voorwaarden zijn vervuld. Na dit te hebben gezegd, volgen hierna de voornaamste door het Hof gewezen arresten betreffende de begrippen gebruik in de zin van artikel 13.A:

14. Arrest van 1 maart 1975, Colgate-Palmolive / Bols, zaak A 74/1.⁴

In dat arrest is door het Hof voor recht verklaard dat in artikel 13.A.2 voor het verzet van een merkhouders tegen het gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor een andere soort van waren dan die waarvoor het merk is ingeschreven, behalve de in genoemd artikel opgenomen voorwaarden, niet als vereiste is gesteld dat door het gebruik afbreuk wordt gedaan aan de onderscheidende kracht van het merk en dat door dat gebruik gevaar ontstaat voor verwarring bij het publiek omtrent de herkomst van de waren of op onbehoorlijke wijze wordt geprofiteerd van de bekendheid van het merk waarvoor de bescherming wordt ingeroepen.

In de motivering van genoemd arrest onderstreept het Hof dat de omstandigheid dat de wetgever merken als onderscheidingstekens voor waren heeft omschreven, niet betekent dat hij de beschermingsomvang van het uitsluitende recht dat door de houder van het merk wordt verkregen, tot de onderscheidende kracht van het merk heeft willen beperken; dat uit de toelichting op artikel 13 in de toelichting op de eenvormige wet volgt dat het uitsluitende recht een grotere draagwijdte heeft dan volgens de bestaande nationale wetten het geval is, wat betekent dat de beschermingsomvang van het merk ruimer is dan nodig is om het merk te be-

² Conclusie van advocaat-generaal Krings voor het arrest van 2 februari 1983 (zaak A 82/1, R.S.L. / Chrompack), *Jurisprudentie*, deel 4, pp. 8 t/m 10.

³ Ch. GIELEN en L. WICHERS HOETH, *Merkenrecht*, 1992, nr. 610, p. 247.

⁴ *Jurisprudentie*, deel 1, p. 3.

¹ Basisteksten, deel V, *Toelichting op de eenvormige wet*, p. 53.

schermen tegen aantasting van zijn onderscheidende kracht en ter voorkoming van het gevaar dat bij het publiek omtrent de herkomst der waren verwarring zou ontstaan.

Mij dunk dat uit dat arrest blijkt dat het merk als zodanig tegen iedere inbreuk is beschermd voor zover de in de wet gestelde voorwaarden zijn vervuld; dat andere eisen c.q. voorwaarden niet kunnen worden toegevoegd aan die welke in de wet zijn bepaald. De doctrine van dit arrest lijkt mij van overeenkomstige toepassing op zowel artikel 13.A.2 als artikel 13.A.1 te moeten zijn.

15. Arrest van 29 juni 1982, Hagens Transporten-Jacobs / Niemeyer, zaak A 81/5.⁵

Het Hof verklaart voor recht dat «onder gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken in de zin van (artikel 13.A) moet worden verstaan het zich van dat merk of teken bedienen met betrekking tot en ter bevordering van de afzet van zijn eigen handelswaren of diensten, dan wel ter aanduiding van de eigen onderneming».

In die beslissing wordt de nadruk gelegd op de hoedanigheid van degene die zich van het merk bedient. Het Hof was immers verzocht te verklaren of van de bloot vervoerder kon worden gezegd dat hij zich van het merk bediende.

16. Arrest van 9 juli 1984, Nijs C.S. / Ciba-Geigy, zgn. arrest-«Tanderil», zaak A 82/2.⁶

In dit arrest wordt een belangrijke verduidelijking m.b.t. het hierboven aangehaalde arrest in de zaak Hagens-Jacobs / Niemeyer aangebracht. Hierin worden de beide aspecten van artikel 13.A onderscheiden en wordt gepreciseerd dat voor de toepassing van artikel 13.A.1 de woorden «gebruik voor de waren» zien op het zich van een merk of teken bedienen met betrekking tot de eigen waren, terwijl voor de toepassing van artikel 13.A.2 onder «elk ander gebruik» moet worden verstaan zich van een merk of teken bedienen «in het economisch verkeer» in de zin van deze bepaling.

In voormeld arrest wordt bovendien de betekenis van de uitdrukking «gebruik in het economisch verkeer» gepreciseerd, waarbij deze wordt geplaatst tegenover het gebruik met een uitsluitend wetenschappelijk doel of in de particuliere sfeer, zonder economische betekenis.

In het arrest wordt tevens overwogen dat de in artikel 13.A.2 toegekende bevoegdheid zeer ruim is geformuleerd en bescherming verleent tegen elk ander gebruik; dat deze ertoe strekt om de merkhouder door een uitbreiding van de voorheen bestaande bescherming beter dan vroeger in staat te stellen zich op grond van zijn uitsluitend recht op het merk te verzetten tegen feiten die een werkelijke en ongerechtvaardigde inbreuk op het merkrecht vormen.

Uit dat arrest wordt door Gielen en Wichers Hoeth afgeleid dat voor de toepassing van artikel 13.A.2 de openbaarheid geen voorwaarde voor gebruik is.⁷

17. Arrest van 7 november 1988, Omnisport / Bauwe-raerts, zaak A 87/3.⁸

In dit arrest zijn de voorwaarden bepaald, waaronder het gebruik van een handelsbenaming of handelsnaam kan worden aangemerkt als gebruik van een merk in de zin van artikel 13.A.1. Daarin wordt in dit verband beslist dat de wijze

waarop het publiek dat gebruik zal opvatten, in aanmerking dient te worden genomen.

Naar mijn mening mag uit dat – specifieke – arrest niet worden afgeleid dat het gebruik per se openbaar moet zijn of door het publiek moet worden waargenomen.

18. Arrest van 6 november 1992, Valeo / Automotive Products Benelux, zaak A 89/1.⁹

In dit arrest is beslist dat sprake is van gebruik in de zin van artikel 13.A.1, wanneer gereviseerde en/of gereconditioneerde waren onder het oorspronkelijk merk in de handel worden gebracht, behalve wanneer de revisie en/of reconditionering leidt tot een zodanige wijziging dat de waren niet meer behoren tot de categorie waren waarvoor het merk is ingeschreven of daaraan soortgelijke waren.

19. Tevens kan melding worden gemaakt van twee arresten waarin door het Hof de vereiste voorwaarden zijn gepreciseerd, opdat het gebruik door een derde van een anders merk gebruik van het merk in het economisch verkeer in de zin van artikel 13.A.2 oplevert:

– Arrest van 2 februari 1983, R.S.L. / Chrompack, zaak A 82/1.¹⁰

De gestelde vraag is als volgt door het Hof beantwoord: «Degene die zich van een anders merk bedient door in een publikatie, ter bevordering van de afzet van zijn eigen waar, aan te geven dat bij het vervaardigen van die waar gebruik is gemaakt van onder dat merk in het economisch verkeer gebracht materiaal, maakt van het merk gebruik in dat verkeer.»

– Arrest van 23 december 1985, Openbaar Ministerie en Unbas / De Laet, zgn. arrest-«Adidas», zaak A 83/4.¹¹

Dit arrest heeft betrekking op het gebruik door anderen van een gedeponeerd teken louter ter versiering van door hen onder hun eigen merk verhandelde waren.

20. Voorts dient het arrest van 27 januari 1981, Turmac / Reynolds, zaak A 80/1, te worden geciteerd, dat het begrip normaal gebruik in de zin van artikel 5.3 van de eenvormige wet betreft.¹²

Blijkens dit arrest is ter voorkoming van verval van het recht op het merk in de regel vereist dat het desbetreffende teken binnen het Beneluxgebied door of namens de merkhouder in het economisch verkeer is gebruikt buiten de onderneming van de gebruiker, alsmede dat dit gebruik duidelijk betrekking heeft op een bepaalde, door de gebruiker verhandelde of ter levering aangeboden waar, welke door dit gebruik van die van anderen wordt onderscheiden. Opdat het gebruik van het merk als normaal gebruik kan worden beschouwd, is bovendien beslissend of het geheel van de aan het geval eigen feiten en omstandigheden, in onderling verband beschouwd, in verband met hetgeen in de desbetreffende sector van het economisch verkeer als gebruikelijk en commercieel verantwoord geldt, de indruk wekt dat het gebruik ertoe strekt voor de waren onder het merk een afzet te vinden of te behouden en niet enkel en alleen om het recht op het merk in stand te houden.

In de conclusie vóór dat arrest wordt door advocaat-generaal Berger crop gewezen dat de ratio van de gebruiksver-

⁵ *Jurisprudentie*, deel 3, p. 40.

⁶ *Jurisprudentie*, deel 5, p. 1.

⁷ T.a.p., nr. 1030, p. 422.

⁸ *Jurisprudentie*, deel 9, p. 90.

⁹ *Jurisprudentie*, deel 13, p. 4.

¹⁰ *Jurisprudentie*, deel 4, p. 1.

¹¹ *Jurisprudentie*, deel 6, p. 38.

¹² *Jurisprudentie*, deel 2, p. 23.

plichting is gelegen in de aard van het merk zelf dat in zijn verschillende functies zelfstandiger is geworden. Aldus is het merk als drager van recht aanvaardbaar. Met andere woorden, indien het merk niet de hem toebedeelde rol vervult, indien het niet de functies vervult waarvoor het bestaat en is erkend, dan behoort het niet meer te worden beschermd.¹³

21. De in deze zaak gestelde vraag vindt geen uitputtende beantwoording in de verschillende benaderingen van het begrip gebruik (Fr.: *emploi et usage*) door het Hof, waarbij het om deelbenaderingen gaat nu deze zijn beperkt tot de gestelde vragen en de feitelijke achtergrond waartegen deze zijn geplaatst. Het kwam mij evenwel nuttig voor uit de motivering van evengenoemde arresten en de conclusies van de advocaten-generaal de hoofdideeën te halen, welke door het Hof uit de tekst en de geest van de eenvormige wet zijn gedistilleerd en die het bij zijn interpretatieve taak hebben geleid.

Het gaat met name om:

- de aard en het object van het uitsluitend recht op het merk,
- de functies van het merk,
- de beschermingsomvang van het merkrecht,
- het verband tussen de functies van het merk en de beschermingsomvang van het uitsluitend recht.

22. Aard en object van het uitsluitend recht op het merk.

Zoals advocaat-generaal Berger in de door hem genomen conclusie vóór het arrest van 1 maart 1975, *Colgate-Palmolive / Bols* benadrukte, waarbij hij Van Nieuwenhoven Helbach citeerde:

«Gaaf het immers om het uitsluitend recht op een merk, dan is niet slechts een bepaald gebruik van dat merk object van het recht, maar dat merk als zodanig, als ware het eigendom van de gerechtigde. Ieder gebruik, dat van dat merk kan worden gemaakt, blijft in dat geval aan de gerechtigde voorbehouden.»¹⁴

23. Functies van het merk.

Iedereen is het erover eens dat het merk verschillende functies vervult. Eerste functie is de identificatiefunctie. Het is niet de enige. Benevens de onderscheidingsfunctie worden gewoonlijk de herkomstfunctie, de kwaliteits- of garantiefunctie, de reclamefunctie genoemd. Algemeen wordt aangenomen dat die verschillende functies van de eerste functie zijn afgeleid.¹⁵

24. Beschermingsomvang van het merkrecht.

Het lijkt geen twijfel dat de auteurs van de eenvormige wet de beschermingsomvang van het merk tegen mogelijke inbreuken zo ruim mogelijk hebben willen uitbreiden. Dit brengt dan ook mee – zoals advocaat-generaal Krings

schrijft – dat de bepaling van artikel 13, zowel A.1 als A.2, zeer ruim dient te worden uitgelegd.¹⁶

25. Verband tussen de functies van het merk en de beschermingsomvang van het uitsluitend recht.

Advocaat-generaal Berger schrijft in dit verband: «Met name nu is de beschermingsomvang van een merk in art. 13 BMW, vergeleken bij het vroegere recht aanzienlijk verruimd. Naar het mij voorkomt, is in deze verruiming aansluiting gezocht op de ontwikkeling van de functie van het merk, welke vooral na de tweede wereldoorlog in een stroomversnelling is geraakt.»¹⁷

Ik kom later nog op die verschillende aspecten van het merkenrecht terug.

Rechtsleer

26. Hoe worden nu de uitdrukkingen «elk gebruik» in artikel 13 en «normaal gebruik» in artikel 5, met name wanneer die termen waren betreffen, die uitsluitend voor de uitvoer zijn bestemd, in de Belgische en Nederlandse literatuur geïnterpreteerd.

Belgische literatuur

27. Voor A. BRAUN moeten de woorden «elk gebruik» in hun ruimste betekenis worden opgevat. Hij schrijft: «Par tout emploi, la loi uniforme entend non seulement la contrefaçon et l'imitation (...) mais aussi l'usage d'une marque contrefaite, son apposition ou altération frauduleuse ou encore la vente, la mise en vente ou en circulation du produit revêtu de la marque contrefaisante. En ce qui concerne l'exportation, l'apposition d'une marque contrefaisante sur des produits destinés à être exportés hors de Belgique ou du Benelux porte atteinte aux droits du titulaire de la marque contrefaite... L'apposition d'une marque contrefaisante sur un produit n'est-elle pas l'acte de contrefaçon par excellence?»¹⁸

28. Omtrent het normaal gebruik van het merk schrijft A. Braun nog: «Si l'usage normal de la marque doit être réalisé sur le territoire Benelux – c'est l'évidence – suffit-il d'apposer la marque sur les produits en vue de leur exportation ou faut-il, en outre, comme le soutient une partie de la doctrine néerlandaise, que les produits soient écoulés sur le marché du Benelux?

Nous ne pouvons partager cette dernière opinion car il nous paraît que le premier acte d'usage d'une marque est précisément le fait de l'apposer sur le fabricant; tout comme, ainsi que nous l'avons relevé plus haut à propos de la contrefaçon, l'acte le plus caractéristique de celle-ci est

¹⁶ Zie het arrest van 1 maart 1975, *Colgate-Palmolive / Bols*, en de conclusie van advocaat-generaal BERGER, *Jurisprudentie*, deel 1, p. 16; het arrest van 29 juni 1982, *Hagens-Jacobs / Niemeyer*, en de conclusie van advocaat-generaal BERGER, *Jurisprudentie*, deel 3, p. 50; het arrest van 2 februari 1983, *R.S.L. / Chrompack*, en de conclusie van advocaat-generaal KRINGS, *Jurisprudentie*, deel 4, p. 10; het arrest van 7 november 1988, *Omnisport / Bauweraerts*, en de conclusie van advocaat-generaal KRINGS, *Jurisprudentie*, deel 9, p. 97.

¹⁷ Conclusie voor het arrest van 1 maart 1975, *Colgate-Palmolive / Bols*, *Jurisprudentie*, deel 1, p. 16; zie tevens het arrest van 27 januari 1981, *Turmac / Reynolds*, en de conclusie van advocaat-generaal BERGER, *Jurisprudentie*, deel 2, p. 37; arrest van 6 november 1992, *Automotive Products / Valeo*, en de conclusie van advocaat-generaal MOK, *Jurisprudentie*, deel 13, p. 21.

¹⁸ A. BRAUN, *Précis des marques de produits et de service*, 1987, nr. 401, p. 318.

¹³ *Jurisprudentie*, deel 2, pp. 37 en 38.

¹⁴ *Jurisprudentie*, deel 1, p. 19.

¹⁵ Zie het arrest van 1 maart 1975, *Colgate-Palmolive / Bols*, en de conclusie van advocaat-generaal BERGER, *Jurisprudentie*, deel 1, p. 17; het arrest van 27 januari 1981, *Turmac / Reynolds*, en de conclusie van advocaat-generaal BERGER, *Jurisprudentie*, deel 2, p. 38; het arrest van 7 november 1988, *Omnisport / Bauweraerts*, en de conclusie van advocaat-generaal KRINGS, *Jurisprudentie*, deel 9, p. 106; het arrest van 6 november 1992, *Automotive Products / Valeo*, en de conclusie van advocaat-generaal MOK, *Jurisprudentie*, deel 13, pp. 20 en 21.

l'apposition du signe contrefaisant sur un produit n'émanant pas du titulaire de la marque»¹⁹

29. In zijn overzicht van jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof verstrekt A. De Caluwé belangwekkende toelichtingen bij het normaal gebruik en het verband tussen gebruik en de functies van het merk en schrijft hij, refererend aan de zienswijze van advocaat-generaal Berger in de zaak A 80/1, volgens welke m.b.t. het gelijkstellen van het enkele aanbrengen van het merk met normaal gebruik merken worden bedoeld op waren die uitsluitend voor export zijn bestemd, het volgende:

«Il est actuellement constant en doctrine et en jurisprudence que cette apposition sur le territoire du Benelux à l'occasion d'une activité exclusivement tournée vers l'exportation constitue non seulement une atteinte à la marque du titulaire, mais même une contrefaçon qui est un acte d'usage incontestable.»

Die auteur laat zich genuanceerder over het begrip normaal gebruik uit. Naar het ons voorkomt ten onrechte.²⁰

30. Th. Van Innis is naar aanleiding van een gedetailleerde studie van de geschiedenis van de eenvormige wet van mening dat daaruit blijkt dat het enkele aanbrengen van het merk in het Beneluxgebied, zonder dat de waren daadwerkelijk in de handel worden gebracht, ontegenzeggelijk als normaal gebruik van het merk kan worden aangemerkt.²¹

31. Van Innis verwijst in dit verband naar de zienswijze van M. Gotzen, volgens welke de tegengestelde stelling tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden in het kader van de bescherming zoals deze is bepaald in artikel 6quinquies van het Unieverdrag van Parijs, de bescherming die is verbonden aan het internationale merk in de zin van de Overeenkomst van Madrid, alsmede in het geval dat een geldige inschrijving in het land van oorsprong van een merk door een nationale reglementering zou zijn vereist.²²

32. Volgens L. Van Bunnan is de uitsluitende bevoegdheid om een merk aan te brengen absoluut; op grond daarvan moeten concurrerende derden zich ervan onthouden het desbetreffende merk op hun waren aan te brengen.²³

33. M. Delière-Sequaris schrijft: «L'article 13.A.1 met en place un système de protection qui ne laisse au tiers aucune porte de sortie: cet automatisme convient parfaitement à la protection de la fonction d'indication d'origine de la marque. L'atteinte à cette fonction par un emploi pour des produits identiques ou similaires lèse, en effet, à la fois les intérêts du titulaire de la marque, des consommateurs et de la société dans son ensemble: la somme de tous ces intérêts l'emporte largement sur l'inconvénient imposé au tiers qui se voit interdire de se servir pour ses propres produits du sig-

ne utilisé par le titulaire; elle justifie aussi que l'interdiction s'applique sans exception.»²⁴

Nederlandse literatuur

34. Het compleetste en recentste Nederlandse werk over merkenrecht is dat van Ch. Gielen en wijlen L. Wichers Hoeth, «Merkenrecht», uitg. 1992.

Volgens die auteurs is de heersende leer dat het enkele aanbrengen van het merk op de waar of zijn verpakking gebruik is in de zin van artikel 13.A.1 Wij menen – schrijven zij – dat het enkele aanbrengen van het merk op de waar behoort tot de uitsluitende rechten van de merkhouders. Het is immers de eerste handeling die een zich bedienen van het merk inhoudt.²⁵

Gielen en Wichers Hoeth steunen daarbij op de Europese Richtlijn betreffende het merkenrecht, alsmede op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daarin vinden zij natuurlijk geen uitlegging van de eenvormige Beneluxwet. Veeleer leiden zij daaruit af dat gebruik van het merk en aanbrengen van het merk onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn; aanbrengen zonder gebruik is niet mogelijk.

35. Levert het aanbrengen van het merk voor waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren gebruik in de zin van artikel 13.A.1 van de eenvormige wet op, wanneer dat gebruik in het Beneluxgebied niet waarneembaar is? Gielen en Wichers Hoeth beantwoorden die vraag bevestigend en steunen daarbij met name op het begrip gebruik zoals dat hierboven is omschreven en op de rechtsleer van de arresten van het Benelux-Gerechtshof in de zaken Hagens-Jacobs/Niemeyer²⁶ en Nijs/Ciba-Geigy (zaak-Tanderil).²⁷ Tevens verwijzen zij naar het hiervoren uiteengezette standpunt van Braun.²⁸

36. Volgens Gielen en Wichers Hoeth zijn vrijwel alle schrijvers het erover eens dat gebruik van exportmerken normaal gebruik van het merk in de zin van artikel 5.3 van de eenvormige wet kan opleveren.²⁹ Zij preciseren dat enkele schrijvers met name met betrekking tot de toepassing van artikel 5.3 een tegengestelde zienswijze tot uitdrukking brengen.

37. Gielen en Wichers Hoeth verklaren die zienswijze niet te kunnen onderschrijven en refereren daarbij met na-

²⁴ M. DELIÈGE-SEQUARIS, «La protection de la marque selon l'article 13 A de la loi Benelux», *Ing.-Cons.*, 1979, pp. 186 t/m 188.

²⁵ GIELEN EN WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nrs. 1016 en 1017, pp. 417 en 418.

²⁶ Zie 15 hiervoren.

²⁷ Zie 16 hiervoren.

²⁸ GIELEN EN WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nr. 1029 t/m 1031, pp. 422 en 423.

²⁹ GIELEN EN WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nr. 610, p. 247. Onderstaande werken worden geciteerd: E.A. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, «Industriële eigendom en mededingingsrecht», in T.J. DORHOUT MEES, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, 1989, II, nr. 1043, p. 441; A. KOMEN EN D.W.F. VERKADE, *Het nieuwe merkenrecht*, 1970, nr. 117, p. 100; L. WICHERS HOETH, «Annotatoren kijken terug», *N.J. 1913-1988*, pp. 187 en 188; W. MAK EN H. MOLIJN, *Merkenbescherming in Benelux*, 1980, p. 58; P.J.M. STEINHAUSER, «Verschillen tussen Nederlandse en Belgische rechtspraak inzake Beneluxmerken», *BMM*, 1985, nr. 38, pp. 44 en 45; BRAUN, GOTZEN EN VAN INNIS: reeds geciteerd. Daaraan kunnen worden toegevoegd: E.J. ARKENBOUT, *Handelsnamen en merken*, 1991, p. 154; *Geschriften van Helbach*, 1985, p. 12 e.v., m.n. p. 13, noot 3.

¹⁹ A. BRAUN, *t.a.p.*, nr. 515, p. 407.

²⁰ A. DE CALUWÉ, «Jurisprudence: Chroniques, Cour de Justice Benelux (1980 - 1er semestre 1982)», *Cahiers de droit européen*, 1983, nr. 19, pp. 49 t/m 51.

²¹ Th. VAN INNIS, «Obligation d'usage normal et usage de la marque», *Bulletin van de BMM*, 1979, nr. 2, p. 188.

²² M. GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux merkenrecht*, nr. 131, p. 153.

²³ L. VAN BUNNEN, *Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun*, nr. 448, p. 484.

me aan een ongepubliceerd vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 23 juni 1978, dat zij analyseren en waarvan zij de rechtsleer goedkeuren. Samengevat steunen zij op de geschiedenis van de eenvormige wet, de studie van het arrest Turmac / Reynolds,³⁰ de opvattingen van Braun en Van Innis, de consequenties van de tegengestelde stelling en ten slotte op de Europese Richtlijn.³¹

38. De voornaamste door de aanhangers van de tegengestelde stelling aangevoerde redenen³² zijn in een notitie van Goosen uiteengezet. Samengevat zijn die redenen de volgende:

- De tekst van artikel 5.3 waarin is bepaald dat het merk bij niet-verantwoord uitblijven van normaal gebruik in het Beneluxgebied vervalt.

- De uitlegging van artikel 5.3 door het Benelux-Gerechtshof in het arrest Turmac/Reynolds, namelijk dat in de regel vereist is dat het ter onderscheiding van de waar diene teken in het economisch verkeer is gebruikt buiten de onderneming, alsmede dat dit gebruik duidelijk betrekking heeft op een bepaalde verhandelde of ter levering aangeboden waar, welke door dit gebruik van die van anderen wordt onderscheiden.

- De identificatiefunctie van het merk. Die functie wordt niet vervuld door de uitvoer van waren onder zodanige omstandigheden dat het merk voor het publiek niet zichtbaar wordt c.q. kan worden.

- Het territorialiteitsbeginsel.

- Geen ratio voor de bescherming van een teken dat geen enkele rol in het economisch verkeer van de Beneluxlanden speelt.

- De van vóór de eenvormige wet daterende rechtspraak van de Hoge Raad.

- De rechtsvergelijking.

39. Ik zal in de volgende bespreking nader bij die diverse punten stilstaan. Het komt mij evenwel nuttig voor er alvast op te wijzen dat Goosen erkent dat een strikte toepassing van de door hem verdedigde stelling tot nadelige situaties zou kunnen leiden en uiteindelijk toegeeft dat artikel 5.3 de rechter voldoende ruimte biedt om de regels soepel toe te passen.

Rechtspraak

40. In de Nederlandse literatuur worden doorgaans drie aan de eenvormige wet voorafgaande arresten van de Hoge Raad geciteerd: Hoge Raad, 15 juni 1928, *N.J.*, 1928, nr. 1604; 4 januari 1963, *N.J.*, 1963, nr. 37; 30 december 1963, *N.J.*, 1965, nr. 286.

Alleen in het arrest van 4 januari 1963 wordt duidelijk een standpunt ingenomen over de aan het Hof voorgelegde vraag, waarbij is gesteld dat hij die uitsluitend met het oog op uitvoer van een merk gebruik maakt zonder daarbij in de openbaarheid te treden, geen gebruik ervan maakt ter onderscheiding in het eigen land van waren.

Ik kan niet alle beslissingen van de feitenrechters in Nederland aanhalen. De meest relevante zijn vermeld in het werk van Gielen en Wichers Hoeth op de hierboven aangegeven bladzijden.

De Nederlandse rechtspraak, zowel van de Hoge Raad als van de feitenrechters, is verre van unaniem. Als het op 29 maart 1993 door het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch gewezen arrest waarbij een vonnis van 12 mei 1992 van de President van de Arrondissementsrechtbank van dezelfde stad wordt vernietigd – welk arrest door de raadsman van Wolf Oil Corporation is ingediend – erop wordt nagelezen, mag men zich afvragen of in de jurisprudentie van dat land niet de door de Europese Richtlijn uitgestippelde weg wordt ingeslagen. In dat arrest wordt overwogen dat noch in de tekst van artikel 13.A.1, noch in de jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof een aanwijzing is te vinden dat aan het gebruik van het merk de eis moet worden gesteld dat het merk in de Benelux in de openbaarheid treedt of waarneembaar is (*N.J.*, 1993, nr. 648).

Het valt te betreuren dat het Hof te 's-Hertogenbosch het niet nuttig heeft geacht de daarbij aanhangig gemaakte vraag van uitleg aan uw Hof voor te leggen.

41. De gepubliceerde Belgische rechtspraak is zeldzaam. De door de meeste auteurs geciteerde jurisprudentie komt overeen met de zienswijze van Braun.³³

Rechtsvergelijking

42. In de wetgeving inzake fabrieks-, handels- en dienstmerken van de voornaamste landen van de Europese Gemeenschap wordt aan de merkhouder een uitsluitend recht op zijn merk toegekend. In de navolgende uiteenzetting wordt kort ingegaan op de buitenlandse wetsbepalingen met betrekking tot de inhoud van het uitsluitend recht en eventueel op de toelichting op die bepalingen.³⁴

43. In de Duitse wet van 2 januari 1968 inzake fabrieksmerken is in artikel 15 bepaald dat de inschrijving van een fabrieksmerk tot gevolg heeft dat aan de houder ervan het uitsluitende recht wordt toegekend het fabrieksmerk aan te brengen, de gemerkte goederen in het verkeer te brengen, het merk in advertenties... en andere geschriften op te nemen. Dat recht is als een recht van intellectuele eigendom opgevat. Het is een absoluut recht.

Artikel 24 van genoemde wet omvat onder de namaakhandelingen het onrechtmatig aanbrengen van het merk en het in het verkeer brengen van onrechtmatig gemerkte goederen. Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang dat de waar al dan niet voor export is bestemd, mits de handeling van aanbrengen van het merk of afzet van de waar op het Duitse grondgebied plaatsvindt.³⁵

44. In artikel L. 713-1 van de «Code français de la propriété intellectuelle» is bepaald dat door de inschrijving van het merk aan de houder ervan een eigendomsrecht op dat merk voor de door hem aangeduide waren en diensten wordt toegekend. Artikel L. 713-2 verbiedt met name de weergave, het gebruik en het aanbrengen van het merk. Artikel L. 714-5

³⁰ Zie 20 hiervoren.

³¹ GIELEN EN WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nrs. 612 t/m 624, pp. 248 t/m 252.

³² W.F.P. GOOSEN, «Het onzichtbare merk», *BMM*, nr. 34, maart 1984; Th. R. BREMER, «Gebruik van merken in de Benelux», *BMM*, nr. 2, augustus 1979; W. VAN DIJK, *Merkenrecht in de Beneluxlanden*, p. 61; W.H. DRUCKER EN G.H.C. BODENHAUSEN'S, *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, p. 118; A. KOMEN EN D.W.F. VERKADE, *Het nieuwe merkenrecht*, p. 101.

³³ Kh. Brussel, kort geding, 11 februari 1985, *Ing.-Cons.*, 1985, 100; Kh. Turnhout, 19 juni 1980, *Ing.-Cons.*, 1981, 129.

³⁴ Deze uiteenzetting is ontleend aan «Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du marché commun, tome IX, Marques et Brevets», Editions Jupiter, Parijs.

³⁵ Hierboven aangehaalde «Recueils», Allemagne, alsmede de studie van dr. A. KRAFT, nr. 16.11.

dat in het verlies van het recht op het merk bij het uitblijven van normaal gebruik voorziet, stelt met een zodanig gebruik gelijk het aanbrengen van het merk op waren of hun verpakking uitsluitend met het oog op export.³⁶

45. In artikel 1 van de Italiaanse wet is bepaald dat de octrooirechten voor een bedrijfsmerk bestaan in de uitsluitende bevoegdheid het merk te gebruiken ter onderscheiding van de waren of goederen die op het grondgebied van de staat worden vervaardigd of in de handel worden gebracht dan wel aldaar voor commerciële doeleinden worden geïntroduceerd. Die uitsluitende bevoegdheid houdt tevens het gebruik van het merk voor reclamadoeleinden in.

In de Italiaanse wet lijkt het accent te liggen op het gevaar voor verwarring bij het publiek en schijnt daarin de ratio te worden gevonden van de bescherming die de merkhouder geniet.

In artikel 11 van de Italiaanse wet worden het zodanige gebruik van het merk dat verwarring met andere merken ontstaat, de misleiding van het publiek bij zijn keuze of de inbreuk op de uitsluitende rechten zoals die welke voortvloeien uit een octrooi of voor een model van nijverheid, als inbreukmakend aangemerkt.³⁷

46. Op grond van de wet van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van 13 april 1938 op de merken³⁸ wordt aan de houder van een merk voor waren het uitsluitende recht toegekend zich van het merk voor die waren te bedienen en is inbreuk bestaande in het gebruik van het merk door een ander dan de merkhouder of de gemachtigde gebruiker, verboden (artikel 4).

In het hoofdstuk van genoemde wet dat aan gebruik en niet-gebruik is gewijd, is bepaald dat het aanbrengen van een merk op voor export bestemde waren wordt geacht gebruik van het merk voor die waren op te leveren (artikel 31).³⁹

47. De Spaanse wet van 10 november 1988 op de merken kent de merkhouder het uitsluitende recht toe in het economisch verkeer gebruik ervan te maken (artikel 30). Luidens artikel 31 van genoemde wet is het verboden het teken op de waren aan te brengen, de waren aan te bieden, deze in de handel te brengen of daartoe in voorraad te hebben, de waren in te voeren, deze uit te voeren, enz.

De in de Spaanse wet opgezette bescherming is bijzonder ruim. Tevens is daarin voorzien dat het gebruik van het merk in Spanje in verband met waren of diensten die uitsluitend voor uitvoer zijn bestemd, als gebruik van het merk wordt aangemerkt (artikelen 4 en 53).

³⁶ Wet 92-597 van 1 juli 1992 tot wijziging van met name de bestuursrechtelijke bepalingen van wet nr. 91-7 van 4 januari 1991 betreffende de fabrieks-, handels- of dienstmerken.

³⁷ Koninklijk decreet van 21 juni 1942 houdende de wetsbepalingen betreffende de octrooien voor bedrijfsmerken, laatstelijk gewijzigd bij wet nr. 689 van 24 november 1981.

³⁸ Trade Marks Act 1938.

³⁹ Section 31: Use of trade mark for export trade.

The application in the United Kingdom of a trade mark to goods to be exported from the United Kingdom, and any other act done in the United Kingdom in relation to goods to be sold or otherwise traded in within the United Kingdom, would constitute use of a trade mark therein, shall be deemed to constitute use of the trade mark in relation to those goods for any purpose of which such use is material under this Act or at common law.

48. Uit deze vergelijkende studie blijkt dat in de meeste EG-lidstaten het aanbrengen van het merk door een derde die niet de merkhouder is, op beschermde waren op zich een verboden gebruikshandeling is en dat het aanbrengen van het merk, zelfs louter met het oog op export, met een gebruikshandeling wordt gelijkgesteld.

De Europese Richtlijn

49. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat in de eerste richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten in artikel 5 onder de aan het merk verbonden rechten het recht is opgenomen het gebruik van een teken in het economisch verkeer te verbieden, wanneer dat gelijk is aan het merk en gebruikt wordt voor dezelfde waren als die waarvoor het merk ingeschreven is, met name het aanbrengen van het teken op de waren of op hun verpakking (artikel 5.3.a) en het invoeren of uitvoeren van waren onder het teken (artikel 5.3.c).

In artikel 10 van de richtlijn is bovendien bepaald dat als normaal gebruik van het merk door de merkhouder, waardoor het aan het merk verbonden recht gehandhaafd blijft, wordt beschouwd het aanbrengen van het merk op waren of de verpakking ervan in de lidstaat, uitsluitend met het oog op uitvoer.⁴⁰

50. Hoewel de voorbereidende stukken van de richtlijn slechts weinig toelichtingen op evengemelde bepalingen (artikelen 5 en 10) bevatten, mag ervan worden uitgegaan dat de Raad van de Europese Gemeenschappen met het oog op de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten de inhoud van het aan de merkhouder toegekende uitsluitend recht heeft willen omschrijven, de omvang van de door het merk verleende bescherming nader heeft willen bepalen en de handhaving van dat recht aan dezelfde voorwaarden heeft willen onderwerpen, een en ander met inachtneming van de in het merendeel van genoemde lidstaten vigerende regels en de toepassing die daarvan wordt gemaakt.⁴¹

Een van de in de preambule van de richtlijn opgenomen rechtvaardigingsgronden is in dit verband – en dit lijkt mij belangrijk – dat «de door het ingeschreven merk verleende bescherming, waarvan de functie met name is het merk als aanduiding van herkomst te waarborgen, absoluut is wanneer het merk gelijk is aan het teken en de waren of diensten dezelfde zijn».⁴²

51. De feiten dagtekenen van vóór het verstrijken van de termijn voor het in werking laten treden van de nodige nationale bepalingen om aan de richtlijn te voldoen.⁴³ Gelet op de aard van de door de N.V. Wolf Oil Corporation ingestelde vordering staan de in het gemeenschapsrecht toepasselijke algemene rechtsbeginselen, met name die van rechtszekerheid en verbod van terugwerkende kracht, voorts eraan in de weg dat rekening wordt gehouden met een richtlijn die niet in het nationale recht is omgezet.⁴⁴

⁴⁰ Pb. van 11 februari 1989, nr. L 40/1.

⁴¹ Pb. nr. C 351 van 31 december 1980 en 31 december 1985.

⁴² Pb. van 11 februari 1989, nr. L 40, p. 2.

⁴³ Beschikking van de Raad van 19 december 1991 tot verschuiving van de datum van tenuitvoerlegging van de richtlijn tot 31 december 1992.

⁴⁴ Conclusie van advocaat-generaal W. Van Gerven voor het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 13 november 1990, in de zaak C 106/89, *Jur. HvJ EG*, 1990, I, 4147.

Protocol houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet op de merken

52. Het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie heeft op 2 december 1992 een Protocol houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet op de merken opgesteld, waarbij genoemde wet aan de eerste richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen wordt aangepast. Dat Protocol voorziet in de vervanging van de artikelen 5 en 13, A, door teksten waarin de hiervoren geciteerde bepalingen van de artikelen 5 en 10 van de richtlijn zijn verwerkt.

53. Hoewel deze slechts indicatief is, kan de lering die uit de vergelijkende studie van de merkenwetgevingen en het onderzoek naar de bepalingen van de eerste Europese merkenrichtlijn en het protocol houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet op de merken kan worden getrokken, het Hof meer inzicht verschaffen in de betekenis en de ratio van het woord «gebruik» (in het Frans de woorden «emploi» en «usage») in de ter bescherming van warenmerken opgezette regelingen en in dat opzicht voor het Hof dienstig zijn bij zijn interpretatieve taak.

Bespreking

54. De bepaling waarvan uitlegging wordt gevraagd is artikel 13.A.1. Die bepaling blijkt welke de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen «elk gebruik», dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren, waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, is op het onderhavige geval van toepassing, nu het merk Champion door een derde is aangebracht op waren die soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven.

55. De tekst van artikel 13.A.1 is algemeen. Op grond daarvan is elk gebruik onder de daarin bepaalde voorwaarden verboden. Er is geen enkele andere voorwaarde gesteld. Er is geen onderscheid naar gelang van de bestemming van de waar gemaakt. Er is geen enkele verplichting inzake openbaarheid of waarneembaarheid in het Beneluxgebied opgelegd.

Een zodanige eis valt enkel af te leiden uit gegevens die aan een andere bron dan de tekst van die wetbepaling zijn ontleend. In dat verband lijkt mij geen enkel tekstargument uit de artikelen 13.A.2 en 5.3 van de eenvormige wet te kunnen worden gehaald. Wanneer in artikel 13.A.2 van «elk ander gebruik» sprake is, wordt daarmee de draagwijdte van artikel 13.A.1 niet beperkt. Het betreft daarbij andere gebruikswijzen dan die welke in artikel 13.A.1 zijn bedoeld.

In artikel 5.3 is het normale gebruik van het merk binnen het Beneluxgebied vermeld. «Gebruik» zowel in de zin van artikel 5.3 («usage» in het Frans) als in de zin van artikel 13.A («emploi» in het Frans) moet binnen het Beneluxgebied plaatsvinden. Dat spreekt vanzelf. Terwijl die eis niet met zoveel woorden in artikel 13 is weergegeven, is hij in artikel 5 wel tot uitdrukking gebracht om te voorkomen dat de merkhouder gebruik dat enkel in het buitenland plaatsvindt als normaal gebruik inroept. Zoals wij hebben gezien, geschiedt het aanbrengen van het merk op een waar of op de verpakking ervan, zelfs als dit enkel in de bedrijfsruimten van de merkhouder plaatsvindt, in het Beneluxgebied en wordt dit

door de meeste schrijvers als gebruik in de zin van artikel 5.3 aangemerkt.⁴⁵

56. Tot op heden heeft het Hof niet op uitputtende wijze uitspraak gedaan over de betekenis en de draagwijdte van de woorden «elk gebruik».

Om dat begrip te omschrijven dient – naar het mij voorkomt – te worden nagegaan wat het merk is, waar het voor staat, welke de functies ervan zijn, de aard en het doel van het recht dat daardoor wordt verkregen, alsmede de ratio en de omvang van de bescherming die het vereist.

57. Het geschil over het onrechtmatige gebruik van een individueel merk. Ik zal mijn onderzoek tot die merkencategorie beperken. Artikel 1, eerste lid, van de eenvormige wet omschrijft de individuele merken als benamingen, tekeningen,... en alle andere tekens, die dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden.

Die omschrijving bevat de wezenskenmerken van het merk, namelijk:

- een teken,
- dat samenhangt met een waar van een onderneming,
- dat dient om deze waar van andere waren te onderscheiden.

Ten aanzien van het verband van het merk met de waren heeft uw Hof in het arrest van 9 juli 1984, het zgn. arrest-Tanderil, verklaard dat de woorden «gebruik voor de waren» in artikel 13.A.1 zien op het zich van een merk of teken bedienen met betrekking tot de eigen waren (zie 16 hierboven). Dit is in casu het geval.

Het derde kenmerk van het merk is dan op zijn beurt gelieerd aan de wezenlijke functie ervan, de identificatiefunctie.

58. De identificatiefunctie is de primaire functie van het merk. Dat zal niemand ontkennen. Alle verdere functies die het merk in het economisch verkeer zal vervullen, zijn van die grondfunctie afgeleid. Die verdere functies zijn de herkomst- of oorsprongsfunctie, de kwaliteitsfunctie en de wervende functie.⁴⁶

Om het met advocaat-generaal Berger te zeggen: het merk is steeds zelfstandiger geworden. Onder het citeren van Van Nieuwenhoven Helbach schrijft hij: de anonimiteit van de producent heeft echter wel tot gevolg dat het merk nog andere functies gaat vervullen, dan onderscheidingstekens voor de van hem afkomstige waren. Het wordt dan tevens naam voor zijn waar, symbool en garantie voor de door hem aan de

⁴⁵ A. BRAUN, *t.a.p.*, nr. 515, p. 407; GIELEN en WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nrs. 613 en 1031, pp. 249 en 423.

⁴⁶ Met betrekking tot de functies van het merk zie met name A. BRAUN, *t.a.p.*, nrs. 13 t/m 24, pp. 10 t/m 17; M. DELIÈGE-SEQUIARIS, *t.a.p.*, p. 182 e.v.; P. DEMARET, «Circulation des produits et loi uniforme Benelux sur les marques», *R.T.D.E.*, 1972, pp. 528 en 529; Ch. GIELEN en L. WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nrs. 1 t/m 46, pp. 3 t/m 20; de conclusies van de in noot 15 aangehaalde advocaten-generaal; BenGH, 9 februari 1977, zaak A 76/1, Centrafarm / Beecham, *Jur.*, deel 1, p. 33; HvJ EG, zaak 102/77, 23 mei 1978, *Jur.*, 1978, 1165; Cass., 7 maart 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 435; Commissie van de Europese Gemeenschappen, «Nota over de creatie van een EEG-merk», *EG-Bull.*, supplement 8/76, p. 22, nr. 68; Eerste richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1988, preambule en artikel 2.

waar gegeven hoedanigheden en drager van de daarvoor verworven reputatie en goodwill.⁴⁷

In weerwil van die verzelfstandiging is het per slot van rekening aan de merkhouder, producent of handelaar, dat het merk «toebehoort» en enkel aan hem dat de daaraan verbonden rechten zijn toegekend.

59. Als de identificatiefunctie en de daarvan afgeleide functies als wezenlijke kenmerken van het merk worden beschouwd, is dat dan niet omdat met die functies de verschillende belangen overeenstemmen, die met de verkrijging van het merk en de bescherming ervan samenhangen?

Die belangen zijn:

- die van de merkhouder, met name het behoud van een monopolie waardoor de herkomst en de kwaliteit van de waar worden gewaarborgd en de waar tegen concurrentie wordt beschermd;

- die van de consument om met name over een degelijk keuzemiddel te beschikken en bij die keuze te worden beschermd;

- ten slotte die van de maatschappij die de vruchten van de uit de werking van een gezonde concurrentie voortvloeiende economische en technische vooruitgang plukt.⁴⁸

Functies en belangen vormen een onlosmakelijk geheel.

60. Het merk moet de hem toebedeelde functies kunnen vervullen. Die functies vormen de ratio van en de maat voor de door de wet opgezette bescherming. Inbreuk op het merk, m.a.w. de handeling waardoor het merk wordt verhinderd zijn functies te vervullen, schaadt alle belangen die door het merk worden beschermd en voor de handhaving en bescherming waarvan het bestaat. Inbreuk op het merk is – gelet op de onderlinge samenhang – een aanslag op alle betrokken belangen.

De identificatiefunctie in de ruime zin, die alle onderwerpelijke belangen afdekt, zal slechts echt en afdoende zijn beschermd indien de merkhouder het recht heeft zich tegen elk onrechtmatig gebruik van het merk voor dezelfde of soortgelijke waren te verzetten. In dit verband brengt de door sommigen geëiste voorwaarde van openbaarheid of waarneembaarheid met zich dat de belangen van de consument zwaarder zullen gaan wegen dan het algemeen belang en de belangen van de merkhouder. De identificatiefunctie, de oorsprongs- en herkomstaanduidende functie, de reclamefunctie zijn niet meer vervuld zodra een derde het merk van de merkhouder aanbrengt op waren die dezelfde zijn als of soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven. De belangen zijn dus niet meer allemaal beschermd.

61. Artikel 13 van de eenvormige wet verleent de merkhouder een uitsluitend recht op het merk. Het aldus aan de inschrijving c.q. het depot van het merk verbonden gevolg is in alle wetgevingen terug te vinden. Dat uitsluitend recht betreft de waren waarvoor het merk is ingeschreven, de door de «eigenaar» van het merk geproduceerde of verhandelde waren. Op grond daarvan kan de eigenaar zich tegen elke inbreuk op het merk voor bedoelde waren verzetten.

Het uitsluitend recht op het merk is absoluut van aard in artikel 13.A.1, dat met de woorden «elk gebruik» betrekking heeft op elke directe inbreuk van het merk voor de waren waarvoor het is ingeschreven. Het verzetsrecht van artikel 13.A.2 heeft niet datzelfde absolute karakter en de uitoefening ervan is aan verschillende voorwaarden onderworpen. Artikel 13.A.1 legt daarentegen geen andere voorwaarden op dan het gebruik van het merk voor de waren van de merkhouder of voor soortgelijke waren, legt met name niet de vaststelling van schade of mogelijke schade op, nu wordt vermoed dat een zodanige voorwaarde noodzakelijkerwijs uit elke directe merkinbreuk voortvloeit.⁴⁹

62. Het uitsluitend recht slaat op het merk. De strekking ervan is de merkhouder in staat te stellen zich tegen elk gebruik van het merk door een ander te verzetten. De ratio ervan is de bescherming van de belangen waarvan de vrijwaring door het merk wordt beoogd.

Wanneer in de eenvormige wet is bepaald dat de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen elk gebruik of elk ander gebruik (artikel 13, A), dan wordt daarmee iedere daad, iedere handeling bedoeld, die de belangen schaadt c.q. kan schaden, waarvan de bescherming door dat recht wordt beoogd. In het in artikel 13.A.1 bedoelde geval wordt vóór alles het belang van de «eigenaar» van het merk rechtstreeks beschermd. Dat geldt tevens voor het belang van de consument en het algemeen belang, doch enkel voor zover zulks door de identificatiefunctie van het merk in de ruime zin is vereist.

63. Vindt de vereiste van openbaarheid of waarneembaarheid een rechtvaardiging in het territorialiteitsbeginsel, zoals sommigen beweren? Volgens mij niet! Het beginsel van de territorialiteit van het recht bepaalt de territoriale omvang van het recht en de grenzen ervan. Het lijkt mij niet te kunnen worden ingeroepen om de uitoefening van het merkrecht in het grondgebied waar het is beschermd, te beperken.⁵⁰

64. De bewering dat de merkhouder geen gebruik van het merk in de zin van artikel 5.3 maakt bij het aanbrengen daarvan op uitsluitend voor export bestemde waren komt mij om de hierboven uiteengezette redenen niet houdbaar voor. Als de merkhouder bij een dergelijk optreden moet worden aangemerkt als iemand die van het merk gebruik maakt, kan de situatie niet anders zijn voor de derde die andermans merk op zijn eigen waren met het oog op export ervan aanbrengt.

Wordt bij het stellen van openbaarheid of waarneembaarheid als voorwaarde voor gebruik van het merk door een derde, heimelijk gebruik niet in de hand gewerkt? Nabootsing of namaak zal immers enkel aan alle civiel- en strafrechtelijke sancties ontsnappen, voor zover een en ander in de clandestiene sfeer zijn beslag zal kunnen krijgen. Dat de auteurs van de eenvormige wet tot een dergelijk resultaat hebben willen komen, is ondenkbaar.

Laatste overweging. Zou redelijkerwijze kunnen worden aangenomen dat een merk met een zekere reputatie of bekendheid ongestraft op dezelfde of soortgelijke waren wordt aangebracht, die dan vanuit het land waar het merk is beschermd, zullen worden uitgevoerd naar landen waar dat

⁴⁷ Conclusie voor het arrest Colgate-Palmolive / Bols van 1 maart 1975, zaak A 74/1, *Jurisprudentie*, deel 1, p. 17.

⁴⁸ A. BRAUN, *t.a.p.*, nrs. 13 t/m 17, pp. 10 t/m 14; GIELEN EN WICHERS HOETH, *t.a.p.*, nrs. 47 t/m 54, pp. 20 t/m 23; M. DELIÈGE-SEQUARIS, *t.a.p.*, pp. 185 en 186.

⁴⁹ VAN NIEUWENHOVEN HELBACH, geciteerd door M. DELIÈGE-SEQUARIS, *t.a.p.*, p. 188, noot 12.

⁵⁰ A. BRAUN, *t.a.p.*, nrs. 298 en 312 t/m 315, pp. 234 en 247 t/m 250.

niet het geval is. Vormt zulk een handeling geen rechtstreekse aantasting van de identificatie-, oorsprongs- en herkomstfunctie? Als wordt overwogen dat het daarbij niet om gebruik van het merk gaat, wordt dan de deur niet opengezet voor alle vormen van misbruik en bedrog?

65. Het vorenoverwogene ligt in de lijn van de hoofd-ideeën die – zoals ik heb uiteengezet – uit 's Hofs rechtspraak en de aan de arresten voorafgaande conclusies kunnen worden gedistilleerd en die het bij zijn interpretatieve taak hebben geleid (zie 21 hierboven).

Het komt mij voor dat de zin en de strekking van de woorden «elk gebruik» van artikel 13.A.1 daaruit duidelijk kunnen worden afgeleid.

De tekst is algemeen en staat geen onderscheid toe.

Het uitsluitend recht van artikel 13.A.1 is absoluut van aard.

De bescherming, doel van het aan de merkhouder toegekende uitsluitend recht, lijkt totaal te moeten zijn.

De onderscheidingsfunctie van het merk, de daarvan afgeleide functies en de ratio van het uitsluitend recht, namelijk de bescherming van de belangen waarvan de vrijwaring door het merk wordt beoogd, impliceren een ruime bescherming tegen elke nabootsing of merkinbreuk, zonder andere beperkingen dan die welke uit de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake vrij goederenverkeer voortvloeit.

De inhoud van de eenvormige wet, de geschiedenis van die wet en 's Hofs rechtspraak sanctioneren een ruime bescherming van het merk.

In de meest gezaghebbende literatuur wordt de interpretatie verdedigd dat gebruik niet noodzakelijkerwijs openbaarheid of waarneembaarheid van de waar vereist. De tegengestelde stelling kan de toets van een diepgaand onderzoek niet doorstaan.

Op grond van rechtsvergelijking en de eerste Europese richtlijn, die weliswaar niet tot uitlegging van de eenvormige wet kunnen leiden, kan evenwel de inhoud van het begrip gebruik in de beschermingsstelsels ten behoeve van merken worden bepaald.

Besluit

66. De aan het Hof gestelde vraag dient derhalve als volgt te worden beantwoord:

Het binnen het Beneluxgebied door een deelnemer aan het economisch verkeer aanbrengen van een merk waarvan hij de houder niet is op waren waarvoor het merk is ingeschreven of op soortgelijke waren levert gebruik van genoemd merk op in de zin van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken, zelfs als de aldus gemerkte waren uitsluitend voor export zijn bestemd en buiten de onderneming van deze deelnemer niet zichtbaar zijn.

Arrest

1. Gelet op de op 3 december 1992 door de ondervoorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, uitspraak doende in kort geding, uitgesproken beschikking in de zaak 479/92 van de naamloze vennootschap Wolf Oil Corporation, verder te noemen Wolf Oil, eiseres, tegen de naamloze vennootschap Century Oils Industries, verder te noemen Century Oils, verweerster, bij welke beschikking onverenigbaar artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, hierna te noemen

men het Verdrag, aan dit Hof een vraag van uitleg van de eenvormige Beneluxwet op de merken (BMW) wordt gesteld; *Ten aanzien van de feiten*

2. Overwegende dat de feiten waarvan moet worden uitgegaan, blijkens de processtukken kunnen worden samengevat als volgt:

Wolf Oil is in het Beneluxgebied houdster van het merk Champion voor industriële oliën en vetten die door haar worden geproduceerd en in de handel gebracht.

Century Oils met maatschappelijke zetel in België brengt het merk Champion in haar werkplaatsen aan op de verpakkingen van haar eigen produkten (industriële oliën en vetten) die soortgelijk zijn aan die van Wolf Oil en uitsluitend voor de export zijn bestemd.

Wolf Oil heeft daarin aanleiding gevonden om in kort geding, op de voet van artikel 13, onder A.1, BMW, te vorderen dat Century Oils elk gebruik van het merk Champion zal worden verboden. Century Oils heeft tegen deze vordering aangevoerd dat zij het merk op vorenbedoelde produkten aanbrengt op verzoek van haar Libanese afneemster, die in Libanon voor de desbetreffende waren tot dat merk is gerechtigd, dat dit aanbrengen geschiedt in haar bedrijfsruimten en dat de produkten daarna worden geplaatst in blinde containers, zonder markeringen, om daarin te worden vervoerd naar de Antwerpse haven en vandaar te worden verscheept naar bedoelde afneemster. Volgens Century Oils blijkt daaruit dat zij van het merk Champion geen gebruik in de zin van voormelde bepaling maakt binnen het Beneluxgebied.

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat de Ondervoorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, zetelend in kort geding, bij evengenoemde beschikking van 3 december 1992 de volgende vraag heeft gesteld:

«Moeten de woorden 'elk gebruik' voorzien in art. 13.A.1 van de eenvormige Beneluxmerkenwet zo begrepen worden dat zij niet zouden toelaten dat een beschermd merk wordt aangebracht door een deelnemer aan het economisch verkeer, die er geen titularis van is, op produkten uitsluitend bestemd voor de export buiten de Benelux, waarbij deze aldus geëtiketteerde produkten niet zichtbaar zouden zijn buiten de onderneming van deze deelnemer, op het Benelux-grondgebied?»;

...

Ten aanzien van het recht

8. Overwegende dat in artikel 13, onder A, BMW onder meer het volgende is bepaald: «Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen:

1. elk gebruik, dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren, waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren;

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

9. Overwegende dat in de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat voornoemd artikel 13, onder A.1, in algemene bewoordingen is gesteld, welke zonder voorbehoud zien

op elk gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, niet vereisen dat het gebruik waarneembaar is en geen onderscheid maken naar gelang de waren al dan niet voor export zijn bestemd;

10. Overwegende dat in de Gemeenschappelijke Toelichting op de eenvormige wet ten aanzien van artikel 13 het volgende is gepreciseerd: «Krachtens deze bepaling heeft het uitsluitend recht van een merkhouders een grotere draagwijdte dan volgens de bestaande nationale wetten het geval is. De bepalingen onder A, onder 1, bekrachtigen de bescherming die de huidige wetgeving aan een merkhouders verleent. Bovendien kan een merkhouders zich volgens het onder A, onder 2, bepaalde, verzetten tegen ieder ander gebruik, dat hem schade toebrengt onder voorwaarde evenwel, dat dit gebruik plaats heeft in het economische verkeer en zonder geldige reden»;

11. Overwegende dat het Hof, dat zich daarbij op die Toelichting baseerde, in verschillende arresten met betrekking tot voormeld artikel 13 het begrip «gebruik» ruim heeft geïnterpreteerd;

12. dat immers uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de BMW ertoe strekt de merkhouders een zo ruim mogelijke bescherming te bieden tegen iedere inbreuk en dat daarbij geen andere eisen of voorwaarden kunnen worden gesteld dan die welke voortvloeien uit de tekst, de strekking of het systeem van de BMW;

13. Overwegende dat het nog opmerking verdient dat in het eerste lid van artikel 5 van de Eerste Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten onder de aan het merk verbonden rechten het recht is opgenomen het gebruik van een teken in het economisch verkeer te verbieden, wanneer dat gelijk is aan het merk en gebruikt wordt voor dezelfde waren als die waarvoor het merk ingeschreven is, terwijl in het derde lid van artikel 5 wordt gepreciseerd dat krachtens het eerste lid met name kan worden verboden het aanbrengen van het teken op de waren of op hun verpakking (artikel 5.3.a) en het invoeren of uitvoeren van waren onder het teken (artikel 5.3.c);

14. dat in artikel 10 van genoemde richtlijn bovendien is bepaald dat als normaal gebruik van het merk door de merkhouders, waardoor het aan het merk verbonden recht gehandhaafd blijft, wordt beschouwd het aanbrengen van het merk op waren of de verpakking ervan in de lidstaat, uitsluitend met het oog op uitvoer;

15. Overwegende dat ten slotte dient te worden onderstreept dat het op 2 december 1992 door het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie opgestelde Protocol houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet op de merken, waarbij genoemde wet aan vorenvermelde Eerste Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen wordt aangepast, voorziet in de vervanging van de artikelen 5 en 13 onder A door teksten waarin de bovenstaande bepalingen van de artikelen 5 en 10 van de richtlijn zijn verwerkt;

16. Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat voor de toepassing van artikel 13, onder A.1, BMW, dat anderen dan de merkhouders elk gebruik van het merk voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren verbiedt, niet ter zake doet of het merk enkel wordt gebruikt door het aan te brengen op waren die uitsluitend zijn bestemd voor export buiten het Beneluxgebied, noch of

binnen het Beneluxgebied deze van het merk voorziene waren buiten de onderneming van degene die het aanbracht, niet door het publiek kunnen worden waargenomen;

17. Overwegende dat daaruit volgt dat de aan het Hof gestelde vraag bevestigend dient te worden beantwoord;

...

Verklaart voor recht:

22. Het binnen het Beneluxgebied door een ander dan de merkhouders aanbrengen van een merk op waren waarvoor dit merk is ingeschreven of op soortgelijke waren, levert gebruik op van dit merk in de zin van artikel 13, onder A.1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken, zelfs als de aldus gemerkte waren uitsluitend zijn bestemd voor export buiten het Beneluxgebied en de van het merk voorziene waren buiten de onderneming van degene die het op de waren aanbracht, binnen het Beneluxgebied niet door het publiek kunnen worden waargenomen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Rappe

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Simont

Burgerlijke rechtspleging – Nieuwe wet – Werking in de tijd – Art. 751 Ger.W.

Art. 751 Ger.W., als gewijzigd bij de op 1 januari 1993 in werking getreden wet van 3 augustus 1992, wordt geschonden door de rechter die, in een vóór 1 januari 1993 ingeleide procedure, na die datum maar vóór het verstrijken van de in de nieuwe tekst gestelde termijnen een vonnis uitspreekt dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen ten aanzien van de niet verschenen partij.

D. en C. t/ Gemeente Doische

Gelet op het arrest van het Hof van 28 juni 1990;

Gelet op het bestreden vonnis, op 16 februari 1993 in hoger beroep op verwijzing gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 1, 2, 3, 751, 1042, 1067 en 1110 van het Gerechtelijk Wetboek, waarbij de schending zowel van de oorspronkelijke tekst van artikel 751 als van de tekst, als gewijzigd bij artikel 24 van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, wordt aangevoerd; schending van bovengenoemd artikel 24 en artikel 61 van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis voor recht zegt dat de pacht-overeenkomsten betreffende de jachtgronden te M. en R. in het nadeel van de eisers ontbonden zijn op 31 december 1987; dat zij jegens verweerster tot verschillende bedragen worden veroordeeld bij een beslissing die met toepassing van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen, op grond dat de eisers die bij exploitatie van 30 december 1992 waren gedagvaard, geen conclusie

sie hadden genomen en ook niet verschenen waren op de terechtzitting van 19 januari 1993,

terwijl, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, de wetten op de rechtspleging onmiddellijk van toepassing zijn op de hangende rechtsgedingen (artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek); de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in werking is getreden op 1 januari 1993, dat is de eerste dag volgend op de vierde maand na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad op 31 augustus 1992 (artikel 61 van de wet van 3 augustus 1992); luidens artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd bij artikel 24 van de wet van 3 augustus 1992, de verwittigde partij over een termijn van twee maanden vanaf de kennisgeving of de betekening van de verwittiging beschikt om haar conclusies ter griffie neer te leggen (nieuw artikel 751, § 1, vierde lid), de terechtzitting waarop het op tegenspraak geachte vonnis kan worden gevorderd wordt vastgesteld ten vroegste een maand en uiterlijk twee maanden na het verstrijken van de termijn van twee maanden die is voorgeschreven voor de neerlegging van de conclusies (nieuw artikel 751, § 2, eerste lid) en, zo de in dit artikel voorgeschreven formaliteiten of de toepassingsvoorwaarden ervan niet vervuld zijn, de rechter die wetbepaling niet wettig kan toepassen (nieuw artikel 751, § 4); het bestreden vonnis bijgevolg, nu het aldus ten aanzien van de eisers uitspraak doet bij een beslissing die geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen op grond dat zij geen conclusie hadden genomen en niet verschenen waren op de terechtzitting van 19 januari 1993 waartegen zij waren gedagvaard bij exploit van 30 december 1992,

1) artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd bij artikel 24 van de wet van 3 augustus 1992 schendt, alsook de artikelen 1, 2, 3, 1042, 1067 en 1110 van dat wetboek die dat artikel van toepassing verklaren op de rechtspleging op verwijzing na vernietiging van een in hoger beroep gewezen beslissing (schending van de in het middel vermelde bepalingen, met uitzondering van het vroegere artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek);

2) althans artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 61 van de wet van 3 augustus 1992 schendt, door in casu toepassing te maken van het vroegere artikel 751 van het Gerechtelijk wetboek, ofschoon, op het ogenblik waarop uitspraak moest worden gedaan, artikel 751 moest worden toegepast zoals het gewijzigd was bij artikel 24 van de wet van 3 augustus 1992 (schending van de in het middel vermelde wetbepalingen, inzonderheid de artikelen 3 van het Gerechtelijk Wetboek, 24 en 61 van de wet van 3 augustus 1992);

Overwegende dat het te dezen toepasselijke artikel 751, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd bij artikel 24 van de wet van 3 augustus 1992, bepaalt dat de terechtzitting waarop een vonnis op tegenspraak kan worden gevorderd wordt bepaald op zijn vroegst één maand na het verstrijken van de in § 1, vierde lid, bepaalde termijn;

Dat luidens § 1, vierde lid, de verwittigde partij over een termijn van twee maanden vanaf de kennisgeving of de betekening van de verwittiging beschikt om haar conclusies ter griffie neer te leggen;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt «dat de verwittiging die is geschied op grond van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, is betekend op 30 december 1992, ten

verzoeken van (verweerster) en tegen de (eisers) die niet verschenen zijn op de terechtzitting van 19 januari 1993»;

Dat de rechtbank van eerste aanleg, door op 16 februari 1993 een vonnis uit te spreken, dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen, bovengenoemd artikel 751 heeft geschonden;

...

NOOT—*De toepassing in de tijd van het nieuwe artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek*

1. Dit is de eerste maal dat het Hof van Cassatie uitspraak doet over de toepassing van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en meer bepaald over het overgangsrecht.

2.A. *Bespreking van het cassatiearrest van 23 december 1993.* In het geannoteerde arrest ging het om de gevolgen in de tijd van het nieuwe artikel 751 Ger.W. Twee dagen vóór de inwerkingtreding ervan, op 30 december 1992, had de ene partij de andere partijen bij gerechtsdeurwaardersexploot laten oproepen voor de rechtsdag, bepaald met toepassing van het oude art. 751 Ger.W. Op die zitting, die vastgesteld was op 19 februari 1993, waren de opgeroepen partijen niet verschenen. Voordien hadden zij evenmin een conclusie neergelegd. De rechtbank van eerste aanleg wees een beslissing die geacht werd op tegenspraak te zijn door toepassing te maken van art. 751 (oud) Ger.W.

3. In cassatie voeren de eisers als middel aan dat de wet van 3 augustus 1992 onmiddellijk toegepast moest worden krachtens art. 3 Ger.W. en dat de voorwaarden en de formaliteiten van het nieuw artikel 751 nageleefd moesten worden. In casu werd de termijn van twee maanden vanaf de kennisgeving om te concluderen en de termijn van één à twee maanden die tussen het einde van de termijn om conclusie te nemen en de zitting waarop om een vonnis als op tegenspraak kan worden verzocht, niet nageleefd.

4. Het Hof van Cassatie volgt volledig de stelling van de eisers. Het Hof beslist dat de rechtbank, door een vonnis met toepassing van art. 751 te wijzen, art. 751 als gewijzigd bij art. 24 van de wet van 3 augustus 1992 geschonden heeft. Het Hof geeft echter geen nadere motivering van deze beslissing.

5.B. *Het overgangsrecht.* De wet van 3 augustus 1992 voorzagt niet in overgangsbepalingen. Art. 61 van de wet bepaalt slechts dat de wet in werking treedt de eerste dag volgend op de vierde maand na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. De wet werd op 31 augustus 1992 bekendgemaakt, zodat zij op 1 januari 1993 in werking trad.

Bij afwezigheid van specifieke overgangsbepalingen, moet men een beroep doen op de beginselen die in art. 3 Ger.W. worden gehuldigd en op de algemene beginselen die het Hof van Cassatie o.m. naar aanleiding van de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek in herinnering gebracht heeft.

Art. 3 Ger.W. stelt als principe de onmiddellijke toepassing van wetten betreffende de rechterlijke organisatie, bevoegdheid en rechtspleging op de hangende gedingen. Hierop wordt één uitzondering gemaakt: de onmiddellijke toepassing van een nieuwe bevoegdheidswet kan het geding niet onttrekken aan de «instantie van het gerecht» waarvoor het op geldige wijze aanhangig is.

Bij de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek heeft het Hof van Cassatie nog twee algemene beginselen ge-

formuleerd om de gevolgen van nieuwe wetten in de tijd te beoordelen.

Een eerste algemeen beginsel houdt in dat de nieuwe wet noch de geldigheid treft van handelingen die geldig waren verricht op grond van de vroegere wet, noch de nietigheid of het verval treft van handelingen die volgens de oude wet nietig of laattijdig waren (Cass., 17 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 1047; Cass., 22 november 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, 413).

Een ander beginsel bepaalt dat toestanden die definitief zijn geworden vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, beheerst blijven door de oude wet (Cass., 22 november 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, 413).

6. Uit het geannoteerde arrest kan men afleiden dat het Hof van Cassatie van oordeel is dat de wet van 3 augustus 1992 onmiddellijk toegepast moet worden, althans wat art. 751 Ger..W. betreft.

Dit druist in tegen de mening van de minister van Justitie. Volgens hem waren de toepassingsvoorwaarden van het nieuwe artikel 751, en voornamelijk de inwerkingstelling van de termijnen, niet toepasselijk op de procedures die vóór 1 januari 1993 aanhangig waren gemaakt (verklaring van de heer Wathelet, minister van Justitie, *Parl.Hand.*, *Senaat*, 22 december 1992, 902).

Lemmens is ook de mening toegedaan dat de termijn om een conclusie in te dienen, bepaald bij het nieuwe artikel 751, § 1, niet kan voortvloeien uit een kennisgeving van een bericht van vaststelling, vóór 1 januari 1993 op grond van het oude artikel 751 gedaan (Lemmens, P., *Herziening van het Gerechtelijk Wetboek. Wet en parlementaire voorbereiding*, Mys en Breesch, Gent, 1993, 12). Hij steunt voor deze stelling op de rechtspraak van het Hof van Cassatie waarbij afgeweken wordt van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet indien die onmiddellijke toepassing afbreuk zou doen aan vorige toestanden die definitief voltrokken zijn.

Closset-Marchal verdedigt de stelling dat de nieuwe wet van 3 augustus 1992 onmiddellijk toegepast moet worden. Volgens haar moet iedere handeling, verricht in het kader van de procedure die gevolgd moet worden bij het verkrijgen van een vonnis als op tegenspraak, beheerst worden, zowel wat de vormvoorwaarden als wat de termijnen betreft, door de wet die van kracht is op het ogenblik dat ze verricht worden. Het lijkt haar moeilijk de procedure tot het verkrijgen van een vonnis als op tegenspraak te beschouwen als een onderdeel geheel: als een dergelijke procedure was ingesteld vóór 1 januari 1993, moest zij dus niet tot het einde vervolgd worden volgens de bepalingen van de oude wet (Closset-Marchal, G., «Toepassing van de wet in de tijd. Overgangsrecht», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht. Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1992, 44).

Indien we deze laatste stelling toepassen op de feiten die aan het geannoteerde arrest ten grondslag liggen, dan moet het neerleggen van de conclusies beheerst worden door de termijn die op dat ogenblik van toepassing is. In casu werd er echter vóór de zitting van 19 januari 1993 geen conclusie neergelegd. Indien we ons op een ogenblik na 19 januari 1994 plaatsen, wordt de termijn om te concluderen bepaald door de nieuwe wet.

7. De feiten die tot het geannoteerde arrest geleid hebben, lijken veeleer aanleiding te geven tot toepassing van het

beginsel dat de toestanden die onder vigeur van de oude wet definitief voltrokken zijn, door die wet beheerst moeten blijven.

De Page (De Page, H., *Traité*, I, 1948, nr. 231) omschrijft het begrip «definitieve toestand» als volgt: «Tout ce qui s'est constitué, et s'est juridiquement épuisé». Dit is te onderscheiden van de toestand waarbij «ce qui est né sous l'empire de la loi ancienne doit encore développer des effets juridiques ('effets futurs') sous l'empire de la loi nouvelle». Hij maakt hierbij een onderscheid tussen «conséquence» en «effet». Bij een definitieve toestand kan men slechts gevolgen («conséquences») trekken uit deze toestand maar zijn er geen gevolgen die zich nog ontwikkelen («effets»).

Als voorbeelden geeft hij de erfopvolging en de aansprakelijkheid. Een wet die de erfopvolging wijzigt, treft niet de nalatenschappen die opgevallen zijn vóór de inwerkingtreding, zelfs indien de verdeling nog niet plaatsgevonden heeft. De verdeling van de nalatenschap volgt uit de erfopvolging die komt vast te staan op een bepaald ogenblik, nl. op het ogenblik van het overlijden. Daar de erfopvolging *ogenblikkelijk* bepaald wordt, kan er geen sprake zijn van toekomstige gevolgen. Men kan uit de erfopvolging slechts gevolgen trekken. De verdeling is de loutere consequentie van de erfopvolging.

Dat is ook het geval bij een wet die de aansprakelijkheid wijzigt. De aansprakelijkheid staat vast op het moment van het schadeverwekkend feit of handeling.

In het geschil dat ten grondslag lag aan het geannoteerde cassatiearrest, ging het er vooral om dat de wet van 3 augustus 1992 een andere termijn had bepaald om te concluderen. Vóór de wetswijziging kon men de conclusie tot op de zitting neerleggen, i.c. tot 19 januari 1993. De wet van 3 augustus 1992 bepaalt dat de nalatige partij beschikt over een termijn van twee maanden vanaf de verwittiging om te concluderen; i.c. zou met toepassing van de nieuwe wet die termijn dus verstrijken op 28 februari 1993.

Vanaf de verwittiging staat *ogenblikkelijk* de conclusietermijn voor de nalatige partij vast. De conclusietermijn is m.a.w. een automatisch gevolg van de verwittiging («conséquence»). Of er al dan niet een vonnis als op tegenspraak wordt gevorderd en wordt uitgesproken is daarentegen slechts een toekomstig gevolg («effet futur»).

Nu de kwestie in casu enkel draaide om de conclusietermijn, leek de oude wet van toepassing te blijven.

8. Het Arbeidshof te Luik (Arbh. Luik, 19 mei 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 859) heeft de werking in de tijd van art. 751 op een correcte wijze toegepast. Het geschil betrof het ambtshalve weren van conclusies. Om na te gaan of deze sanctie van toepassing was, moest men nagaan over welke conclusietermijn de nalatige partij beschikte. De nalatige partij had op de zitting van 21 april 1993, waarvoor zij was opgeroepen met een gerechtsbrief van 15 januari 1993, de bedoeling om nog een conclusie neer te leggen. Het arbeidshof overweegt dat het nieuwe art. 751 Ger.W. van toepassing is indien de verwittiging ter kennis is gebracht of betekend na 31 december 1992. Om deze reden is de termijn van twee maanden, bepaald door het nieuwe art. 751, om een conclusie neer te leggen, verstreken. A contrario kan men redeneren dat indien de verwittiging vóór 1 januari 1993 ter kennis was gebracht of betekend, het oude art. 751 van toepassing was.

9. Het Hof van Cassatie gaat in het geannoteerde arrest uit van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe bepaling, zonder rekening te houden met het beginsel van de definitief voltrokken toestanden. Het Hof had echter rekening moeten houden met het feit dat de verwittiging dateerde van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, dat uit deze verwittiging van rechtswege de termijn om te concluderen volgt en dat het bijgevolg om een definitief voltrokken toestand ging.

10. Men kan de vraag stellen of het Hof van Cassatie tot dezelfde uitspraak gekomen zou zijn indien de nalatige partij door de toepassing van de wet van 3 augustus 1992 een kortere termijn had genoten om te concluderen. Het was trouwens in het algemeen de vrees van de balie, aan de vooravond van de inwerkingtreding van de wet van 3 augustus 1992, dat de advocaten over kortere conclusietermijnen zouden beschikken.

Uit het geannoteerde arrest blijkt dat art. 751, § 1, vierde lid, Ger.W. onmiddellijk toegepast moet worden, ook als de verwittiging dateerde van vóór de inwerkingtreding. Strikt genomen zou een partij daardoor dus inderdaad vanaf 1 januari 1993 met een kortere termijn geconfronteerd kunnen zijn. Misschien zou het Hof van Cassatie zijn toevlucht nemen tot het beginsel van de rechtszekerheid om deze strikte toepassing te temperen.

11. *Besluit.* Aangezien de wet van 3 augustus 1992 geen overgangsbepalingen bevat, zal men op grond van art. 3 Ger.W. deze wet onmiddellijk moeten toepassen. In zijn rechtspraak week het Hof van Cassatie van dit principe af indien het ging om een toestand die definitief voltrokken was onder vigeur van de oude wet.

In het geannoteerde arrest heeft het Hof van Cassatie echter het principe van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet toegepast zonder rekening te houden met het feit dat de verwittiging dateerde van vóór de inwerkingtreding. Aldus lijkt het Hof voorbij te gaan aan het feit dat uit de kennisgeving de conclusietermijn volgt, en dat die termijn aldus op dat ogenblik een definitief verworven toestand uitmaakt.

*Anja Varemán
Assistente K.U. Leuven*

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 28 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Marchal
Rapporteur: de h. Verheyden
Openbaar ministerie: de h. Leclercq
Advocaat: mr. Draps

Arbeidsovereenkomst – Einde – Dringende reden – Begrip – Aangevoerd feit – Kennis – Mogelijkheid – Datum

Aan het begrip dringende reden in art. 35, eerste lid, W.A.O. worden onwettig vereisten toegevoegd door het arbeidshof dat een aangevoerde reden verwerpt op grond dat de werkgever vóór een bepaalde datum op de hoogte had kunnen en moeten zijn van het feit dat hij ter verantwoording van het onmiddellijk ontslag heeft aangevoerd.

C.V. De S. t/ S.

Gelet op de bestreden arresten, op 24 januari 1991 en 23 januari 1992 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

...

Overwegende dat het arrest van 24 januari 1991 de heropening van de debatten beveelt inzonderheid om eiseres in staat te stellen voor het arbeidshof de redenen uiteen te zetten «waarom zij heeft gemeend de staat van de agentrekening van (verweerder) niet geregeld te hoeven bijhouden...»;

Dat het arrest van 23 januari 1992, om te beslissen «dat te dezen (eiseres) (verweerder) lichtvaardig wegens een niet bestaande (dringende) reden heeft ontslagen», oordeelt «dat (eiseres) tevergeefs aanvoert, inzonderheid dat zij aan de hand van de individuele rekening van de agent slechts een theoretisch beeld kon krijgen van diens financiële toestand, nu zijn werkelijke toestand pas na een contradictoir onderzoek bekend was; dat immers niet kan worden betwist dat zij op ieder ogenblik toegang kon hebben tot de beroepsrekeningen van (verweerder) en een precieze controle van zijn financiële toestand kon doen uitvoeren»;

Overwegende dat die beslissingen en overwegingen van de arresten impliceren dat eiseres, volgens het arbeidshof, vóór 3 april 1985 op de hoogte had kunnen en moeten zijn van het bestaan van het feit dat ter verantwoording van het ontslag om dringende reden wordt aangevoerd, wat niet is vereist door artikel 35, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978;

Dat die arresten bijgevolg die bepaling schenden door daaraan vereisten toe te voegen die zij niet bevat;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 23 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Holsts
Rapporteur: de h. Huybrechts
Openbaar ministerie: de h. du Jardin
Advocaat: mr. Verstraeten

Voorlopige hechtenis – Eerste handhaving – Motiveringsgebrek in het bevel tot aanhouding – Taak van het onderzoeksgerecht

Het onderzoeksgerecht mag, bij de eerste handhaving van de voorlopige hechtenis, de redenen van het bevel tot aanhouding betreffende de feitelijke omstandigheden van de zaak en die welke eigen zijn aan de persoonlijkheid van de verdachte, verbeteren, vervangen en aanvullen. Het kan echter de voorlopige hechtenis niet handhaven wanneer elke vermelding van die omstandigheden ontbreekt.

C.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 juni 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling;

Gelet op de namens eiser ingediende memorie waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en ervan deel uitmaakt;

Over het eerste middel:

Overwegende dat naar luid van artikel 16, § 5, van de Voorlopige Hechteniswet het bevel tot aanhouding de opgave bevat van het feit waarvoor het wordt verleend, de wetsbepaling vermeldt die bepaalt dat het feit een misdaad of een wanbedrijf is en het bestaan vaststelt van ernstige aanwijzingen van schuld; de rechter in het bevel tot aanhouding de feitelijke omstandigheden van de zaak en die welke eigen zijn aan de persoonlijkheid van de verdachte, die de voorlopige hechtenis wettigen gezien de criteria bepaald in artikel 16, § 1, van de Voorlopige Hechteniswet, vermeldt;

Overwegende dat de raadkamer en in hoger beroep de kamer van inbeschuldigingstelling, welke geroepen zijn de wettigheid van het bevel tot aanhouding te toetsen, vermogen de door de onderzoeksrechter vermelde feitelijke omstandigheden van de zaak en die welke eigen zijn aan de persoonlijkheid van de verdachte, te verbeteren, hetzij door een verkeerde redengeving te vervangen door een juiste, hetzij door een ontoereikende redengeving aan te vullen; dat ze echter niet vermogen de onregelmatigheid van een bevel tot aanhouding wegens het ontbreken van elke vermelding van deze omstandigheden te verhelpen;

Overwegende dat het door de onderzoeksrechter verleende bevel tot aanhouding enkel vermeldt: «gelet op art. 16, §§ 1 en 5, van de wet van 20 juli 1990; dat, aangezien de misdrijven worden bestraft met dwangarbeid die meer dan vijftien jaar bedraagt, de openbare veiligheid in gevaar is en het uitvaardigen van een bevel tot aanhouding gerechtvaardigd is»;

Overwegende dat met deze redengeving geen enkele van de door artikel 16, § 5, van de Voorlopige Hechteniswet vereiste omstandigheden wordt vermeld;

Dat de kamer van inbeschuldigingstelling derhalve niet kon verhelpen aan de onregelmatigheid van het bevel tot aanhouding;

Dat het middel gegrond is;

(Volgt vernietiging zonder verwijzing)

Zegt dat er geen grond is tot verwijzing.

NOOT – Motiveringsgebrek in het bevel tot aanhouding

1. Sinds lang wordt aangenomen dat, als een bevel tot aanhouding een motiveringsgebrek vertoont, dit kan worden goedge maakt door het onderzoeksgerecht dat de voorlopige hechtenis binnen vijf dagen handhaaft (art. 21, Wet 20 juli 1990) of, zoals men vroeger zei, het bevel tot aanhouding bevestigt (art. 4, Wet 20 april 1874). De raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling kunnen de redenen van het bevel tot aanhouding verbeteren, aanvullen of vervangen. Als ze de kwalificatie van het misdrijf wijzigen, kunnen zij andere redenen aangeven om zodoende de wettigheid van de hechtenis te verzekeren (Cass., 29 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 421, *R.D.P.*, 1984, 397). Als de onderzoeksrechter verzuimt de wetsbepaling te vermelden die het feit strafbaar stelt, wat door art. 16, § 5, Wet 20 juli 1990 wordt voorgeschreven, is dit een motiveringsfout die door de raadkamer wordt hersteld (Cass., 6 februari 1991, *Arr. Cass.*, 1990, nr. 305).

2. Hoever reiken de mogelijkheden van het onderzoeksgerecht in het bijwerken van het bevel tot aanhouding op het

stuk van de motivering? Kan het alleen een bestaande maar onregelmatige motivering aanvullen of vervangen? Of kan het ook de voorlopige hechtenis handhaven, met opgave van redenen, waar het bevel tot aanhouding geen enkele reden vermeldde?

3. Het arrest van 8 juni 1994 van de kamer van inbeschuldigingstelling te Brussel, dat door het cassatieberoep werd bestreden, kon dat probleem ontwijken. Op de opwerping dat het bevel tot aanhouding geen enkele motivering bevatte, antwoordde het arrest «dat de motivering van de onderzoeksrechter weliswaar onvolledig en gebrekkig is maar dat ze echter niet gelijkgesteld dient te worden met een niet bestaande motivering; dat de raadkamer derhalve bevoegd was om bij de eerste verschijning van de verdachte de motivering van het aanhoudingsmandaat aan te vullen en te verbeteren».

Daaruit moet men begrijpen dat, indien het bevel tot aanhouding geen enkele reden had vermeld, de voorlopige hechtenis onmogelijk kon worden gehandhaafd.

4. Het viel dus niet te verwonderen dat de verdachte in zijn eerste cassatiemiddel op dat onderscheid voortbouwde en de stelling verdedigde dat de volstreckte noodzakelijkheid van de voorlopige hechtenis in het bevel tot aanhouding niet was vastgesteld, dat de voorlopige hechtenis geen wettelijk bestaan had, dat, bij totale afwezigheid van enige motivering, het bevel tot aanhouding geen wettelijke basis had, zodat het onderzoeksgerecht geen wettelijke titel kon verlenen en geen titel zonder wettelijke grondslag kon regulariseren.

5. Het hier besproken cassatiearrest zegt niet dat er in het geheel geen motivering in het bevel tot aanhouding te vinden is maar dat met de redengeving van die titel geen enkele van de door art. 16, § 5, van de Voorlopige Hechteniswet vereiste omstandigheden wordt vermeld en dat de kamer van inbeschuldigingstelling derhalve de onregelmatigheid van het bevel tot aanhouding niet kon verhelpen. Daarop wordt, ondanks de andersluidende conclusie van het openbaar ministerie, het bestreden arrest van handhaving zonder verwijzing gecasseerd, wat de onmiddellijke invrijheidstelling van de verdachte tot gevolg heeft.

6. Is die oplossing juist? Ze is in ieder geval nieuw en onverwacht. De rechtspraak van het Hof van Cassatie maakte tot nog toe geen onderscheid naargelang het motiveringsgebrek van het bevel tot aanhouding minder of meer diep was.

7. Vroeger werd reeds opgeworpen dat een bepaald gebrek zo erg was dat het niet kon worden goedge maakt door het onderzoeksgerecht, namelijk wanneer het bevel tot aanhouding eenvoudig geen melding maakte van de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden, die volgens art. 1, Wet 20 april 1874 vereist waren om de voorlopige hechtenis te wettigen. Het Hof van Cassatie volgde die stelling van de eiser niet en antwoordde dat het onderzoeksgerecht het bevel tot aanhouding mocht bevestigen met aanvulling van de noodzakelijke redengeving die in het bevel totaal ontbrak (Cass., 23 juni 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1237, *R.W.*, 1982-83, 359).

Dat was volledig in overeenstemming met de leer van procureur-generaal Raoul Hayoit de Termicourt («De la loi sur la détention préventive», *R.D.P.*, 1924, 285-312 en 389-416); het verzuim van de onderzoeksrechter is een «irrégularité grave» (nr. 6) mais «si grave soit-elle» (nr. 27), het kan hersteld worden door het onderzoeksgerecht dat kan «suppléer au défaut de motifs du mandat d'arrêt».

8. De rechtspraak is op die weg voortgegaan waar het de onderzoeksrechter betrof die een in vrijheid gestelde verdachte opnieuw in hechtenis nam (art. 8, Wet 20 april 1974) en daarbij verzuimde te vermelden dat er nieuwe en ernstige omstandigheden waren die een nieuw bevel tot aanhouding wettigden. Ook hier werd aangevoerd dat de voorlopige hechtenis geen wettelijke grondslag had. De rechtspraak antwoordde stelselmatig dat het onderzoeksgerecht het ontbreken van motivering kon verhelpen (Cass., 1 februari 1960, *Pas.*, 1960, I, 619; Cass., 30 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1164, *R.D.P.*, 1964-65, 193; K.I. Brussel, 19 december 1919, twee arresten, *R.D.P.*, 1920, 76; K.I. Brussel, 28 november 1989, *R.D.P.*, 1990, 990). Onlangs nog werd aangevoerd dat een bevel tot aanhouding zonder vermelding van de nieuwe en ernstige omstandigheden een gewoon bevel tot aanhouding was en dat het onderzoeksgerecht niet vermocht de wettelijke basis van het bevel tot aanhouding te wijzigen. Er werd eenvoudig op geantwoord dat de onderzoeksgerechten het ontbreken van motivering konden verhelpen (Cass., 10 februari 1988, *Arr.Cass.*, 1987, 88, nr. 358).

9. De rechtsleer is het daarmee eens: de afwezigheid van enige redengeving in het bevel tot aanhouding verhindert niet de handhaving van de voorlopige hechtenis. Terecht schreef men: «Les termes du mandat d'arrêt n'entravent donc en rien la liberté d'appréciation des juridictions d'instruction en ce domaine. Elles peuvent décider d'ordonner le maintien de la détention alors même que le mandat ne satisfait pas aux exigences légales en matière de motivation» (J. de Coudt, «Le contrôle de la détention préventive», B. Dejemeppe, *Le détention préventive*, Brussel, 1992, 199-255, nr. 61).

10. Uit dit alles blijkt dat het, in de rechtspleging betreffende de voorlopige hechtenis, niet zozeer van belang is te weten of een onregelmatigheid al dan niet een nietigheid oplevert, maar veeleer of die onregelmatigheid, met of zonder het etiket nietigheid, bij de handhaving door het onderzoeksgerecht kan worden hersteld.

11. Men heeft beweerd dat een bevel tot aanhouding altijd «nietig» is als de voorafgaande vrijheidsbeneming gebeurde zonder inachtneming van wat art. 2, 2°, Wet 20 juli 1990 inzake bewarende maatregelen voorschrijft. Het Hof van Cassatie heeft daarop beslist dat daarom nog geen nietigheid kleefte aan het bevel tot aanhouding zelf (Cass., 12 november 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, nr. 139).

12. Wat het bevel tot aanhouding betreft als titel van voorlopige hechtenis, werd gepoogd een klassering door te voeren met, enerzijds, substantiële vormen waarvan het verzuim de nietigheid van de akte zou meebrengen – zoals gebrek aan identificatie van de verdachte of aan vermelding van het feit van de telastlegging, motiveringsgebrek door niet-vermelding van de feitelijke omstandigheden van de zaak en van die welke eigen zijn aan de persoonlijkheid van de verdachte of nog ontbreken van handtekening van de onderzoeksrechter – en anderzijds de gevallen waarin concreet moet onderzocht worden of het recht van verdediging werd miskend (D. Vandermeersch, «Le mandat d'arrêt», in B. Dejemeppe, *La détention préventive*, Brussel, 1992, 97-150, nr. 53). Het is duidelijk dat de verschillende voorgestelde gevallen van nietigheid niet met elkaar kunnen worden vergeleken. Bij ontstentenis van handtekening is de akte als zodanig waardeloos. Motiveringsfouten integendeel kunnen worden goedge maakt door het onderzoeksgerecht.

13. De regelmatigheid van het bevel tot aanhouding kan worden betwist, zegt men, bij de eerste verschijning binnen vijf dagen, voor de raadkamer, niet later bij de maandelijksse handhaving (Cass., 19 maart 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, nr. 381). De vraag is dan weer: gesteld dat een onregelmatigheid wordt aangevoerd, wat kan er gebeuren? Zal, na cassatie, de verwijzingsrechter de fout eventueel herstellen? Of zal, zoals in het hier besproken arrest, het defect onherstelbaar zijn met onmiddellijke invrijheidstelling als onafwendbaar gevolg?

14. Om dat verschil te maken is de vraag niet of het bevel tot aanhouding een gebrek vertoont, of er een onregelmatigheid of onwettigheid aan kleeft, al dan niet als nietigheid bestempeld. De vraag is of het bevel tot aanhouding een authentiek stuk is, of het als titel van voorlopige hechtenis bestaat. Dat is niet het geval als het stuk geen handtekening draagt en dus geen authenticiteit bestaat heeft. Dat is ook niet het geval als de persoon die het bevel verleende, op dat ogenblik niet de hoedanigheid van onderzoeksrechter bezat (zie Cass., 4 maart 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 422). Daarmee gelijk te stellen is het geval van het bevel tot aanhouding dat betekend wordt aan de verdachte die voor het feit van de telastlegging reeds méér dan 24 uur van zijn vrijheid is beroofd (art. 18, § 1, laatste lid, Wet 20 juli 1990).

15. Uit de reeds geciteerde rechtspraak en rechtsleer blijkt dat er geen verschil kan worden gemaakt, op het stuk van de motivering, naargelang de redenen van het bevel tot aanhouding onvoldoende, onregelmatig, onwettig of geheel niet bestaand zijn. Dat alles belet immers niet dat de beslissing van aanhouding wel degelijk bestaat. Lichte of zware onvolmaaktheden in de redengeving worden bijgewerkt door het onderzoeksgerecht, dat eventueel de «wettelijke grondslag» zal verschaffen die in het bevel tot aanhouding ontbrak. Terecht werd gezegd dat elke andere beslissing tot een absurde toestand zou leiden (noot A. Vandeplas onder Cass., 23 juni 1981 (*R.W.*, 1982-83, 359).

16. Deze stelling, die door de cassatierechtspraak wordt ingegeven maar door het besproken arrest wordt tegengesproken, is in volledige harmonie met wat men ontmoet in andere situaties van het strafproces.

17. Men kan bijvoorbeeld vaststellen dat een beschikking van de raadkamer, die de voorlopige hechtenis handhaaft, in het geheel geen motivering bevat. Het is evident dat de kamer van inbeschuldigingstelling voor dergelijke flagrante onwettigheid niet zal blijven stilstaan. Zij zal de nietigheid van de beschikking vaststellen en zelf een geldige titel verlenen (Cass., 24 april 1991, AR 9036, inzake El Ouarghani, onuitg.). Het is zelfs niet vereist dat ze die nietigheid van de beschikking uitdrukkelijk vaststelt als ze zelf besluit de voorlopige hechtenis te handhaven en haar eigen beslissing behoorlijk motiveert (Cass., 5 juli 1991, AR 9267, in zaak Poot, onuitg.).

Zo ook verleent de kamer van inbeschuldigingstelling zelf een geldige titel van voorlopige hechtenis als ze vaststelt dat de beschikking van de raadkamer nietig is omdat een eerste handhaving een maandag voormiddag gebeurde, wat verboden is door art. 21, § 3, derde lid, Wet 20 juli 1990 (Cass., 2 januari 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, nr. 224).

Als de raadkamer bij vergissing een telastlegging weglaat, verbetert de kamer van inbeschuldigingstelling die onregelmatigheid door toevoeging van het weggefallen misdrijf

(K.I. Antwerpen, 3 maart 1981, *R.W.*, 1983-84, 1144, en de noot A. Vandeplas).

Wanneer een vonnisgerecht een veroordeling uitspreekt zonder enige redengeving, zal de appelrechter toch ook niet denken dat hij een zo zware onregelmatigheid niet kan verhelpen.

18. Bij het lezen van het hier besproken arrest denkt men onwillekeurig terug aan een probleem dat rees in verband met de toepassing van art. 407, derde lid, Sv., ingevoegd door de wet van 22 juni 1976: nietigheden die voortkomen uit enige onregelmatigheid betreffende de eed van getuigen, deskundigen of tolken zijn, onder zekere voorwaarden, gedekt door een daaropvolgend vonnis of arrest. Aanvankelijk werd de nieuwe bepaling toegepast omdat er een probleem was met een werkelijk afgelegde eed, bijvoorbeeld de eed was afgelegd onder aanroeping van de godheid, terwijl dat niet meer tot de wettelijke formule behoorde (Cass., 25 januari 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 587) of twee getuigen waren gehoord terwijl één getuige, volgens het zittingsblad, de eed aflegde (Cass., 6 februari 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 641) of er was een lapsus gebeurd bij het vaststellen van de onregelmatigheid (Cass., 7 februari 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 659) of de persoon die de eed als getuige aflegde was eigenlijk opgetreden als deskundige (Cass., 14 april 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 942).

Nadien kwamen echter gevallen waarin er geen fout kleefde aan een afgelegde eed maar er in het geheel geen eed werd afgelegd. Viel dat onder de tekst van de wet «enige onregelmatigheid betreffende de eed...»? Het Hof van Cassatie heeft niet lang gearzeld. Het heeft bij herhaling beslist dat het nieuwe art. 407, derde lid, ook van toepassing was indien een getuige, deskundige of tolk in het geheel geen eed had afgelegd (Cass., 7 maart 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, nr. 390; Cass., 31 oktober 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, nr. 152; Cass., 27 april en 11 augustus 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, nrs. 518 en 691; Cass., 28 juni 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 636). In deze aan gelegenheid heeft het Hof van Cassatie zeer wijselijk geoordeeld dat er geen gradatie in de onregelmatigheden mocht worden doorgevoerd, waardoor bepaalde nietigheden wel en andere niet gedekt zouden zijn.

19. Een dergelijke houding had men ook kunnen verwachten voor motiveringsgebreken van het bevel tot aanhouding. Men kan dus best de andersluidende conclusie van het openbaar ministerie voor het hier gepubliceerde arrest begrijpen.

R. Declercq

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

6e KAMER – 22 APRIL 1991

Voorzitter: de h. Van Gelder

Raadsheren: mevr. Bertrand en Thys

Advocaten: mrs. Alofs en Coigneux loco Legrand en Portaels

Koop – Voertuig – Kilometer teller met te lage opgave van aantal gereden kilometers – Vrijwaring voor verborgen gebreken – Niet toepasselijk – Essentiële dwaling – Kilometer-aantal niet doorslaggevend – Onverschoonbare dwaling

Het feit dat bij de verkoop van een voertuig de kilometer teller een lager aantal kilometers aangaf dan er in werkelijkheid mee gereden was, kan niet worden beschouwd als een verborgen gebrek dat dit voertuig ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het bestemd is of dat dit gebruik zodanig zou verminderen.

De onjuiste opgave van het aantal kilometers bij de verkoop van een voertuig vormt te dezen ook geen grond tot nietigverklaring van de koopovereenkomst wegens een essentiële dwaling, omdat geen enkel overgelegd gegeven aantoonde dat het kilometeraantal voor de koper van doorslaggevend belang was voor het sluiten van de overeenkomst. Uit geen enkel gegeven van de overgelegde stukken blijkt immers dat het kilometeraantal werd vermeld of dat de koper hieraan een bijzondere waarde hechtte en er uitdrukkelijk naar informeerde. Bovendien is de door de koper aangevoerde dwaling onverschoonbaar, daar hij als carrosseriehersteller technisch onderlegd is om het voertuig grondig te controleren alvorens tot de aankoop over te gaan.

K. t/ N.V. De V.

Overwegende dat uit de feitelijke gegevens blijkt dat appellant bij schrijven van 20 augustus 1984, gericht aan P.V.B.A. A., optredend voor geïntimeerde, een bod deed van 210.000 fr. op de verongelukte personenwagen Audi 100 D (bouwjaar 1983), die zich bevond in de garage M. te Sint-Truiden;

Dat de P.V.B.A. A. bij brief van 22 augustus 1984 meedeelde dat dit bod werd aanvaard, en tevens appellant verzocht de wagen zo snel mogelijk op te halen en een cheque ter waarde van 210.000 fr., gericht aan N.V. De V. te doen geworden;

Dat vervolgens appellant wel de personenwagen ophaalde en in zijn werkplaats demonteerde en tot herstelling overging, doch naliet het bedrag van 210.000 fr. te betalen;

Overwegende dat appellant op 5 oktober 1984 in gebreke werd gesteld en nogmaals werd verzocht de cheque over te maken;

Dat appellant vervolgens, bij aangetekend schrijven van 19 december 1984, reageerde en stelde te weigeren het bedrag van 210.000 fr. te betalen, aangezien hij op dat ogenblik over bewijzen beschikte waaruit zou blijken dat de wagen reeds $\pm$ 90.000 km zou hebben gereden, terwijl de kilometer teller slechts 26.265 km aanwees;

Dat hij een regeling voorstelde, bestaande uit ofwel de terugname van de wagen tegen vergoeding van de reeds uitgevoerde herstellingswerken ofwel een vermindering van de aankoop prijs tot 180.000 fr.;

Overwegende dat P.V.B.A. A. meermaals verzocht om inzage te krijgen van de bewijsstukken, doch dat appellant bij schrijven van 25 februari 1985 meedeelde nog steeds niet over een concreet bewijs te beschikken;

...

Overwegende dat ten slotte tevens vaststaat dat het voertuig, op het ogenblik van het ongeval, inderdaad reeds 57.275 km had gereden, volgens de ingewonnen informatie uit het daarover opgestelde P.V.;

...

Overwegende dat in casu vaststaat dat ingevolge het aanbod van appellant en de aanvaarding door geïntimeerde, een koopovereenkomst tot stand is gekomen, aangezien er een volkomen akkoord bestond over de zaak en de prijs;

Dat dan ook geïntimeerde recht had op de betaling van de overeengekomen prijs, zijnde 210.000 fr. en appellant aanspraak kon maken op de levering van de wagen, wat gebeurde door de afhaling in de garage M. te Sint-Truiden;

Overwegende dat thans appellant, bij wijze van verweer tegen de vordering tot betaling van de verkoopprijs, aanvoert dat hij slechts gehouden is tot betaling van de som van 149.100 fr., met toepassing van art. 1644 B.W., aangezien de verkochte geaccidenteerde wagen was behept met een verborgen gebrek;

Dat hij tevens beweert dat hij in dwaling werd gebracht als gevolg van bedrog, zodat de overeenkomst tevens op grond van de artt. 1110 en 1116 B.W. nietig dient te worden verklaard, wegens wilsgebreken;

Overwegende dat het verborgen gebrek in casu zou bestaan in de opgave van de onjuiste kilometerstand bij de verkoop van het voertuig; dat appellant beweert dat het voertuig werd aangeboden met een kilometerstand van 26.275 km, terwijl hij nadien vernam met gegevens dat de werkelijke kilometerstand 57.265 km bedroeg;

Dat hij bij conclusie aanvoert dat hij, indien hij van dit feit op de hoogte was geweest, het voertuig wel zou hebben gekocht, doch tegen een verminderde prijs;

Overwegende dat een verkoper tot vrijwaring voor verborgen gebreken, overeenkomstig art. 1641 B.W., slechts gehouden is, wanneer er is voldaan aan vier vereisten, te weten: 1) de aanwezigheid van een intrinsiek gebrek, dat de verkochte zaak ongeschikt maakt voor het gebruik, waartoe zij is bestemd; 2) het gebrek dient verborgen te zijn; 3) het moet de koper onbekend zijn; 4) het dient te bestaan vóór de verkoopovereenkomst (cf. *Dermine L.*, «La garantie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion», *J.T.*, 1 maart 1975, nrs. 7 t/m 8);

Dat te dezen inderdaad vaststaat – en thans ook niet door geïntimeerde wordt betwist – dat de kilometersteller bij de verkoop een lager getal aangaf dan in werkelijkheid was gereden;

Dat evenwel, naar het oordeel van het Hof, deze onjuistheid niet kan worden beschouwd als een «verborgen gebrek», dat de zaak ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe zij is bestemd, of dit gebruik zodanig zou verminderen;

Dat immers een onjuiste opgave van het kilometeraantal op zich geen enkele invloed heeft op de functie of het gebruik waarvoor de geaccidenteerde wagen werd aangekocht (cf. *Moens K.*, «Wilsgebreken en verborgen gebreken in de verkoop van tweedehandswagens», in *IUS* nr. 6, *Een droomweld voor auto's*, nrs. 43 t/m 46, en 72);

Overwegende dat appellant te dezen wel beweert dat het kilometeraantal voor hem van doorslaggevende aard was en bepalend was om zijn bod van 210.000 fr. te doen; dat hij echter nalaat deze bewering met objectieve gegevens te staven;

Dat immers uit geen enkel gegeven van de overgelegde stukken blijkt dat het kilometeraantal werd vermeld, of dat appellant hieraan een bijzondere waarde hechtte en er uitdrukkelijk naar informeerde;

Dat inderdaad appellant in zijn schrijven van 20 augustus 1984 het voertuig enkel omschrijft als «verongelukte personenwagen Audi 100 D (bouwj. 1983)», terwijl uit de aanvaarding door de gevolmachtigde van geïntimeerde het voertuig gedetailleerd wordt beschreven – zonder opgave van kilometerstand – als volgt:

«merk: Audi

type: 100 D

bouwjaar: '83

nummerplaat: FHX177

gestald: M. St. Truiden

bedrag offerte: 210.000 fr.»;

Overwegende dat derhalve het beweemde «verborgen gebrek» op zich het voertuig niet ongeschikt maakt voor het doel waarvoor de koper (appellant) het had bestemd, nl. de herstelling en verderverkoop als tweedehandswagen (cf. *Cass.*, 18 november 1971, *Pas.*, 1972, I, 258);

Dat derhalve de wagen, in de zin van art. 1641 B.W. geen verborgen gebrek vertoonde, zodat appellant geheel ten onrechte op grond van deze bepalingen de volledige betaling van de overeengekomen prijs weigert;

...

Overwegende dat anderzijds appellant geenszins aantoonde dat er redenen zijn om op grond van dwaling of bedrog de verkoopovereenkomst te vernietigen; dat immers allereerst dient te worden opgemerkt dat de vorderingen tot nietigverklaring van een overeenkomst tot gevolg hebben dat de wagen terug dient te worden afgegeven aan geïntimeerde en dat appellant recht heeft op teruggave van de verkoopprijs; dat evenwel appellant de uitvoering van de overeenkomst wenst, ten bewijze waarvan hij reeds de niet betwiste som van 149.100 fr. betaalde;

Dat echter, overeenkomstig art. 1110 B.W. de dwaling, enerzijds de zelfstandigheid van de verkochte zaak dient te betreffen, en anderzijds verschoonbaar dient te zijn;

Dat echter het Hof hierboven reeds heeft vastgesteld dat geen enkel overgelegd gegeven aantoonde dat voor appellant het kilometeraantal van 26.275 km van doorslaggevend belang was bij het tot stand komen van de overeenkomst (cf. *Cass.*, 3 maart 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 829);

Dat derhalve in de gegeven omstandigheden appellant niet bewijst dat de aangevoerde dwaling werkelijk de zelfstandigheid van de verkochte personenwagen betreft, dat appellant als carrossier technisch ondergelegd is om het voertuig grondig te controleren alvorens te beslissen, zodat evenmin is aangetoond dat de beweemde dwaling verschoonbaar is (cf. *Moens K.*, *o.c.*, nrs. 24, 55 en 58);

Overwegende dat evenmin door appellant wordt aangetoond dat geïntimeerde bedrog heeft gepleegd, dat de overeenkomst kan vernietigen, wegens gebrek in de toestemming;

Dat weliswaar de verkoper van voertuigen een informatieplicht heeft, die echter inhoudt dat hij niet gehouden is algehele en volledige informatie aan de koper te verstrekken, wanneer deze hierom niet uitdrukkelijk verzoekt, doch die wel inhoudt dat de verstrekte informatie juist dient te zijn (cf. *Cass.*, 23 september 1977, *R.C.J.B.*, 1980, 32);

Overwegende dat in casu appellant niet aantoonde dat hij, alvorens zijn bod te doen, uitdrukkelijk enige informatie omtrent de kilometerstand heeft gevraagd;

Dat evenmin uit het schrijven van P.V.B.A. A. van 22 augustus 1984 blijkt dat de aldaar verstrekte informatie onjuist is, zodat thans appellant volledig in gebreke blijft, aan te tonen dat geïntimeerde of haar vertegenwoordiger enige handeling heeft gepleegd, met aanwending van «bedrieglijke of listige kunstgrepen», bedoeld om appellant in dwaling te brengen (cf. *Cass.*, 8 juni 1978, *Pas.*, 1978, I, 1156);

Overwegende dat op grond van voorgaande elementen het Hof dan ook besluit dat appellant faalt in zijn bewijsvoering, vereist voor de toepassing van de artt. 1110 en 1116 B.W., zodat er geen reden is de overeenkomst te vernietigen;

Overwegende dat dan ook het verweer van appellant, gebaseerd op de artt. 1641, 1110 en 1116 B.W., tegen de vordering van geïntimeerde niet kan worden aanvaard;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

11e KAMER – 14 MAART 1994

Voorzitter: mevr. Van Isterdael

Raadsheer: mevr. Van Eygen en de h. De Meue

Advocaten: mrs. D'Hulster en Pintelon

Echtscheiding – Op grond van feitelijke scheiding – Na scheiding van tafel en bed

Een vordering tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding is niet toelaatbaar nadat de scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten is overgeschreven.

Het afzonderlijk wonen van de van tafel en bed gescheiden echtgenoten kan niet gelijkgesteld worden met het begrip «feitelijke scheiding» in de gebruikelijke zin van het woord.

D. t/ V.

De appellant heeft tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld tegen het vonnis verleend op 23 maart 1992 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge, waarbij de hoofdeis tot echtscheiding van de appellant op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek niet toelaatbaar werd verklaard omdat, naar het oordeel van de eerste rechter, er na scheiding van tafel en bed geen echtscheiding op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek meer toegelaten is.

Het hoger beroep strekt ertoe het vonnis a quo teniet te doen en de vordering van de appellant strekkende tot echtscheiding op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek alsmede de bijkomende vorderingen in te willigen.

De enige rechtsvraag is of een procedure op grond van feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar mogelijk is, nadat de scheiding van tafel en bed is verkregen.

Uit de voorafgaande feitelijke gegevens blijkt onder meer dat de geïntimeerde een vordering tot scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten heeft ingediend bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge op 31 januari 1986. Nadat de geïntimeerde bij vonnis van 7 maart 1988 werd toegelaten haar grieven door middel van getuigen te bewijzen, werd na getuigenverhoor, de vordering tot scheiding van tafel en bed ten nadele van de appellant ingewilligd bij vonnis van 17 september 1990. Dit vonnis werd aan de appellant betekend op 11 januari 1991 en overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 7 maart 1991.

Hangende de procedure scheiding van tafel en bed werd door de appellant geen enkele tegeneis geformuleerd; wel werd door de geïntimeerde een procedure kort geding gevoerd, waarbij haar bij bevelschrift van 9 april 1986 de toelating werd verleend afzonderlijk te wonen.

Verder blijkt uit de uitsneden uit de bevolkingsregisters dat de appellant sinds 11 juni 1986 afzonderlijk woont en dat door hem een verzoekschrift op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek werd neergelegd op 21 juni 1991.

In zijn appelakte voert de appellant aan dat zowel de procedure strekkende tot scheiding van tafel en bed als het afzonderlijk wonen hem werden opgedrongen, zodat de geïntimeerde mede schuldig is aan het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding.

Verder betoogt de appellant dat de eerste rechter ten onrechte de eis ontoelaatbaar heeft verklaard, daar een toelating tot afzonderlijk wonen niet anders beoordeeld kan worden in een procedure kort geding gevoerd naar aanleiding van een procedure scheiding van tafel en bed en die bij een procedure op grond van bepaalde feiten.

De appellant kan in zijn redenering niet worden gevolgd. Noch de scheiding van tafel en bed, noch het afzonderlijk wonen werden aan de appellant opgedrongen, enerzijds, nu de scheiding van tafel en bed werd verkregen op grond van bepaalde feiten ten nadele van de appellant, zonder dat deze laatste enige tegeneis hetzij tot scheiding van tafel en bed, hetzij tot echtscheiding had ingesteld, derwijze dat de geïntimeerde nog steeds als de onschuldige echtgenoot moet worden beschouwd, anderzijds, omdat de opheffing van de wettelijke samenwoningsplicht een essentieel gevolg is van de procedure scheiding van tafel en bed.

Alleen reeds deze laatste vaststelling dwingt de overtuiging af dat het afzonderlijk wonen van de van tafel en bed gescheiden echtgenoten geenszins als een «onregelmatige» toestand beschouwd kan worden, daar deze bij wet is geregeld en derhalve niet gelijkgesteld kan worden met het begrip «feitelijke scheiding» in de gebruikelijke zin van het woord.

Te dezen werd de scheiding van tafel en bed overgeschreven op 7 maart 1991, derwijze dat er vanaf deze datum geen wettelijke samenwoningsplicht meer bestaat.

A priori is dit het geval op 21 juni 1991, daar artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek het bestaan van een feitelijke scheiding (en niet van een scheiding van tafel en bed) vereist op het ogenblik van het neerleggen van het verzoek tot echtscheiding op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek.

De verwijzing naar de toelating tot afzonderlijk wonen in het kader van de procedure kort geding is te dezen niet dienend, nu deze toelating tot afzonderlijk wonen een tijdelijke maatregel is, die van rechtswege vervalt bij de overschrijving van de echtscheiding.

Ten overvloede kan geen argument geput worden uit de artikelen 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de rechtspleging tot omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding, die bij de invoering van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek ongewijzigd zijn gebleven.

Er anders over oordelen zou betekenen dat een echtscheiding buiten iedere schuldgrond wordt opgedrongen aan de van tafel en bed gescheiden echtgenoot, terwijl de wetgever dergelijke omzettingsvorm niet heeft voorzien.

In de gegeven omstandigheden heeft de eerste rechter terecht geoordeeld dat de vordering tot echtscheiding op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek niet toelaatbaar is nadat de scheiding van tafel en bed was toegestaan.

NOOT-Rechtsleer en rechtspraak zijn grondig verdeeld over de vraag of na scheiding van tafel en bed nog een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding verkregen kan worden (zie De Busschere, C., «De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding», in P. Senaev (red.), *Echtscheiding*, Acco, 1990, 96-104).

Het Hof van Beroep te Gent geeft, zoals de Hoven van Beroep te Brussel (4 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1987, 481, met goedkeurende noot C. De Busschere) en te Antwerpen (18 oktober 1989, *R. W.*, 1989-90, 1432, met afkeurende noot J. Gerlo) een negatief antwoord. Het Hof van Beroep te Luik (17 mei 1988, *J. T.*, 1989, 3831, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 91, met noot J.L. Renchon) beantwoordt de vraag daarentegen positief.

J.G.

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

3e KAMER – 16 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Van Grembergen

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Doubel en Clauwaert

Advocaten: mrs. Demeester loco Demeester en Lindemans

1. Bevoegdheid en aanleg – Arbeidsrechtbank – Bevoegdheid – Onderwijs – Gesubsidieerd onderwijs – Personeelsleden – Rechtspositie – Arbeidsovereenkomst – 2. Arbeidsovereenkomst – Onderwijs – Gesubsidieerd onderwijs – Personeelslid – Tijdelijke aanstelling – Voorrangregeling – Niet-nakoming – Reïntegratie – Schadevergoeding – Omvang – Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – Analogie

1. *Aangezien de dienstbetrekking die de personeelsleden van het gesubsidieerde onderwijs, bedoeld in het decreet van 27 maart 1991, met de organiserende instanties hebben, ontstaat uit een arbeidsovereenkomst, neemt de arbeidsrechtbank krachtens art. 578, 1°, Ger.W. kennis van de desbetreffende geschillen.*

2. *De niet-nakoming van de voorrangregeling inzake het recht op wederaanstelling die het Vlaamse decreet van 27 maart 1991 instelt t.b.v. tijdelijk aangestelde leerkrachten in het gesubsidieerde onderwijs, geeft de benadeelde leerkracht wiens recht op wederaanstelling is geschonden, geen aanspraak op reïntegratie, maar op een schadevergoeding die, naar analogie, gelijk is aan de vergoeding die krachtens de Arbeidsovereenkomstenwet verschuldigd is wegens een onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd.*

V.Z.W. V. t/ P.

Over het voorwerp van de betwisting

Geïntimeerde, houdster van het bekwaamheidsbewijs GHSO-Aardrijkskunde, was, als leraar aardrijkskunde, van 1 september 1989 tot 30 juni 1990 en van 1 september 1990 tot 30 juni 1991 tewerkgesteld bij appellante in de tweede en derde graad technisch secundair onderwijs, telkens met een volledige leeropdracht.

Bij aangetekende brief van 20 augustus 1991 van de «inrichtende macht» werd haar meegedeeld dat geen hernieuwde aanstelling zou volgen.

Gelet echter op het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psychomedisch-sociale centra, inzonderheid op art. 23, § 1, 1°, ervan, maakt geïntimeerde aanspraak op voorrang bij tijdelijke aanstelling.

Geïntimeerde stelt dat, met schending van deze voorrangregeling, iemand anders als tijdelijke leerkracht werd aangesteld, en dat door deze aanstellingsbeslissing de «inrichtende macht-werkgever» haar subjectieve rechten heeft gekrenkt. Hierdoor heeft zij niet alleen morele maar ook financiële schade in haar loopbaan geleden (verlies anciënniteit, ervaring, voorrangrechten in de toekomst, enz.).

Zij heeft uit dien hoofde een vordering ingeleid bij dagvaardingsexploot (...) ertoe strekkend voor recht te horen zeggen:

- dat zij met ingang van 1 september 1991 aanspraak kan maken op een tijdelijke aanstelling ten belope van 14/20 van een voltijdse opdracht in de betrekking van leraar Algemene Vakken Aardrijkskunde in de tweede en derde graad technisch secundair onderwijs in het Vrij Technisch Instituut W. – waarvan appellante de «inrichtende macht» is – en zij derhalve ook aanspraak kan maken op alle rechten, zoals de wedde, die daaruit voortvloeien;

- appellante te gebieden geïntimeerde ook daadwerkelijk die betrekking te laten opnemen, uiterlijk met ingang van de derde dag na de betekening van het te wijzen vonnis, en dit onder verbeurte van een dwangsom van 25.000 fr. per dag vertraging in de effectieve tewerkstelling;

- appellante tevens te veroordelen tot een vergoeding voor alle morele en materiële schade, voorlopig geraamd op 50.000 fr., verhoogd met 10.000 fr. per bijkomende maand vanaf heden, te verhogen of te verlagen, indien nodig, in de loop van het geding;

- appellante te veroordelen in de kosten van het geding.

...

Bij conclusie, op 10 april 1992 neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank, heeft geïntimeerde haar vordering uitgebreid en gevorderd dat appellante wordt veroordeeld tot betaling van een vergoeding voor alle morele en materiële schade welke voorlopig werd geraamd op 250.000 fr., indien nodig te verhogen of te verlagen in de loop van het geding.

Subsidiar werd gevorderd appellante te veroordelen tot betaling van een opzeggingsvergoeding van 878.290 fr. en een bijkomende schadevergoeding van 250.000 fr.

De eerste rechter heeft de vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard. Appellante werd veroordeeld om aan geïntimeerde het bedrag van 878.290 fr. te betalen, te vermeerderen met de gerechtelijke interest vanaf 3 december 1991.

...

Bespreking

1. Ten onrechte stelt appellante – zij het in weinig affirmatieve bewoordingen – de bevoegdheid van de arbeidsgerechten om kennis te nemen van het onderhavige geschil ter discussie.

Het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerde onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra regelt weliswaar de dienstbetrekking van de bewuste personeelsleden door middel van algemene en onpersoonlijke be-

palingen. En alhoewel die personeelsleden aldus onder een statuut zijn geplaatst, is hun dienstbetrekking niet statutair, nu zij uit een arbeidsovereenkomst is ontstaan.

Derhalve nemen de arbeidsgerechten op grond van artikel 578, 1°, Ger.W., kennis van geschillen betreffende de bepalingen van het decreet van 27 maart 1991 (Cass., 4 oktober 1993, A.R. S.93.0011.N., onuitg.).

...

2. Het is naar de feiten niet betwist dat geïntimeerde beantwoordt aan de verschillende wettelijke voorwaarden om overeenkomstig artikel 23, § 1, Decreet 27 maart 1991 een beroep te kunnen doen op de voorrangregeling voor tijdelijke aanstelling voor het volgende jaar.

3. Artikel 23, § 1, Decreet 27 maart 1991 bepaalt dat voor een tijdelijke aanstelling voorrang hebben de personeelsleden, in het bezit van het vereiste, het voldoende geachte of ermee gelijkwaardig geachte bekwaamheidsbewijs, die bij de «inrichtende macht» waar de betrekking te begeven is, in het te begeven ambt minstens 240 dagen dienstanciënniteit hebben in het hoofdamt, gespreid over ten minste twee schooljaren.

Overeenkomstig art. 76, § 3, komt voor de gesubsidieerde personeelsleden, voor de toepassing van art. 23, § 1, 1°, de dienstanciënniteit die vóór de inwerkingtreding van het decreet is verworven, in aanmerking.

Het personeelslid dat een beroep wenst te doen op de voorrangregeling moet, overeenkomstig artikel 23, § 4, op straffe van verlies van zijn voorrang voor het volgende schooljaar, vóór 15 juli bij «de inrichtende macht» kandideren bij een ter post aangetekende brief met vermelding van zijn bekwaamheidsbewijzen, het ambt of de ambten, zijn vak en specialiteit, en in voorkomend geval de instelling of het centrum waarvoor hij kandideert, en hij moet tevens, ten bewijze van de vereiste dienstanciënniteit, de in artikel 22 bedoelde dienstattesten voorleggen.

4. Terecht oordeelt de eerste rechter dat geïntimeerde de voorwaarden vervult om zich te kunnen beroepen op de voorrangregeling omschreven in artikel 23, § 1, van voormeld Decreet: nu zij van 1 september 1989 tot en met 30 juni 1990 en van 1 september 1990 tot en met 30 juni 1991 het ambt van lerares aardrijkskunde, tweede en derde graad T.S.O., uitoefende in het Vrij Technisch Instituut te W., de school waarvan appellante de «inrichtende macht» uitmaakt; nu zij voorts tijdig en met voorlegging van de wettelijk vereiste stukken heeft gekandideerd; en nu ten slotte door appellante niet wordt aangetoond dat het per 1 september 1991 in het door geïntimeerde geambieerde ambt benoemde personeelslid zich óók en met meer recht dan geïntimeerde op de voorrangregeling van art. 23, § 1, kon beroepen, althans, nu met toepassing van art. 23, § 6, de dienstattesten die door dat tijdelijk benoemde personeelslid zouden zijn voorgelegd, niet ter inzage voorgelegd worden.

5. Op oordeelkundige wijze heeft de eerste rechter opgemerkt dat het decreet niet bepaalt op welke wijze en in welke omvang de schadevergoeding bepaald dient te worden, in geval van niet-eerbiediging van het voorrangrecht.

Terecht overwoog de eerste rechter eveneens dat de schending van bepalingen betreffende de voorrangregeling geen recht geven op reïntegratie, nu in een dergelijke maatregel niet door het decreet is voorzien, en hij in de praktijk overigens niet realiseerbaar meer is.

Terecht heeft de eerste rechter dit onderdeel van de oorspronkelijke vordering dan ook ongegrond verklaard.

Anderzijds, nu onmiskenbaar vaststaat dat geïntimeerde een belangrijke schade heeft geleden door de schending van haar voorrangrecht, kan zij, op grond van de algemene principes van het arbeidsrecht en van het algemene verbintenisrecht wel een veroordeling tot betaling van een schadevergoeding vorderen (Voorbereiding Decreet 471 (1990-1991), nummer 1, p. 20).

Met de eerste rechter en in strijd met de stelling van appellante kan worden aanvaard dat dit recht op schadevergoeding niet noodzakelijkerwijze beperkt is tot een vergoeding gelijk aan het loon van één maand.

Weliswaar kan een tijdelijk aangesteld personeelslid, overeenkomstig artikel 24, § 1, van het decreet, door de «inrichtende macht» ontslagen worden met inachtneming van een opzeggingstermijn van dertig kalenderdagen, zij het dat een dergelijke opzegging ten aanzien van een personeelslid dat aangesteld is met toepassing van artikel 23, § 1, 1°, op straffe van nietigheid met redenen omkleed dient te zijn (met het oog op een eventueel bezwaar van het personeelslid).

Ongeacht het feit dat appellante zelf niet eens de procedure inzake de voorrangregeling gevolgd heeft, laat staan dat zij aan de tijdelijke aanstelling een einde zou hebben gemaakt door middel van een wettelijke opzegging, kan de verschuldigde schadevergoeding – gelet op de ernst van de schending van letter en geest van het decreet – niet zonder meer worden beperkt tot een vergoeding van dertig kalenderdagen.

Anderzijds kan evenmin gesteld worden dat de schade zonder meer dient te worden bepaald op een bedrag dat gelijk is aan het loon waarop geïntimeerde in geval van respectering van de voorrangregeling, in de periode van gewaarborgde tewerkstelling, aanspraak had kunnen maken (vergelijk ten aanzien van de vast benoemen in het vrij onderwijs: Cass., 28 mei 1990, T.S.R., 1990, 296).

De omvang van de geleden schade valt, gezien het aleatoir karakter ervan, moeilijk te bewijzen. Voor de bepaling van de schadevergoeding komt het dan ook passend voor te refereren aan gelijksoortige rechtsfiguren in het arbeidsrecht.

Nu een eventuele inachtneming van de voorrangregeling – onverminderd een beëindiging van rechtswege, een eventuele opzegging of vaste benoeming – de tijdelijke aanstelling van geïntimeerde voor een volledig schooljaar met zich zou hebben gebracht, komt het, naar analogie met het voorschrift van artikel 40 Arbeidsovereenkomstenwet passend voor, te dezen de schadevergoeding te bepalen op een bedrag gelijk aan het loon dat verschuldigd is tot het bereiken van de termijn, zonder echter het dubbel te mogen overtreffen van het loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn die in acht had moeten worden genomen indien het een arbeidsovereenkomst zonder tijdsbepaling betrof.

Rekening houdend met de in dezen relevante criteria, met name de op 1 september 1991, datum van het niet eerbiedigen van het voorrangrecht, bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden, rekening houdend met de anciënniteit bij de werkgever (twee schooljaren), de leeftijd van geïntimeerde (29 jaar en 9 maanden), haar functie (lerares aardrijkskunde T.S.O.), en haar wedde (87.829 fr. bruto per maand, inclusief vakantiegeld en oudejaarspremie),

diende, ingeval de overeenkomst zonder tijdsbepaling was gesloten, een opzegging van vier maanden te bedragen.

Derhalve is geïntimeerde gerechtigd op een schadevergoeding gelijk aan het loon van acht maanden of op 702.632 fr.

In de mate waarin de eerste rechter een hoger bedrag heeft toegekend, komt het hoger beroep gegrond voor.

Aangezien de toegekende schadevergoeding geacht dient te worden alle schade door haar geleden door de schending van de voorrangsregeling, te dekken, kan geïntimeerde geen aanspraak maken op een bijkomende schadevergoeding. Te dien aanzien en ook met betrekking tot de aard der toegekende interest, dient het bestreden vonnis zonder meer te worden bevestigd en komt het incidenteel beroep ongegrond voor.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

9e KAMER – 6 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Van Bossuyt

Rechters: de hh. Thabert en Van der Kelen

Advocaten: mrs. Snick en Lachaart

Pacht – Opzegging voor persoonlijke exploitatie – Rendabiliteit

Nergens is in de Pachtwet bepaald dat, wanneer opzegging is gedaan voor persoonlijke exploitatie, deze een bepaalde graad van rendabiliteit moet bereiken.

Van Poucke e.a. t/ V.

De oorspronkelijke vordering werd ingesteld door de geïntimeerde bij dagvaardingsexploot van 18 augustus 1989 en strekte ertoe, in een bij voorraad uitvoerbaar te verklaren vonnis, te zeggen voor recht dat de geïntimeerde op de percelen landbouwgrond, gelegen te (...) terugkeert (...)

De eerste rechter verklaarde de vordering toelaatbaar en als volgt gegrond: hij zegde voor recht dat de geïntimeerde in zijn hoedanigheid van pachter mag terugkeren op de percelen gelegen te (...)

De appellanten volharden bij conclusie van 15 juni 1992: met werkelijke exploitatie wordt bedoeld dat de landbouwactiviteit bedrijfsmatig uitgevoerd dient te worden; het goed moet worden gebruikt met het doel het produktief te maken; vereisen dat de exploitatie per se winstgevend moet zijn zou aan de wet iets toevoegen dat er niet instaat.

De geïntimeerde beweert dat een bedrijfseconomische exploitatie gelijk staat met een winstgevende exploitatie (...)

Voor de behandeling van de zaak zijn ondermeer volgende gegevens van belang:

- ingevolge mondelinge pachtovereenkomst was de geïntimeerde pachter van de litigieuze percelen landbouwgrond;
- bij aangetekend schrijven van 27 augustus 1984 betrekken de appellanten opzegging tegen 25 december 1987, met als reden het voorgenomen persoonlijk gebruik door vijfde appellant;

- bij vonnis van de vrederechter van het zevende kanton te Gent van 26 oktober 1987 werd de gegeven pacht opzegging geldig en van waarde verklaard;

- niettegenstaande hoger beroep werd dit vonnis uitgevoerd bij voorraad;

- bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 12 oktober 1990 werd het bestreden vonnis bevestigd.

Bespreking

1. Het kan niet ernstig worden betwist dat de vijfde appellant uit een bekend, rasecht landbouwersgezin stamt en hij zolang zijn vader leefde met deze laatste leefde op de grote en later ingekrompen hoeve.

Inderdaad is hij met de landbouwactiviteit vergroeid, ook al hebben andere factoren meegebracht dat hij noodgedwongen elders dan op een versnipperde hoeve zijn beroepsinkomsten moest verwerven. Hij is nooit vervreemd van de landbouw en is steeds landbouwgronden blijven exploiteren.

Zonder de minste twijfel heeft hij de nodige beroepsbekwaamheid om zelf als volwaardig landbouwer te exploiteren. Bovendien vereist het houden van schapen geen specifieke kennis. Het feit dat hij thans nog zou zijn tewerkgesteld als bediende, verhindert hem niet dat hij na zijn dagtaak en tijdens de weekends en de vrije en vakantiedagen op een economisch verantwoorde manier aan landbouw en schapenteelt kan doen.

2. Het staat vast, en de partijen betwisten overigens niet, dat het door de pachter (ingevolge een opzegging voor persoonlijke exploitatie) ontruimde pachtgoed binnen zes maanden en nog steeds wordt gebruikt door de vijfde appellant die in de opzegging als aanstaande exploitant was aangewezen. Echter twisten de partijen over de al dan niet vereiste van winstgevend karakter van deze exploitatie.

3. Nergens is in de Pachtwet bepaald dat de voorgenomen exploitatie een bepaalde graad van rendabiliteit moet bereiken.

Bovendien is het aannemelijk dat de vijfde appellant eerst een kudde schapen moet fokken vooraleer hij er de dieren van kon verkopen en dat de schapenfokkerij eerst na enkele jaren winstgevend wordt.

4. Na onderzoek van alle door de appellanten overgelegde stukken is ten overvloede bewezen dat de vijfde appellant heeft voldaan aan de eisen van persoonlijke exploitatie in de zin bepaald door de Pachtwet en tevens dat hij aan deze eisen voldaan heeft binnen de door de Pachtwet gestelde termijn.

5. Nu het hoger beroep gegrond is, dient niet verder te worden ingegaan op de uitgebreide eis tot schadevergoeding door de geïntimeerde ingesteld.

VREDEGERECHT TE WESTERLO

9 DECEMBER 1992

Rechter: de h. Carens

Advocaten: mrs. Vander Mousen en Van der Velepen

Afstamming – Artt. 336 e.v. B.W. – Terugvordering van na de erkenning betaalde alimentatie – Bevoegde rechter

De vrederechter is niet bevoegd om te oordelen over de vordering van de vermoedelijke verwekker tot terugbetaling van de alimentatie die hij uitgekeerd heeft sinds de dag van de erkenning van het kind door een andere man, althans als het gevorderde bedrag 50.000 fr. te boven gaat.

Geschillen op grond van de artt. 336 e.v. B.W. vallen alle zonder onderscheid onder de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg.

Ook indien de vordering tot terugbetaling gegrond zou zijn op onverschuldigde betaling of verrijking zonder oorzaak, is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd.

H. t/ W. en P.

Feiten

In 1971 werd te Diest geboren «P.I., dochter van P.L., tweede verweerster, die eerstgenoemde als haar kind erkende. Bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven van 8 oktober 1973 en arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 14 mei 1975 werd aanlegger op grond van het oude artikel 340, b, Burgerlijk Wetboek veroordeeld om aan tweede verweerster P.L., qualitate qua, een bijdrage te betalen in de kosten van onderhoud en opvoeding van P.I., totdat deze de leeftijd van achttien jaar zou bereiken. Mevrouw P.L. huwde nadien in 1978 met W., eerste verweerder, en bij die gelegenheid werd dochter I. door W. gewettigd, waardoor zij de naam «W.I.» verkreeg. De onderhavige vordering van H. strekt thans tot de terugvordering van de door hem betaalde onderhoudsgelden sinds de dag van de wettiging van I.W., d.i. vanaf 16 juni 1978. Aanlegger stelt dat dit bedrag 621.560 fr. hoofdsom beloopt.

In rechte

Overwegende dat aanlegger nergens expliciet de rechtsgrond vermeldt, waarop hij zijn vordering baseert:

- ofwel vindt de vordering tot terugbetaling haar grondslag in de onverschuldigde betaling/verrijking zonder oorzaak (art. 1235 Burg. Wetboek);
- ofwel vindt deze haar grondslag in de artikelen 340, b (oud) en 336-339, tweede lid (nieuw) van het Burgerlijk Wetboek.

1) Artikel 1235 Burgerlijk Wetboek

In deze hypothese valt iedere verwijzing naar een geschil betreffende uitkeringen tot onderhoud (artikel 591, 1°, Gerechtelijk Wetboek) weg en geldt dus ook niet onze *bijzondere* bevoegdheid ex voormeld artikel 591, 7°. Enkel blijft over onze *algemene* bevoegdheid ex artikel 590 Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat de vrederechter kennis neemt van alle vorderingen waarvan het bedrag de 50.000 fr. niet te boven gaat. Waar in casu een hoofdsom van 621.560 fr. wordt geëist, dienen wij ambtshalve (want van openbare orde) onze *onbevoegdheid ratione materiae* in te roepen.

2) Artikelen 340, b (oud) en 336-339, tweede lid (nieuw) van het Burgerlijk Wetboek

Terwijl reeds onder de oude afstammingswet (art. 340, b, oud Burg. Wetboek) door rechtspraak en rechtsleer algemeen werd aangenomen dat, wat het bedrag van de toegekende uitkering betreft, deze uitspraak, zoals gewone alimentatievonnissen slechts een gezag van gewijsde «rebus sic stantibus» heeft, bepaalt de wet (art. 339, tweede lid nieuw Burg. Wetboek) sinds de nieuwe afstammingswet van 31 maart 1987 uitdrukkelijk dat een onderhoudsuitkering die door de rechter is toegekend ten laste van de verwekker van een kind op grond van art. 336 nieuw Burg. Wetboek, vatbaar is voor wijziging overeenkomstig het gemene recht inzake onderhoudsgeld.

Evenwel bepaalt de wet *niet* uitdrukkelijk welke rechter materieel bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen tot wijziging of opheffing of terugbetaling van een dergelijke onderhoudsuitkering. Als aanlegger zijn vordering niet baseert op art. 1235 Burg. Wetboek (voormelde eerste hypothese), mag in de onderhavige tweede hypothese worden aangenomen dat hij zijn vordering heeft gebaseerd op het nieuwe art. 339, tweede lid, Burg. Wetboek, dat onafscheidelijk gekoppeld is aan het algemene artikel 336 Burg. Wetboek (cf. Arrondrb. Brugge, 11 oktober 1991, *R.W.*, 1991-92, 1127, met noot).

Welnu, art. 591, 7°, Gerechtelijk Wetboek *ontneemt* aan de vrederechter zeer uitdrukkelijk de bevoegdheid over geschillen, op grond van art. 336 Burgerlijk Wetboek ingeleid (vóór de nieuwe afstammingswet stond er «geschillen op grond van art. 340, b, Burg. Wetboek»). Artikel 591, 7°, voormeld, dat dus in een uitzondering op de bijzondere bevoegdheden van de vrederechter voorziet, hanteert duidelijk de algemene term «*geschillen* op grond van artikel 336 Burgerlijk Wetboek» en bijvoorbeeld niet de termen «*vorderingen tot vaststelling* van een onderhoudsuitkering op grond van art. 336 Burg. Wetboek». Deze algemene term «geschillen» omvat dus zowel vorderingen tot vaststelling, als vorderingen tot wijziging of tot opheffing, als vorderingen tot terugbetaling zoals in casu (cf. noot prof. P. Senaave onder Arrondrb. Brugge, 11 oktober 1991, geciteerd).

Dientengevolge dienen wij ook in deze tweede hypothese ingevolge de uitzondering op onze *bijzondere* bevoegdheid voorzien in artikel 591, 7°, Gerechtelijk Wetboek, ambtshalve onze *onbevoegdheid ratione materiae* in te roepen.

Overwegende, concluderend, dat wij in casu niet bevoegd zijn *ratione materiae* en de zaak met toepassing van de artt. 640 en volgende Gerechtelijk Wetboek dient te worden verwezen naar de Arrondissementsrechtbank te Turnhout.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 24 januari 1994

Arbeidsovereenkomst – Einde – Onregelmatige beëindiging – Opzeggingsvergoeding – Forfaitair karakter – Contractueel bedongen bijkomende vergoeding – Geldigheid

Het Hof verwierpt het door de werkgever in zijn middel aangevoerde onderdeel dat art. 39 W.A.O. de opzeggingsvergoeding op een forfaitaire wijze vaststelt, en dat het Arbeidshof te Antwerpen hem derhalve in het arrest van 15 februari 1993 niet wettig heeft kunnen veroordelen tot de betaling van een bijkomende vergoeding die in de arbeidsovereenkomst was bedongen:

«Overwegende dat, ook al geeft de toepassing van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet aan de werknemer slechts recht op een forfaitaire vergoeding wegens de beëindiging van de overeenkomst, dit niet belet dat de werkgever en de werknemer bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst bedingen dat boven op de door de wet bepaalde forfaitaire vergoeding een bijkomende vergoeding door de werkgever

verschuldigd is als deze laatste de arbeidsovereenkomst beëindigt;

«Dat het arrest, dat zulks beslist, de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: mevr. Bourgeois – Openbaar ministerie: mevr. De Raeve – Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler – In de zaak: B.V.B.A. Z. en B.V.B.A. P. t/ B. en H.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 25 januari 1994

Arbeidsongeval – Dodelijk ongeval – Gemeenrechtelijke vergoeding aan de weduwe toegekend voor materiële schade – Aan de kinderen toegekende arbeidsongevallenrente – Niet dezelfde schade

In antwoord op de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 30 juni 1992 bevestigt het Hof zijn jurisprudentie betreffende het onderscheid dat bestaat tussen de schadevergoeding die in het gemeene recht aan de weduwe van het slachtoffer van een arbeidsongeval wordt toegekend wegens diens overlijden en de arbeidsongevallenrente die om dezelfde reden aan de kinderen toekomt.

«Wat het derde onderdeel betreft:

«Overwegende dat de gemeenrechtelijke vergoeding die aan de weduwe van het dodelijk slachtoffer van een arbeidsongeval wordt toegekend voor de materiële schade die zij ten gevolge van dat overlijden lijdt, niet dezelfde schade herstelt als de aan de kinderen toegekende arbeidsongevallenrente of het kapitaal dat die rente vertegenwoordigt, ook al wordt bij de vaststelling van het bedrag van die gemeenrechtelijke vergoeding rekening gehouden met de samenstelling van het gezin van de getroffene;

«Overwegende dat de appelrechters oordelen dat de door eiseres ten voordele van de kinderen gevestigde kapitalen niet van de verweerders sub 2 en 3 kunnen worden teruggevorderd omdat 'deze sommen naar gemeen recht niet verhaalbaar zouden zijn'; dat zij dit oordeel niet alleen gronden op de motivering dat deze bedragen een doublure uitmaken «met het toegekende inkomstenverlies voor de moeder, die door het overlijden van haar man, gezinshoofd wordt», maar ook op de reden dat naar gemeen recht 'de inkomstenverlieschade enkel gedragen (wordt) door de moeder'; dat laatstgenoemde reden erop neerkomt dat de aan de kinderen toegekende arbeidsongevallenrente of het kapitaal dat die rente vertegenwoordigt, schade betreft die te dezen naar gemeen recht niet werd opgevorderd en niet de door de moeder opgevorderde inkomstenverlieschade betreft; dat deze niet aangevochten reden de beslissing draagt;

«Dat het onderdeel derhalve niet tot cassatie kan leiden en mitsdien niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. D'Haenens – Rapporteur: de h. Boes – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaat: mr. Houtekier – In de zaak: N.V. A. t/ V. e.a.)

NOOT – Zie Cass., 3 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 1029; 21 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 148.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 27 januari 1994

Advocaat – Tucht – Raad van de Orde – Kennisneming – Stafhouder

De bestreden beslissing (Tuchtraad van Beroep Luik, 28 mei 1993) bevestigt de beslissing a quo volgens welke de raad van de Orde geldig was geadieerd in de zaak waarin eiser tot de tuchtstraf van schrapping is veroordeeld.

Eiser beweert dat de raad geen kennis kon nemen van zijn zaak door toedoen van de stafhouder omdat deze hem opgevolgd was in verschillende dossiers van een cliënt in verband met niet overgemaakte gelden, zodat de stafhouder niet alle objectieve waarborgen van objectiviteit bood.

«I. In zoverre het middel de schending aanvoert van artikel 457 van het Gerechtelijk Wetboek en van een algemeen rechtsbeginsel 'dat recht spreken onpartijdigheid vereist';

«Overwegende dat artikel 457 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de raad van de Orde van Advocaten, door toedoen van de stafhouder, kennis neemt van de tuchtzaken; dat die bepaling een regel uitvaardigt die van wezenlijk belang is voor de rechtsbedeling en dus de openbare orde raakt;

«Overwegende dat in de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat de stafhouder de dagvaarding van eiser tot verschijning voor de raad van de Orde heeft doen betekenen;

«Dat de raad van de Orde, nu hij geadieerd was door de enige instelling die daartoe gemachtigd was, wettig uitspraak kon doen over de tuchtvervolgung tegen eiser;

«Overwegende dat het middel de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de tuchtraad van beroep die de bestreden beslissing heeft gewezen niet betwist evenmin als die van de raad van de Orde die in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan;

«Dat het middel dienaangaande niet kan worden aangenomen;

«II. In zoverre het middel de schending van de artikelen 648, 2°, en 828, 1° en 8°, van het Gerechtelijk Wetboek aanvoert:

«Overwegende dat in de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat de stafhouder hoegenaamd niet heeft deelgenomen aan de beraadslaging en aan de uitspraak van de raad van de Orde;

«Dat, nu de stafhouder niet heeft deelgenomen aan het oordelen van de zaak, de artikelen 648, 2°, en 828, 1° en 8°, van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing waren;

«Dat het middel dienaangaande faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Rappe – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Delahaye – In de zaak: De B. t/ Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Luik)

Rb. Brussel (7e Kamer), 12 oktober 1993

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting – Art. 804 Ger.W. – Tardief neergelegde conclusie

«Eisers verzoeken de rechtbank de tweede conclusie, welke door verweersters werd neergelegd ter zitting van 13 september 1993, uit het beraad te weren wegens misbruik van het recht van verdediging.

«De rechtbank stelt vast dat verweersters hun conclusie neerlegden ter griffie op 13 mei 1992 na toepassing door eisers van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek (oud); dat eisers een conclusie neerlegden op 18 maart 1993; dat eisers bij schrijven van 3 mei 1993 verzochten om vaststelling van de zaak op grond van artikel 803 van het Gerechtelijk Wetboek 'aangezien voldaan was aan de voorwaarden van artikel 804 van het Gerechtelijk Wetboek', waarop de zaak werd bepaald op 13 september 1993.

«Afgezien van het feit dat de griffie in casu een rechtsag verleende zonder rekening te houden met de vermoedelijke pleitduur van de zaak, hetgeen, indien dit zich systematisch zou voordoen, op termijn, enerzijds, een goede rechtsgang kan hinderen door de zitting te overbelasten en, anderzijds, de toepassing van artikel 750 van het Gerechtelijk Wetboek ondermijnen, hebben eisers een correcte toepassing gemaakt van het nieuwe artikel 804 van het Gerechtelijk Wetboek. Indien wederzijds conclusies zijn genomen, doch een gedingspartij nalaat een gezamenlijk verzoek om rechtsdagbepaling te ondertekenen (bijvoorbeeld omdat zij nog aanvullend wenst te concluderen) en zij evenmin binnen een redelijke termijn aanvullend concludeert, behoort toepassing te worden gemaakt van artikel 804 van het Gerechtelijk Wetboek onder de hierboven geschetste voorwaarden, eerder dan om de regeling van concusiertermijnen te verzoeken overeenkomstig artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek. Op deze wijze wordt de ratio legis zowel van het nieuwe artikel 804 van het Gerechtelijk Wetboek als die van de hervorming doorgevoerd bij de wet van 3 augustus 1992 in het algemeen het best gediend. Het kan immers niet de bedoeling geweest zijn van de wetgever om de rechter bijkomend te belasten met het «regelen» van procedureverwikkelingen en hem aldus af te leiden van zijn wezenlijke taak, nl. het «be-rechten van de zaken» (artikel 4 van het Gerechtelijk Wetboek) met betrekking tot het voorwerp waarvoor zij initieel voor de rechter zijn gebracht.

- «Het meedelen van een nieuwe conclusie enkele dagen slechts vóór de zitting, vastgesteld sedert vier maanden, maakt een misbruik van recht uit, waartegen behoort te worden opgetreden door het weren van deze conclusie uit de debatten.»

(Voorzitter: de h. Boon – Advocaten: mrs. Deconinck loco Van Lierde en Creyf loco Vanneste – In de zaak: G. t/ B.V.-B.A. A.)

NOOT–Op te merken valt dat het in art. 804 Ger.W. niet gaat om een eigenlijke «rechtsdag», maar alleen om een mogelijkheid die op de vastgestelde rechtsdag kan worden toegestaan.

J.L.

BOEKEN

M. VERWILGHEN (red.), *Access to equality between men and women in the European Community/L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 1993, 294 pp.

In het najaar van 1992 werd te Louvain-la-Neuve voor de tweede maal (de eerste maal was in 1985) een colloquium gewijd aan het Europese normenapparaat m.b.t. de gelijke behandeling en beloning van mannen en vrouwen. Om financiële redenen kon het verslagboek pas anderhalf jaar na de feiten worden uitgegeven.

De editor overdrijft niet wanneer hij in zijn woord vooraf de kwaliteit van de auteurs roemt. Aan het project werd immers meege- werkt door de fine fleur van de *discrimination-watchers*.

Het werk omvat drie delen. Na een woord vooraf van Sacha Prechal wijden advocaat-generaal Tesouro, Francis Herbert, Ruth Nielsen en Christophe Pettiti beschouwingen aan de mogelijkheden van de gediscrimineerde om zich tot de rechter te wenden. In het tweede deel bespreken Lord Slynn of Hadley, Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, Maria Vittoria Ballestrero, Ursula Rust en Irene Asscher-Vonk de sancties in geval van seksediscriminatie. Tot slot formuleert Christopher McCrudden enkele besluiten. Het boek wordt afge- rond met de teksten van de toespraken van de obligate prominenten: Steffen Smidt van de Europese Commissie en Maria de Lourdes Pintasilgo, voormalig eerste minister van Portugal.

Alle bijdragen zijn van een zeer hoog niveau en vlot geschreven ondanks het technische karakter van de behandelde materie. Persoonlijk apprecieerden wij vooral het referaat van Lord Slynn. Waarschijnlijk slaagt alleen een Engelsman erin om een tekst onder de titel «Sanctions in community law: an overview» met de nodige grapjes te larderen. Zijn humoristisch betoog staat in schril contrast met dat van de Portugese ex-premier (of is het première?). In de beste Latijnse traditie lepelt ze een pseudo-filosofisch verhaal op dat iets te zwaar is voor de doorsnee-Vlaamse maag.

In sommige bijdragen worden interessante thema's behandeld. Zo raakt Herbert (p. 44) de *class action* aan en bespreekt Nielsen de verplichting van werkgevers om bepaalde informatie aan gediscrimineerde werknemers mee te delen (p. 81).

Uiteraard zijn vooral de besluiten van McCrudden interessant. Hij haalt immers uit alle referaten de belangrijkste opmerkingen en bundelt deze bij wijze van aanbevelingen aan de Commissie. Voor iemand die reeds enkele jaren bezig is met het volgen van alles wat er verschijnt m.b.t. geslachtsdiscriminatie treedt bij de lectuur van deze tekst evenwel een «déjà-vu»-effect op.

We weten zachtjes aan wel dat de bewijslast moeilijk is (p. 240, 2.4.1, f), de kosten van een procedure te hoog zijn (p. 240, 2.4.1, b), de advocaten en magistraten onvoldoende de regelgeving m.b.t. de geslachtsdiscriminatie kennen (p. 240, 2.4.1, e), enz. Op elke studiedag worden deze grieven (dikwijls door dezelfde sprekers) naar voren gebracht. De vraag wie de oorzaak ervan is dat vrouwen gediscrimineerd blijven ondanks een *high-tech* antidiscriminatiewetgeving, wordt misschien wel gesteld maar slechts zelden – ook niet in dit boek – voldoende beantwoord.

(Geslachts)discriminatie is o.i. inherent aan de wijze waarop Europa is geconstrueerd, namelijk als een *economische* unie. Gelij- kheid en een kapitalistische economie, waarin vrouwen als reserve- mee fungeren, zijn moeilijk verenigbaar. Wij volgen McCrudden dan ook wanneer hij stelt dat het belangrijkste doel van het Europe- se normenapparaat erin bestaat om sociale dumping te voorkomen, maar niet wanneer hij ook «individual and group justice» (pp. 238-239) als doelstellingen vermeldt. Alle maatregelen die de vrijheid van de ondernemer in het gedrang zouden kunnen brengen, worden door de nationale regeringen en de Europese apparatsjiks immers geweerd of afgezwakt.

Zo heeft de Commissie gedurende het Belgische voorzitterschap van de Unie zich ertoe verbonden te sleutelen aan functiewaarde- ringsdiscriminatie. I.p.v. effectieve maatregelen wordt een gedrags- code uitgewerkt (zie Smet, M., «Naar een sociaal en vrouwvriende- lijk Europa», *Vrouwen vandaag*, 1994, 73). Men opteert dus voor (al te) vrijblijvende «oplossingen».

Ook het Europese Hof is niet vrij van zonden. Zo heeft het recent in *Enderby v. Frenchay Health Authority* (H.v.J. nr. 127/92, 27 ok- tober 1993, *Nemesis*, 1993, actualiteitskatern, p. 4) niet uitgesloten dat de situatie op de arbeidsmarkt een voldoende rechtvaardiging kan zijn om bepaalde jobs een hoger loon toe te kennen dan andere, zelfs wanneer in de beter betaalde jobs relatief veel meer mannen zijn tewerkgesteld dan vrouwen. Het Hof staat dus toe dat het marktmechanisme boven het gelijkheidsprincipe gaat (zie in dit ver- band Fredman, S., «European community discrimination law: a cri- tique», *Industrial Law Journal*, 1992, 131) en ignoreert zo de sekse-

segregatie van de arbeidsmarkt en de daarmee samenhangende functiewaarderingsdiscriminatie.

Deze oprispingen hebben ons enigszins doen afwijken van onze bespreking, dus *revenons à nos moutons*. Het gerecenseerde boek is een van de beste werken die de laatste jaren m.b.t. dit onderwerp op de markt zijn gebracht. De beate bewondering van sommige auteurs voor de Europese instellingen en hun soms kritiekloze houding moet men er evenwel bij nemen.

Patrick Humblet

M. PAQUES, D. LAGASSE e.a., *L'expropriation pour cause d'utilité publique* (G. BENOIT, J. SAMBON & P. JADOUL, red.), Brussel, La charte, 1993

Op 26 november 1993 organiseerden het *Tijdschrift voor Vrederechters* en de *Facultés universitaires St. Louis* een studiedag over de onteigening ten algemenen nutte. De referaten werden samengebracht in het hier besproken boek. Een en ander brengt mee dat niet alle aspecten van het onteigeningsrecht zijn behandeld. Bovendien is de kwaliteit van de bijdragen ook sterk uiteenlopend.

In de eerste bijdrage behandelt Michel Paques de gevolgen van de staatshervorming op de onteigening ten algemenen nutte. De auteur behandelt in chronologische volgorde de wetgeving en de rechtspraak in deze aangelegenheid. Beginnend met het belangrijke cassatiearrest in zake de gemeente Silly van 20 februari 1986 (becommentarieerd door onder meer P. Berckx in *T.B.P.*, 1988, 27, en A. Coppens in *T.B.P.*, 1990, 708 e.v.) confronteert hij het standpunt van het Hof van Cassatie met het advies van de Raad van State dat werd uitgebracht naar aanleiding van de twee ontwerpen van decreten van de Vlaamse Regering waarbij de gevallen en de modaliteiten voor de onteigening in gemeenschapsaangelegenheden en in gewestelijke aangelegenheden zouden worden geregeld. Uiteindelijk zal het Arbitragehof in een arrest van 2 februari 1989 daarover uitspraak doen, en vaststellen dat het doel van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 en de algemene economie van de staatshervorming meebrengen dat art. 79, § 1, van de Bijzondere Wet aldus moet worden begrepen dat het de regeringen van Gemeenschappen en Gewesten de macht verleent om niet alleen zelf te onteigenen maar ook een andere rechtspersoon de machtiging te geven om tot onteigeningen over te gaan in gewestelijke aangelegenheden of gemeenschapsaangelegenheden.

Deze auteur behandelt verder ook nog de toestand in Brussel en in Wallonië. Hij besteedt eveneens aandacht aan de bevoegdheid van de aankoopcomités van het Ministerie van Financiën door te verwijzen naar de wetgeving daarover. Kritiek brengt de auteur op deze bevoegdheidstoewijzing niet uit, hoewel het in het raam van de staatshervorming als een anomalie beschouwd kan worden dat Gemeenschappen en Gewesten op een federale dienst een beroep moeten doen. Er kan begrip voor opgebracht worden dat de Gemeenschappen en Gewesten de ervaring van de aankoopcomités niet wilden laten teloorgaan door het creëren van soortgelijke instellingen voor gemeenschappen en gewesten, maar de huidige toestand blijft evenwel weinig samenhangend. Zo kan in Brabant een tweetalig aankoopcomité optreden in het Nederlandstalig landsgedeelte.

De auteur bespreekt ook nog het voorkeepsrecht, dat thans in Vlaanderen weer bijzondere aandacht krijgt door het inschrijven van zo'n voorkeepsrecht in het voorontwerp van decreet ruimtelijke ordening.

In een tweede bijdrage behandelt Dominique Lagasse – met de hem eigen grondigheid – de voorwaarden voor de onteigening in hoogdringende omstandigheden: het openbaar nut, de urgentie en de rechterlijke controle erop. Zijn bijdrage sluit overigens aan bij een andere bijdrage in dit boek van France Maussion (*Le Partage d'attributions entre le Conseil d'Etat et les juridictions de l'ordre judiciaire*), waarover verder meer. Deze auteur stelt dat de drie hoogste gerechten in ons land op dezelfde golflengte zitten inzake rechterlijke controle op de voorwaarde voor de onteigening bij hoogdringende omstandigheden. Hoewel deze stelling gevolgd kan worden wanneer het erom gaat deze toetssteen theoretisch te formuleren, bewijst de praktijk niettemin dat de Raad van State een veel diepgaandere controle uitoefent en bereid is uit te oefenen dan, in de regel, de burgerlijke rechter.

In deze bijdrage stelt de auteur ook dat hij verwacht dat de onteigenende overheden voortaan veel sneller een procedure zullen in-

stellen bij de vrederechter om een eventueel beroep bij de Raad van State onmogelijk te maken. Intussen heeft de praktijk hem gelijk gegeven: wanneer hangende een schorsingsvordering tegen een onteigeningsmachtiging bij de Raad van State het verzoekschrift voor de vrederechter wordt ingediend, wordt de Raad van State onbevoegd, en daar wordt blijkbaar veel gebruik van gemaakt (zie o.m. J. Ghysels, «De bevoegdheid van de Raad van State inzake onteigeningen: willen maar niet kunnen of kunnen maar niet willen?» (*Rec.Arr. R.v.St.*, 1994, 29).

Diane Deom behandelt nadien «Les causes particulières de l'expropriation». Uitgaande van het onderscheid tussen «les cas d'expropriation» en «la cause de l'expropriation» behandelt zij enkele voorbeelden van wettelijk geregelde onteigeningen. Deze wettelijke regeling brengt mee – zo brengt zij terecht in herinnering – dat het openbaar nut geacht moet worden vast te staan op grond van een vermoeden van de wetgever. Zij behandelt daarbij onder meer de wet van 30 december 1970 op de economische expansie, de wetgeving op de stedenbouw, de wetgeving op de monumenten en landschappen en de schoolwetgeving.

In een volgende bijdrage behandelt France Maussion «Le partage d'attributions entre le Conseil d'Etat et les juridictions de l'Ordre judiciaire». Deze bijzondere gedocumenteerde bijdrage behandelt heel nauwgezet de problemen die gerezen zijn door het arrest van het Arbitragehof van 21 december 1990 in zake de gemeente Asse tegen Gautot, waarin het Arbitragehof «zegt voor recht dat de bepalingen van de artikelen 7 en 16, tweede lid, van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening te algemenen nutte en van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die artikelen 6 en 6bis van de Grondwet niet schenden in zover ze worden uitgelegd in de zin dat zij de onteigening niet verhinderen vóór de gerechtelijke fase bij de Raad van State een beroep tot vernietiging van het onteigeningsbesluit in te stellen.»

Het arrest bracht meteen een toevloed van onteigeningszaken aan bij de Raad van State. De reactie bleef, zoals hierboven reeds gezegd, niet uit: de onteigenende overheden gingen versneld de onteigeningsprocedure instellen bij de vrederechter. Een en ander resulteerde in het hoogst vervelende gevolg dat, zelfs bij een aanhangige schorsingsvordering bij de Raad van State, deze laatste zich onbevoegd ging verklaren zodra de zaak was aangebracht bij de vrederechter. France Maussion pleit op een overtuigende manier voor hetzij een ingreep van de wetgever, hetzij het naast elkaar bestaan van de bevoegdheid van de Raad van State en die van de vrederechter. Zich bewust van de moeilijkheden die haar oplossingen zouden kunnen meebrengen, brengt zij niettemin een overtuigend – maar door de Raad van State blijkbaar niet gevolgd – pleidooi voor zo'n concurrerende bevoegdheid.

Pierre Olivier behandelt nadien de procedure voor de vrederechter, waarbij hij onder meer de diverse problemen die in de voorgaande bijdragen diepgaander behandeld werden, inpast in het procedureverloop van de onteigening. Deze bijdrage bevat een voor de praktijkjurist nuttig overzicht van de recente rechtspraak op proceduregebied.

André Dal behandelt de andere procedures inzake onteigeningen, zijnde de vordering tot herziening, het gewone kort geding en het administratief kort geding, de aansprakelijkheidsvorderingen tegen de Staat, enz.

Lucien Belva beschrijft de vergoedingen die aan de eigenaar van een onteigend onroerend goed kunnen worden toegekend. Het is een vrij korte bijdrage, zonder verwijzing naar rechtspraak of rechtsleer, waarin de auteur enkele persoonlijke bedenkingen bij sommige elementen van de onteigeningsvergoeding neerschrijft.

Eric Causin behandelt uiterst nauwgezet en uitvoerig de onteigeningsvergoeding voor bedrijven (industriële en commerciële naad). Zeer terecht wijst de auteur erop dat de bedrijfsschade niet zo maar gelijkgesteld kan worden met een onteigening van een onroerend goed, en evenmin berekend kan worden volgens de regels die gelden voor een onteigening van onroerend goed. Met een buitengewone precisie analyseert de auteur de wijze waarop een bedrijf kan worden getroffen door een onteigening. Talrijke voorbeelden illustreren de theoretische uiteenzettingen. De auteur behandelt daarin ook onder meer zeer uitvoerig de draagwijdte van art. 331 W.I.B., waarin de tegenwerpbaarheid van fiscale aangiften wordt geregeld. Ook de fiscale behandeling van onteigeningsvergoedingen

en de gevolgen daarvan op het bedrag van de vergoeding worden door de auteur onderzocht.

De laatste bijdrage is van Victor Renier en behandelt het onteigeningsnadeel voor de landbouwer. De auteur geeft een vrij beperkt overzicht van de problemen die rijzen bij de waardering van de schade die landbouwers ondervinden van onteigening. Ook hier komt vanzelfsprekend art. 331 W.I.B. nog aan bod – hoewel de auteur nog blijft verwijzen naar art. 239 W.I.B. 1964.

Bij wijze van conclusie: *L'expropriation pour cause d'utilité publique* is een boek met naar diepgang en onderwerp zeer uiteenlopende bijdragen. De uiterst beperkte recente rechtsleer inzake onteigeningen maakt het boek evenwel tot een must in elke bibliotheek. Het is nu alleen afwachten op een standaardwerk in het Nederlands over de onteigeningen.

D. Lindemans

C. FIJNAUT, L. HUYBRECHTS en CHR. VAN DEN WYNGAERT (red.), **EG-fraudebestrijding in de praktijk**, Maklu, Antwerpen - Apeldoorn, 318 pp.

Dit boek is een bundeling van een aantal mondelinge uiteenzettingen gegeven tijdens opleidingsdagen in 1992 georganiseerd door het Belgisch Centrum voor de studie van de toepassing van het gemeenschapsrecht in financiële en strafrechtelijke aangelegenheden. Deze multidisciplinaire opleidingsdagen waren bedoeld voor praktici in de EG-fraudebestrijding.

De heer N. Martijn, administrateur bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen, legt in zijn inleiding meteen de vinger op de wonde. Een doeltreffende fraudebestrijding in de Gemeenschap vereist een nauwkeuriger omschrijving van de strafbare feiten, een snelle en doelmatige samenwerking, zowel nationaal als internationaal, en gemotiveerde rechters, leden van het openbaar ministerie en politiediensten die over een grondige kennis beschikken van het gemeenschapsrecht.

Het criminologisch en strafrechtelijk kader (hoofdstuk I) wordt zeer grondig geschetst door prof. C. Van Den Wyngaert en de heer E. Mennens van de Dienst voor de Coördinatie van de Fraudebestrijding van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (UCLAF).

Prof. Van Den Wyngaert gaat na wie bevoegd is tot vervolging en bestraffing van de EG-fraude op nationaal en communautair niveau, hierbij rekening houdend met de Schengenakkoorden en het Verdrag van Maastricht. Zij doet vervolgens een poging het begrip EG-fraude te omschrijven. Dit begrip behelst vier takken: de douanefraude, de landbouwfraude, de structuurfondsen- of subsidiefraude en de BTW-fraude. Zij legt hierbij telkens het verband met de bepalingen die in België deze fraudevormen strafbaar stellen. Haar wens de poging tot oplichting strafbaar gesteld te zien is inmiddels in vervulling gegaan. Dezelfde auteur moet spijtig genoeg vaststellen dat niet alle gevallen van EG-fraude aan het parket worden gemeld, dat niet alle fraudegevallen worden vervolgd en dat België een aantal internationale rechtshulpverdragen nog niet heeft geratificeerd.

Van de hand van dezelfde auteur, in samenwerking met B. De Smet, volgt daarop een negenendertig bladzijden lang overzicht van de Belgische strafbaarstellingen inzake EG-fraude met verwijzing naar de toepasselijke wetsbepalingen. Dit uiterst gedetailleerd overzicht is onmisbaar voor al wie zich met de bestrijding van bovengenoemde fraudevormen beroepshalve bezig houdt. Spijtig dat een zelfde taalfout voorkomend in de steekkaarten nrs. 69, 70, 71 en 80 het overzicht ontsiert.

De heer Mennens schetst in het kort aan de hand van voorbeelden hoe in de praktijk EG-fraude wordt gepleegd. Hieruit blijkt eens te meer hoe fraudegevoelig de Europese regelgeving is.

Hoofdstuk II handelt over de controlediensten en de administratieve opsporing. De heer P. Peeters, hoofdcontroleur bij de Douane en Accijnzen, bespreekt de talrijke opdrachten van de administratie der douane en accijnzen, de organisatie van deze administratie, de bevoegdheden van de douaneambtenaren inzake de preventie, de opsporing en de vaststelling van de fraudes en de internationale samenwerking. Vooral deze twee laatste uiteenzettingen zijn van praktisch nut.

De heer A. Chys, inspecteur van de Algemene Economische Inspectie, beschrijft de organisatie en de bevoegdheden van zijn dienst

en van de ervan afhankende controleambtenaren i.v.m. de communautaire reglementering. Basiswetten zijn hierbij de wet van 11 september 1962 betreffende de invoer, uitvoer en doorvoer van goederen en de wet van 28 maart 1975 betreffende de handel in landbouw-, tuinbouw- en zeevisserijproducten. De heer Chys laat niet na tevens het adres van zijn centrale dienst te vermelden. Praktischer kan het niet.

Ook de volgende auteur, de heer e.a. ir. A. Vandersanden bij de Inspectie der Grondstoffen, doet dit niet alleen voor zijn hoofdbestuur doch ook voor de buitendiensten met inbegrip van de telefoonnummers en de namen van de bevoegde ambtenaren. Samen met zijn collega L. Meskens bespreekt hij de structuur en de opdrachten van hun dienst, waaronder drie rijksontledingslaboratoria ressorteren. Interessant hierbij is te vernemen dat de Inspectie der Grondstoffen, naast de controle op de naleving van de reglementering betreffende diervoeders, meststoffen en de bodemverbeterende middelen, de gemedicineerde voeders, de zaaizaden en pootgoed en de fytofarmaceutische producten, ook de controle verzekert op de terrechte uitkering van Europese steun voor verwerking van bepaalde producten in diervoeders en op de correcte toepassing van de marktinterventie van groenten en fruit en de heffing op granen.

De heren G. Vyvey en J. Willaime van de Dienst Landbouwfonds bespreken daarop de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Zij vermelden o.a. welke gemeenten in België optreden bij landbouweffingen, uitvoerrestituties, medeverantwoordelijkheidsheffing voor melk, interventieaankopen en openbare opslag van landbouwproducten.

Het derde hoofdstuk is gewijd aan de politiediensten en het onderzoek.

Prof. C. Fijnaut wijst op de ontwikkeling die zich o.a. sedert het Verdrag van Maastricht (zie bv. het art. K.1.9, dat in de oprichting van Europol voorziet) heeft voorgedaan op het gebied van de politieke samenwerking. Hij stelt terecht de vraag of er in België geen hergroepering van de diensten die met de opsporing van EG-fraude belast zijn, dient te gebeuren met een daarbij passende herverdeling van taken. Minstens vindt hij het even terecht noodzakelijk dat er een officieel overleg tussen de bijzondere en reguliere politiediensten tot stand wordt gebracht en dat de verhouding tussen de reguliere politiediensten inzake toegang tot Interpol en Europol op nieuw wordt bekeken.

Ook de heer R. Vandaele, kapitein bij de rijkswacht, pleit in zijn bespreking van «de EG en de politiediensten» voor een geïnstitutionaliseerd fraudeoverleg. Hij wijst tevens terecht op de problemen in verband met huiszoeking en inbeslagname in een geautomatiseerde omgeving, de problematiek van de deskundigen, het gemis aan strafbaarstelling van rechtspersonen, het nog altijd ontbreken van de mogelijkheid tot telefoontap enz.

De heer H. Smet, commissaris bij de gerechtelijke politie, stelt vast dat er inzake opsporing van EG-fraude in België geen beleid wordt gevoerd en dat de Belgische politiediensten geen contact hebben met de fraudebestrijdingseenheid van de EG (de UCLAF). Hij pleit voor de oprichting van een eenheid, brigade of cel samengesteld uit politieambtenaren en personeelsleden van de douane, het Ministerie van Economische Zaken en het Ministerie van Landbouw onder de leiding van een nationale magistraat. Persoonlijk zijn wij van oordeel dat een coördinerend orgaan noodzakelijk is. De oprichting van een nieuwe «superbrigade» lijkt mij af te raden. Anders dreigt het gevaar dat de niet gespecialiseerde politieambtenaren van de reguliere politiediensten gedemotiveerd worden. Dezen krijgen veel nuttige informatie waarvan zij onvoldoende het belang onderkennen bij gebrek aan kennis van de fraudetechnieken. Een coördinerend orgaan zou als verbindingsorgaan kunnen fungeren tussen de Europese Commissie en de reguliere politiediensten en aldus zorgen voor een betere doorstroming van de informatie in beide richtingen.

Het vierde hoofdstuk handelt over de internationale samenwerking.

Prof. F. Thomas evalueert op een verhelderende wijze de mogelijkheden die de kleine rechtshulp in strafzaken biedt bij de opsporing en de vervolging van EG-fraude. Haar uiteenzetting geldt echter ook voor de gewone misdrijven en is daarom zeer nuttig voor alle strafrechtpraktici. Bovendien een praktisch overzicht van de verdragen waarop de kleine rechtshulp in strafzaken steunt, zet zij ook de modaliteiten uiteen waaronder die rechtshulp plaatsheeft, en de beperkingen waaraan de rechtshulp in de praktijk onderhevig kan zijn.

Raadsheer L. Huybrechts voegt aan dit hoofdstuk nog een model en vuistregels toe voor internationale rogatoire commissies, die van een onschatbare waarde zijn voor parketmagistraten en onderzoeksrechters. De vuistregels betreffen de na te leven vormvoorschriften, de te volgen weg, de aan de rogatoire commissie toe te voegen vertalingen, de bijzondere voorwaarden bij verzoeken om huiszoeking, bij rechtshulp inzake fiscale delicten, inzake witwassen en inzake delicten tegen de financiële belangen van de EG, de kosten en de bevoegde ambtenaren in het kader van de overeenkomst Beneluxsamenwerking.

Het vijfde en laatste hoofdstuk bestudeert de fraudeproblematiek vanuit de invalshoek van het recht van verdediging.

F. Baert en L. Misson, advocaten, toetsen de Belgische wetgeving in verband met landbouw en de producten ervan aan de bescherming van het recht van verdediging geboden door de Europese Commissie en het Hof van Justitie te Luxemburg in het mededingingsrecht. Zij komen tot de terechte vaststelling dat deze bescherming veel verder is uitgewerkt in het licht van art. 6 E.V.R.M. en hopen dat inzake de bestrijding van de landbouwfraude een analoge evolutie wordt gevolgd. De enkele niet correcte tekstwijzigingen doen geen afbreuk aan het belang van hun uiteenzetting.

Volgen dan nog een verslag van de discussies door B. De Smet en een slotwoord van de procureur-generaal R. Van Camp, voorzitter van het studiecentrum.

Alles bij elkaar een boek waarvan de lezing warm wordt aanbevolen aan allen die met bijzonder strafrecht en de ermee verband houdende strafvervolgting te maken hebben.

Dirk Debruyne

JAN VAN BAEI, **Fusies en splitsingen**, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, 528 pp.

Het wekt altijd opnieuw bewondering wanneer iemand vanuit een drukke praktijk ertoe komt een uitvoerige commentaar te schrijven over een nieuwe wet. Zo publiceerde notaris Van Bael in de bekende reeks «Notariële praktijkstudies» een omvangrijke commentaar op de nieuwe wet van 29 juni 1993 inzake fusie en splitsingen. Door deze wet werd de Belgische vennootschappenwet aangepast aan de Derde en Zesde Europese Richtlijn respectievelijk inzake fusies en splitsingen van naamloze vennootschappen.

Het boek valt uiteen in twee gedeeltes, een theoretisch en een praktisch. In het eerste gedeelte wordt de toestand vóór de wet van 29 juni 1993 besproken evenals de toepasselijke richtlijn, de nieuwe regeling door de wet van 29 juni 1993 en de fiscale regeling. Wie eerdere publikaties van notaris Van Bael kent, weet dat deze auteur niet terugdeinst voor een doorgedreven en scherpe analyse van de nieuwe wettelijke bepalingen, dit soms ten koste van de helderheid en beknoptheid van zijn betoog.

Na dit wetenschappelijk gedeelte wijdt de auteur het belangrijkste deel van zijn boek aan het praktische verloop van een fusie- of splitsingsoperatie. Vooral op dit punt onderscheidt het boek zich van de klassieke commentaren op de nieuwe wet.

De eerste invalshoek van de auteur is die van het notariaat, hetgeen geenszins betekent dat advocaten, bedrijfsrevisoren of accountants aan dit gedeelte geen stevige leidraad zouden hebben.

Zo behandelt de auteur bv. zeer gedetailleerd met welke belanghebbende derden (schuldeisers, accountants, bedrijfsrevisoren, juristen, fiscalisten, boekhouder, notaris) vooraf contact opgenomen moet worden en waarover. Een uitvoerige opsomming wordt gegeven van alle te onderzoeken documenten aan de hand van checklists. In de voor de notarissen belangrijke afdeling over de algemene vergadering, geeft de auteur een tijdschema dat gerespecteerd moet worden inzake opmaken van de vereiste documenten en versturen van de agenda. M.b.t. dit laatste stuk wordt nauwkeurig opgegeven welke gegevens daarin verwerkt moeten worden. Daarbij geeft de auteur blijk van een groot realisme bij het verzoeken van de noden van het zakenleven en de strikte regels van de nieuwe wet.

Een aparte afdeling wordt gewijd aan de «Nazorg», zijnde de formaliteiten inzake openbaarmaking, goedkeuring van de jaarrekeningen, formaliteiten m.b.t. inschrijving in het handelsregister en inzake tegenwerpbaarheid.

De pagina's 281 tot en met 457 zijn integraal gewijd aan modellen over alle mogelijke gevallen en varianten van fusies en splitsingen.

Telkens wordt een model voorgesteld van het fusie- of splitsingsvoorstel van de raad van bestuur en van de eigenlijke beslissing van de algemene vergadering. Deze modellen zijn lang en uitgesponnen, waardoor hun bruikbaarheid soms vermindert. Niettemin blijft het voor de practicus altijd gemakkelijker in een model te schrappen dan er clausules aan toe te voegen.

Wel stelt men zich de vraag of het nodig was het nu toch al lijvige boek nog aan te dikken met wetteksten en overwegingen *de lege ferenda* over de zogenaamde nieuwe Reparatiewet (wetsvoorstel 1005) welke reeds wijzigingen aanbrengt in de kersverse fusiewet...

Hilde Laga

E. BREDERVELD, **Gemeenterecht**, Studiepockets Staats- en Bestuursrecht, nr. 8, 3e uitg., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994

De eerste uitgave van deze studiepocket werd met verdiende lof ingeleid bij de lezers van dit blad in *R.W.*, 1987-88, 308.

Inmiddels is, zoals in België, ook in Nederland een Nieuwe Gemeentewet in werking getreden, zodat de derde uitgave weliswaar nog dezelfde opzet heeft als de eerste, maar toch volledig is herzien.

De omvangrijke rechtsstof – die op perfecte wijze tot de essentie is gereduceerd, zoals het past voor een «studiepocket» – is systematisch geordend; waar dit verhelderend werkt, is de historische ontwikkeling van de Grondwet en de Gemeentewet geschetst; op ruime schaal wordt verwezen naar de rechtspraak.

Dit boek was en blijft een uitstekende juridische inleiding tot de gemeente in het Nederlandse staatsbestel.

L.P. Suetens

MEDEDELINGEN

25 jaar Cepina

Cepina, het Belgisch arbitragecentrum, vierde op 21 september 1994 haar 25ste verjaardag met een academische zitting in het Sint-Annakasteel te Brussel.

In zijn openingswoord belichtte de voorzitter van Cepina, Jan Steyaert, de betekenis van de arbitrage in de opbouw van de rechtsstaat. Arbitrage en rechtbank beogen beide een eerlijke en onpartijdige rechtsbedeling. Arbitrage heeft evenwel het voordeel dat het vaak beter aangepast kan worden aan de processuele noden van de partijen. Cepina zorgt voor een degelijke arbitragebeslechting. Cepina-arbitrage wordt dan ook gebruikt in talrijke sectoren van de samenleving.

Voor de voorzitter van het VBO, G. Jacobs, vullen rechtbank en arbitrage elkaar aan. Voor het bedrijfsleven heeft de arbitrage drie troeven: conflictpreventie, snelheid, deskundigheid. Om die redenen verkiezen talrijke bedrijven arbitrage. Ondernemingen vinden het bijvoorbeeld belangrijker snel zekerheid te hebben over hun rechtsrelaties dan verwikkeld te raken in een lang en duur proces. Rechters missen bovendien soms de technische kennis, waarmee een arbiter gemakkelijker de draagwijdte van een geschil vat. De arbiter moet echter onafhankelijk en efficiënt zijn. Bovendien moet hij openstaan voor minnelijke regelingen.

De voorzitter van het Arbitragehof van de Internationale Kamer van Koophandel (IKK), A. Plantey, stelde dat in de internationale handel arbitrage vaak de enige jurisdictie is die voor partijen aanvaardbaar is. Bovendien hanteren de arbiters normen die aan noden in het bedrijfsleven zijn aangepast. Voor sommige geschillen is de IKK-arbitrage het meest geschikt; voor andere is een nationale arbitrage-instelling, zoals Cepina, het meest aangewezen middel.

Prof. W. van Gerven schetste de complexe relatie tussen arbitrage en Europees recht. Er zijn talrijke raakvlakken. Arbitrage kan bijvoorbeeld zeer relevant zijn bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht. Enerzijds wantrouwt de Commissie echter de arbitrage omdat zij vreest dat arbiters niet correct het mededingingsrecht zullen toepassen; anderzijds behoudt het Hof een zekere afstandelijkheid t.o.v. arbiters, die het Hof geen prejudiciële vraag kunnen stellen.

De academische zitting werd muzikaal opgeluisterd en met een leuke receptie afgerond.

Hans Van Houtte