

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

MAURICE ADAMS, Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar 1209

Rechtspraak

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Normaal gebruik – Handelsnaam – 2. Dienstmerk met geografische aanduiding – Misleiding
Benelux-Gerechtshof, 20 december 1996 (*met conclusie van plv. advocaat-generaal N. Edon*) 1215

1. Arbitragehof – a) Beroep vernietiging – Ontvankelijkheid – Belang – b) Rechtspleging – Memorie buiten termijn – **2. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – Vrijheid van meningsuiting – Inhoud – Beperkingen – Wet van 23 maart 1995 1222

Arbitragehof, 12 juli 1996 1222
Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Fout – Materiële overtreding van wets- of verordeningbepaling
Cass., 3 oktober 1994 (*met noot*) 1227

Wegverkeer – Alcoholintoxicatie – Bewijs
Cass., 25 april 1996 (*met noot van E. Desmedt*, «De wijze van vaststelling van de alcoholintoxicatie») 1227

Werkloosheid – Recht op uitkering – Langdurige werkloosheid – Schorsing van het recht – Nationale administratieve commissie – Ambtshalve gegrondheid – Tewerkstelling op dagen en uren die van week tot week verschillen – Verplichting ter beschikking te zijn
Cass., 7 oktober 1996 1229

Stedebouw – Bouwwerk – Reclamebord
Cass., 8 oktober 1996 (*met noot van A. Vandeplas*, «Over reclameborden en bouwwerken») 1229

Strafvordering – Cassatieberoep – Termijn
Cass., 29 oktober 1996 (*met noot van A. Vandeplas*, «Over de termijn om een cassatieberoep in te stellen») 1230

Inkomstenbelastingen – Voorziening voor het hof van beroep – Bevoegdheid van het hof van beroep – Begrip
Cass., 6 december 1996 (*met conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers*) 1231

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Dieren – Fout van het slachtoffer – Vreemde oorzaak – Voorwaarde
Hof Gent, 21 maart 1995 (*met noot*) 1232

Overeenkomst – Schadebeding van 20% van het openstaande saldo van persoonlijke lening op afbetaling (wet van 9 juli 1957) – Geoorloofdheid
Hof Gent, 13 september 1996 1233

Faillissement – 1. Terugvorderingsplicht verkoper – Levering aan de koper – Levering aan een commissionair – 2. Voorrecht van de commissionair – Goede trouw – Beoordeling
Hof Antwerpen, 23 september 1996 (*met noot*) 1234

Leasing – Aard – Financiering – Leasinggever – Vrijwaringsverplichting – Teloorgang van het geleasede goed – Exoneratiebeding
Hof Brussel, 4 december 1996 1236

Collectieve arbeidsovereenkomst – Ondernemings-C.A.O. – Niet neer-legging – Binding – Gemeenrechtelijk overeenkomstenrecht – Uitlegging van overeenkomst
Arbh. Antwerpen, 22 mei 1996 1237

Verjaring – Interesten van geleende sommen – Termijn – Aanvangspunt – Afstand van de verjaring – Stuiting – Dagvaarding – Gevolg – Vordering tot uitoonverdeeldheidtrekking – Einduitspraak – Begrip
Rb. Brussel, 17 oktober 1995 1238

Koop – Consignatie – Tegenwerpbaarheid aan derden – Beslag – Erkend gebruik in de branche
Rb. Leuven, 3 december 1996 (*met noot*) 1239

Aanneming van werk – Aansprakelijkheid – Ondergrondse kabel – Privé-terrein
Kh. Hasselt, 2 januari 1996 1240

Overeenkomst – Toestemming – Dwaling – Peildatum
Vred. Antwerpen, 27 juni 1995 (*met noot*) 1240

Verzekering – Verhaal van de verzekeraar op de verzekerde – Formele vereisten – Sanctie
Pol. Turnhout, 11 juni 1996 1243

Huur – Verhuur van pand als woonhuis en café – Exploitatie van pand door onderhuurder als ontuchthuis, zonder protest van de hoofdhuurder – Nietigheid van de onderhuur - en ontbinding van de hoofdhuurovereenkomst
Vred. Ninove, 17 mei 1995 1244

Bewaargeving – Vestiaire in restaurant – Ophangen van een jas aan kapstok – Jas niet in ontvangst genomen door restauranthouder – Toestemming van restauranthouder voor sluiten van contract van bewaargeving
Vred. Antwerpen, 28 maart 1996 (*met noot*) 1246

Boeken

J.B. Huizing, Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf (*door Bart Servaes*) 1247

J. Hansenne, Les biens. Précis (*door Hendrik Vuye*) 1247

F.J. Van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip (*door Patricia Popelier*) 1248

Mededelingen

Informatiedag: Het wiplash-trauma 1248

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, J.R. Rauws,
A. Vandeplas, A. Van Oevelen, E. Dirix

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
P. Arnou
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
J. Laenens
W. Lambrechts
P. Lemmens
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
L.P. Suetens (†)
M. van Damme
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/658.01.69 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

The **ICI group** is a major global chemical company committed to improve the quality of life through the innovative and responsible application of chemistry and related sciences into areas such as paints, polyurethanes, explosives, Industrial chemicals and others.

A vacancy has arisen within the ICI PU Legal department based at Everberg (East of Brussels)

JUNIOR BUSINESS LEGAL COUNSEL (M/F)

for an initial period of three years; longer term career opportunities can be discussed after this period.

JOB PURPOSE

The job holder will provide support and professional legal advice related to Intellectual Property matters to the PU Business on a worldwide basis in co-operation with other members of the PU Legal department.

REQUIREMENTS

- University degree in Law with an additional specialisation in Intellectual Property Rights.
- 3 to 5 years experience of legal matters in mainly Intellectual Property rights, but also in Commercial Law.
- Perfect fluency in English is required, knowledge of French, Dutch and German are a plus.
- Very good interpersonal and communications skills; teamplayer, be able to work independently and under pressure.
- Be willing to travel.

We offer an attractive salary and a competitive benefits package.

Candidates interested in this vacancy should contact Mrs. M. Van Roey, Human Resources Department at our offices in Everberg (Tel. 02/758.98.43 - Fax 02/758.94.73) or send their application with detailed CV to Mrs M. Van Roey at ICI Europe Ltd., Everslaan 45, B-3078 Everberg, Belgium.

HET ONGEMAKKELIJKE HUWELIJK TUSSEN RECHT EN POLITIEK

EEN ESSAY OVER DE RECHTER ALS EVENWICHTSKUNSTENAAR

Inleiding

1. De Franse revolutie heeft op het Europese continent een cultureel en politiek transformatieproces van verstrekende betekenis op gang gebracht. Sinds de Franse revolutie, en onder belangrijke invloed van (de verwerking) van een politieke filosofie waarvan Rousseau de meest belangrijke woordvoerder was, is het niet of nauwelijks bespreekbaar dat een niet-democratische macht als de rechter een politieke rol mag vervullen. Recht en politiek zouden sindsdien twee duidelijk afgebakende sferen moeten zijn. De rechter dient de wet slechts toe te passen, het is niet zijn taak om politiek te bedrijven. Anders gesteld, het is niet zijn taak recht te maken. Het vaststellen van regelgeving in een democratie dient immers te gebeuren door democratisch gelegitimeerde wetgevers.

2. In de context van de recente gebeurtenissen is deze filosofie in een bijzonder daglicht geplaatst. De verhouding tussen recht en politiek stond in de volle belangstelling. Zelfs in een dergelijke mate dat er nu sprake is van een soort pavlov-reflex: van op het moment dat beide fenomenen – recht en politiek – met elkaar in verband worden gebracht, stijgt als vanzelfsprekend de geur van *scandalitis* op. Ondanks het feit dat veel van de huidige kritiek op het (dis)functioneren van het gerecht terecht is, kan ik mij evenwel niet van de indruk ontdoen dat er in de discussie een aantal zaken met elkaar worden verward. Is het inderdaad noodzakelijk dat de rechter, of het rechterlijk product, apolitek moet zijn? Sterker nog, kan de rol van de rechter überhaupt apolitek zijn? Het antwoord op deze vragen is mijns inziens niet zo vanzelfsprekend als het in het licht van het in het vorige randnummer geformuleerde uitgangspunt lijkt te zijn. Veel hangt onder meer af van de definitie die men hanteert van de term politiek. In dit artikel zal worden gepoogd een en ander vanuit een meer fundamenteel standpunt te analyseren. Hopelijk kan de discussie die op dit moment gaande is daardoor aan zuiverheid winnen.

De rechter als politiek orgaan

3. Herhaaldelijk is er in de afgelopen decennia op gewezen dat er tussen recht en politiek geen absolute scheiding valt door te voeren. De term «politiek» moet daarbij overigens niet vanuit een enge partijpolitieke betekenis worden opgevat – waarbij we als vanzelf denken aan instituten als parlement, regering, gemeenteraad, bestendige deputatie... –, maar eerder in een ruime betekenis, namelijk als het *ordenen* van de *samenleving* aan de hand van *beslissingen* die op *dwingende wijze* aan de *gehele bevolking* worden *opgelegd*.¹

In een dergelijke opvatting doet de rechter zonder twijfel ook aan politiek.² Zijn taak is weliswaar anders dan in de gewone politiek – de rechter kent immers geen subsidies toe en voert geen werkgelegenheidsbeleid – maar daarom niet minder politiek.³ De vele waarderingsmomenten waarmee de rechter tijdens het uitoefenen van zijn functie te maken heeft, brengen hem immers ertoe beslissingen te nemen die de gehele samenleving, inderdaad, op dwingende wijze ordenen. En wanneer er belangrijke waarden in het geding zijn, zijn rechterlijke uitspraken bij uitstek politiek.⁴ Voeg daar nog aan toe dat de rechtsregels waaraan de rechter een waardering geeft, de resultante zijn van een politieke strijd, en het beeld is compleet. «Tussen recht en politiek staat geen muur, maar de herinnering aan een muur. De rechter loopt beide gebieden vrijelijk in en uit.»⁵

schouwer overeenkomt, is die van Easton: «Politics are the authoritative allocation of values in a given society.» (EASTON, D., *The Political System*, New York, Knopf, 1953, 129).

² Vgl. Bell, die zegt dat «(p)olitical' activity may best be described as an exercise of power giving direction to society. Where a decision-maker has a choice of possible courses to take, then his decision inevitably gives direction to society and he is engaging in politics in a deliberate way, rather than being involved in a political process in a passive, purely technical capacity. Such a broad definition would certainly cover the activity of judges in some of the more difficult cases which confront them. They are, by their valuechoices, giving a certain direction to society.» (BELL, J., *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 6). in de lijn van opvattingen als deze wijst Huyse er terecht op dat een opsomming van *organen* die aan politiek doen zeer ruim is. «Vakbonden, patroonsorganisaties, ziekenfondsen, artsensyndicaten en het bedrijfsleven nemen beslissingen die de samenleving ordenen en op dwingende wijze, eventueel via de tactiek van de voldongen feiten, aan de hele bevolking worden opgelegd.» (HUYSE, L., *De politiek voorbij. Een blik op de jaren negentig*, Leuven, Kritak, 1994, 131). Zie tevens STOLKER, C., «De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht», in *Recht en politiek. Nationale en internationale beschouwingen*, Rood, M.G. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 55-56. Deze opvatting over de politieke rol van de rechter maakt trouwens eveneens een van de kernpunten uit van de stellingen van Van Gerven in *Het beleid van de rechter*, Antwerpen/Zwolle, Standaard/Tjeenk Willink, 1973, 166 pp.

³ De beslechting van gevallen uit de wat meer traditionele rechtstakken is daarbij overigens niet minder politiek dan die van gevallen uit rechtstakken die zich eerst en vooral kenmerken doordat ze de resultante zijn van recente politieke ontwikkelingen in de samenleving. Rechterlijke uitspraken op het terrein van bijvoorbeeld het verbintenenrecht kunnen, hoewel minder in het oog springend, even grote politieke implicaties hebben als die op het terrein van het vluchtelingenrecht.

⁴ Zie tevens STOLKER, C., *l.c.*, 58.

⁵ WITTEVEEN, W.J., «Van wetstoepassing naar belangenafweging? De rechter als democratisch politiek orgaan», in *Wederkerige rechts-*

¹ Aldus de definitie van DESCHOUWER, K., *Politiek zonder boe of bah*, Leuven, Kritak, 1992, 11-14. Een andere in de politieke wetenschap veelvuldig gebruikte definitie die sterk met die van De-

4. Het is wellicht van belang om te beklemtonen dat dit inzicht ook als vanzelf voortvloeit uit een aantal taal- en rechtstheoretische inzichten: interpreteren sluit namelijk *noodzakelijk* het maken van betekeniskeuzes in. Zelfs in het geval van interpretatie van een duidelijke (rechts)tekst is dat het geval.⁶ En juist door het maken van deze keuzes ordent de rechter de samenleving. Dat is echter niet het gehele verhaal. Een aantal factoren zorgt er namelijk voor dat de rechter tegenwoordig zelfs een *steeds grotere* politieke rol in de samenleving krijgt toebedeeld. Het beeld van de rechter die regelgevend optreedt in het kielzog van zijn rol als interpreter is ingrijpend verruimd. De laatste decennia heeft hij er een aantal rollen bijgekregen die maken dat hij steeds uitdrukkelijker een politieke plaats in de samenleving inneemt: als controleur (toetsers) en als plaatsvervangend regelgever.⁷ De factoren die hiertoe aanleiding hebben gegeven, liggen zowel op het institutionele als op het materiële vlak, waarbij dient te worden aangetekend dat beide nauw met elkaar zijn vervlochten.⁸

5. Op het institutionele vlak moet eerst en vooral melding worden gemaakt van de rol van het Arbitragehof. Door de uitbreiding in 1989 van zijn toetsingsrepertoire met onder meer het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel wordt dit orgaan nog nauwer betrokken bij het maken van beleidsbeslissingen dan gewone rechtbanken en hoven. Het beoordelen van de gelijkheidsregel nodigt immers expliciet uit om de relevantie en de proportionaliteit van door de wetgever gemaakte onderscheidingen te beoordelen. Het Arbitragehof wordt zo beschouwd inderdaad zeer bewust betrokken bij beleidsafwegingen.⁹⁻¹⁰ Deze evolutie is er dan ook een

betrekkingen. Belangenafweging door de rechter, FRANKEN, A.A. en JOOSEN, E.P.M. (red.), Lelystad, Koninklijke Vermande, 1993, 19.

⁶ In de rechtstheorie bestaat er tegenwoordig tussen auteurs van zeer divers pluimage – auteurs die het voor het overige over vrijwel niets eens zijn – een brede consensus over deze visie op interpretatie in het recht. Zie hierover recent nog ENDICOTT, T.A.O., «Legal Indeterminacy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, 667-669. Bij ons werd dit inzicht vooral door Van Hoecke beklemtoond. Zie VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 432 pp.

⁷ Vgl. POLAK, J.M., «Algemene inleiding», in *De rechter als dictator?*, Lochem, Van den Brink, 1987, 14.

⁸ Zie hierover tevens ADAMS, M., «Wetgeving en beleid. Pleidooi voor een heroverweging van de rol van het parlement in het wetgevingsproces en een systeem van wetsevaluatie», in *Wetgeving in theorie en praktijk*, ADAMS, M. en WINTGENS, L., (red.), Antwerpen, Maklu, 1994, 55-75.

⁹ O.m. hierom loopt Rimanque niet al te hoog op met het Arbitragehof. Zie m.n. RIMANQUE, K., «Kanttekeningen over Grondrechten in België en in de wereld», in *Recht en Macht*, STORME, M., (red.), Brussel, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten, 1990, 49. De situatie mag volgens Suetens evenwel niet overdreven worden. Hij stelt terecht dat het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel aan de diverse wetgevers een ruime vrijheid laten, en dat het Arbitragehof pas in geval van «flagrante schendingen» zal optreden. (SUETENS, L.P., «De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht», *R.W.*, 1993-94, 1314).

¹⁰ In zekere zin deden de gewone rechtbanken en hoven dat reeds door middel van hun bevoegdheid op basis van artikel 159 Gw. Ook een dergelijke toetsing houdt immers een toetsing in die de bestuurlijke vrijheid van de lagere overheden kan beperken.

van parlementaire soevereiniteit naar rechterlijke soevereiniteit, binnen het kader van de Grondwet.¹¹

6. Wat de ontwikkelingen op het materiële vlak betreft, moet eerst en vooral melding worden gemaakt van het steeds intensiever wetgevend en reglementair ingrijpen door de overheid in de samenleving. Regelgeving is vandaag niet zo zeer gericht op *rechtsvaststelling*, maar eerder op *verandering*.¹² Aan wetgeving schrijft men vandaag het instrumentele vermogen toe om bewust nagestreefde maatschappelijke veranderingen op sociaal, economisch en cultureel terrein te verwezenlijken. De regelgever probeert te sturen. De opkomst van de sociale verzorgingsstaat en ontwikkelingen in onder meer wetenschap en technologie *nopen* ook tot ingrijpen van de overheid. De opkomst van wetgeving met betrekking tot het milieu, informele arbeid, de multiculturele samenleving, nieuwe sociale risico's of biotechnologische ontwikkelingen zijn daar bijvoorbeeld het gevolg van. Nieuwe, functioneel gedefinieerde rechtsgebieden zijn mede daardoor ontstaan: het consumentenrecht, het welzijnsrecht, het onderwijsrecht, het mediarecht, het gezondheidsrecht, het verzekeringsrecht, het vreemdelingenrecht... De actievere regelgevende taakopvatting van de overheid is in ieder geval niet alleen het gevolg van ideologische keuzes, maar vaak ook bittere noodzaak.

7. De jurisdisering van de samenleving is ook vanuit een andere optiek een *noodzakelijk gevolg* van een actievere en sturende taakopvatting van de overheid. De in westerse rechtstelsels zo belangrijk geachte rechtsstaatsgedachte met in haar kielzog het legaliteitsbeginsel, heeft namelijk onder meer een *negatieve* of *beperkende* invloed op de bevoegdheden van de overheid, omdat deze zich moet onthouden van niet door *wetgeving gegarandeerd* optreden jegens de burger.¹³ Als de overheid dus, onder meer door de omstandigheden gedwongen, steeds meer de behoefte voelt om in te grijpen in de samenleving, zal dat door middel van regelgeving *moeten* plaatsvinden. Hoe dan ook, voor ons is hier van belang dat deze ontwikkeling ook gevolgen heeft, zoals vrijwel overal in de westerse wereld, voor de kwaliteit van regelgeving. Sociale rechtvaardigheid en technologische ontwikkelingen, en de grote hoeveelheid aan gedetailleerde regelingen gericht op specifieke groeperingen en situaties die daarmee gepaard gaat, geven aanleiding tot complicaties. De behoefte aan beleidsmatig recht leidt tot gecompliceerde regelketens die in de regel ten koste gaan van *kwaliteit* en *kenbaarheid* van *wetstechniek* en *wetssystematiek*. Problemen die nu juist de rechter vaak zal moeten oplossen. Welke wet is van toepassing en wat mag het bestuur al dan niet doen op basis van de hem toekomende bevoegdheden? Er is plaats gemaakt voor een wet die in voortdurende evolutie is en haar stabiliteit verloren heeft, met de gevaren van incoherentie, onzekerheden en tegenstrijdigheden tot gevolg, waarbij de algemeenheid van de rechtsregel en het gelijkheidsbeginsel

¹¹ VELAERS, J., *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 6.

¹² Koopmans spreekt in dezen over een ontwikkeling van *codificering* naar *modificering* (KOOPMANS, T., «De rol van de wetgever», in *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, 223).

¹³ De *positieve* of *verplichtende* strekking van het rechtsstaatsideaal houdt in dat de wetgever ervoor moet zorgen dat het recht ook tot gelding komt en effectief kan worden gehandhaafd.

dreigen te worden aangetast.¹⁴ De door de Franse revolutionairen aan de wet toegeschreven idealen van abstractie, algemeenheid en permanentie zijn in ieder geval in belangrijke mate verdwenen.

8. Deze ontwikkelingen doen zich ook voor op Europees en internationaal vlak. En aangezien de voorrang van het Europees en internationaal recht de rechtscolleges in de lidstaten zelfs vaak *verplicht* om te controleren of de nationale rechtsregels wel in overeenstemming zijn met de hogere rechtsorde, houdt ook dit een steeds actievare rol van de rechter in. Illustratief zijn de recente spanningen op het terrein van de commerciële televisie. Is de weigering van Vlaanderen om de verdere toegang van nieuwe commerciële mediagroepen tot de kabel te verbieden nu wel of niet in strijd met het Europese mededingingsrecht?¹⁵ Een ander voorbeeld betreft de vergaande implicaties op ons personen- en familierecht van het zogenaamde Marckxarrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarin het Belgische onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen werd afgekeurd.¹⁶ Het Europees Hof van Justitie heeft door de jaren heen de nationale rechter trouwens gesterkt met concrete middelen – door middel van concepten als volle werking, richtlijnconforme interpretatie, het beginsel van gemeenschapstrouw, Francovich-aansprakelijkheid enz. – om de effectieve en uniforme werking van het gemeenschapsrecht ook daadwerkelijk te kunnen afdwingen. Daardoor is er een bijna compleet systeem van decentrale EG-rechts-handhaving ontstaan.¹⁷

9. Daarnaast leiden ook de ontzuiling en democratisering van de samenleving – in deze context wordt daaronder verstaan: meer kritische belangstelling van de burger voor het overheidsoptreden – tot meer werk voor de rechter. De burger, al dan niet georganiseerd in belangengroepen of lobby-organen, wordt steeds mondiger.¹⁸ Hij aarzelt niet om tot de rechter te gaan indien hij in zijn belangen meent te zijn geschonden. De rechter wordt meer en meer gezien als remedie tegen elke teleurstelling die men in de samenleving

oploopt.¹⁹ De justitiabele wordt hierin trouwens – in belangrijke mate terecht – gesteund door de overheid die, met name in het administratief recht, steeds meer rechtsbeschermingsmogelijkheden schept.

10. Die ontwikkeling vindt trouwens plaats in een duidelijke wisselwerking met de rechter zelf. Deze voelt door de geschetste ontwikkelingen namelijk weer de behoefte aan (de ontwikkeling van) een aantal kwaliteitsmaatstaven waaraan moet worden voldaan: algemene rechtsbeginselen, beginselen van behoorlijk bestuur, normen van redelijkheid en billijkheid, eisen van sociale rechtvaardigheid...²⁰ De opkomst van een relatief jong, maar fundamenteel belangrijk rechtsgebied als het administratief recht, kan onder meer in dit kader worden verklaard. De mogelijkheden voor de burgers om met de overheid²¹ en elkaar in discussie te treden, worden in ieder geval groter. Er ontstaat een zelfversterkend effect, een «self-fulfilling prophecy». De rechter wordt steeds duidelijker een «trouble-shooter». Maar ook, zoals Hirsch-Ballin terecht en treffend opmerkt, evolueert hij van een *toepasser* van het recht naar *belangenbeslechter*.²² Daarmee doelt hij op het feit dat het recht hoe langer hoe meer complexe belangenverhoudingen aan elkaar koppelt, waardoor de rechter niet meer kan volstaan met de toepassing van de rechtsnorm die uitdrukking geeft aan de door de wetgever gewilde belangenafweging, maar waardoor hij *zelf* steeds explicieter een belangenafweging moet verrichten. Aan het rechtsnormencomplex kan de rechter hoe langer hoe meer slechts de maatstaven (rechtsbeginselen, voorrangsregels, afbakeningen van verantwoordelijkheden, discretionaire bevoegdheden, vage normen...) ontleen aan de hand waarvan hij kan beoordelen in hoeverre de in andere verhoudingen gevormde belangen worden beschermd. Rechtspraak die te strak is gebonden aan de wet, belemmert immers de maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen. Door de zojuist vermelde maatstaven kan de heerschappij van het recht worden gewaarborgd. De daaruit voortvloeiende rechtsvorming door de rechter is onmisbaar om het rechtssysteem als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen en als mechanisme ter oplossing van conflicten die daaruit ontstaan, adequaat te laten functioneren.

11. Dit alles roept natuurlijk vragen op over de juiste rol van de rechter in een democratie. Wat blijft er over van de soevereiniteit van de natie en het idee van de apolitieke rol van de rechter? Een eerste belangrijke constatering in dit

¹⁴ ALEN, A., «'Scheiding' of 'samenwerking' der machten», *Academiae Analecta. Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten. Klasse der letteren*, 1990, 54-55.

¹⁵ Zie daarover R.v.St., 24 januari 1995, nr. 51.274, met advies auditeur BAERT, J. en noot CASTILLE, V., *A.J.T.*, 1994-95, 283-292, en R.v.St., 2 maart 1995, nr. 61.900, met noot CASTILLE, V., *A.J.T.*, 1994-95, 350-354.

¹⁶ E.H.R.M., «Affaire Marckx», 13 juni 1979, *Publ. Cour*, Série A, vol. 31.

¹⁷ Het Luxemburgse Hof gedraagt zich in het algemeen overigens als een echte «motor» van Europese integratie. Zie hierover bv. STEIN, T., «Richterrecht wie anderswo auch? Der Gerichtshof Europäischen Gemeinschaften als 'Integrationsmotor'», in *Richterliche Rechtsfortbildung*, Heidelberg, Müller Juristische Verlag, 1986, 619 e.v.

¹⁸ Ook Schuyt merkt in dit verband op dat democratisering niet tot vermindering van conflicten leidt, maar integendeel tot uitbreiding daarvan. Democratisering heeft bij de burgers immers het besef doen ontwaken dat wet en recht niet slechts een instrument zijn van beleid, maar ook een waarborg. Politiek protestgedrag, inclusief actie voor de rechter, is daar overigens slechts één van de gevolgen van (SCHUYT, C.J.M., «De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving», in *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 311).

¹⁹ KOOPMANS, T., «Constitutionele toetsing», in *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging*, I, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 53. Koopmans is tevens van mening dat, aangezien de meeste maatschappelijke problemen geherformuleerd kunnen worden als een probleem van uitlegging van grondrechten, de ruimte voor het voeren van juridische procedures enorm wordt vergroot (KOOPMANS, T., «Overbelasting van de rechter», *NCJM-Bulletin*, 1989, 8).

²⁰ WITTEVEEN, W.J., *l.c.*, 19.

²¹ Hoewel de situatie op een aantal punten nog duidelijke gebreken vertoont. Zie wat betreft de administratieve rechtsgang bv. VAN ORSHOVEN, P., «Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Naar een jurisdictioneel monisme», *R.W.*, 1994-95, 897-908, en CROMHEECKE, M. en VANDE LANOTTE, J., «Een overzicht van administratieve rechtscolleges», *T.B.P.*, 1995, 547-556.

²² HIRSCH-BALLIN, E.M.H., «Onafhankelijk rechtsvorming», in *Rechtsstaat & Beleid. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 296-312.

verband is enerzijds dat de grondidee van een onderscheid tussen recht en politiek, ondanks de geschetste ontwikkelingen, niet helemaal heeft afgedaan, en anderzijds dat er van een *strikt* onderscheid in het Belgische staatsbestel ook nooit sprake is geweest. Wat het tweede aspect betreft, heeft de Belgische Grondwetgever, ondanks de duidelijk primaire positie van de wetgevende macht, geen al te dogmatische opvatting gehuldigd aangaande een absolute beperking van de verschillende functies tot een specifieke kerntaak.²³ De functies van de staatsorganen zijn nooit tot hun hoofdfunctie beperkt geweest. Zo maken de *wetgevende kamers*, die sowieso hun functie al delen met de Koning,²⁴ ook akten van *administratieve aard* in de vorm van wetgeving²⁵ en verrichten ze handelingen van hoge voogdij²⁶ – vreemd aan de uitoefening van de wetgevende macht – en jurisdictie.²⁷ Ook de uitvoerende macht – de «Koning»²⁸ – neemt op velerlei wijze deel aan de uitoefening van de wetgevende macht,²⁹ en heeft een belangrijke verordenende bevoegdheid die feitelijk op de uitoefening van een wetgevende functie neer komt.³⁰ Ook kan hij het Parlement ontbinden of verdagen,³¹ als mede door rechters uitgesproken straffen kwijtschelden of verminderen.³² De rechterlijke macht ten slotte kan de toepassing weigeren van onwettige besluiten en verordeningen,³³ en het Hof van Cassatie neemt kennis van conflicten van attributie.³⁴ Bovendien kunnen zelfs actieve overheidsorganen rechtsprekende handelingen verrichten.³⁵ Vandaar dat Ganshof van der Meersch stelde dat de verhouding tussen de verschillende machten in de staat enkel een middel is om de openbare macht te verdelen, zodanig dat diegenen bij wie de onderscheiden machten berusten elkaar in de grenzen van hun respectieve functies kunnen tegenhouden.³⁶ «Checks and balances» dus. Wat van belang is, is dat de onderscheiden machten elkaar door onderlinge controle in evenwicht houden.

12. De vraag waar het mijns inziens dus eigenlijk om gaat, is niet zozeer of er al dan niet een *strikte* scheiding tussen recht en politiek bestaat, maar of er in dit verband voldoende waarborgen bestaan voor de burgers tegen een overmatige uitoefening van het bestuur. De evolutie die we de laatste decennia zien, is dat de overheid is verworden van een

garantie voor de handhaving van het recht, tot een van de potentieel grootste bedreigingen voor de uitoefening van rechten.³⁷ Het tegenwicht daarvoor kan mijns inziens alleen bij de rechter worden gevonden. De taak van het Arbitragehof ligt zo beschouwd voor een belangrijk deel in de lijn van dit belang. Voor zover het zijn bevoegdheid in het kader van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet betreft, is het Arbitragehof een echte *belangenbeslechter* die de negatieve gevolgen voor de burger van de steeds maar groeiende taakuitoefening van de uitvoerende en wetgevende macht probeert te beheersen of in te perken. Ook de andere geschetste ontwikkelingen passen in dit kader van een steeds sterker uitgebouwde rechtsbescherming ten behoeve van de justitiabelen. Dat de *onafhankelijkheid* van de rechterlijke macht in het geschetste schema nog het meest in het oog springt, mag dan ook niet verbazen. Deze onafhankelijkheid is ten behoeve van de bescherming van de justitiabelen een uitermate belangrijk goed in de rechtsstaat. De fundamentele rechten vereisen een voortdurende bescherming van de persoon tegen het gezag, en die bescherming moet uitgaan van een volstrekt onafhankelijk en onpartijdig orgaan.³⁸ De rechterlijke macht mag dus wel tussenkomen in de uitvoerende en wetgevende macht, maar in principe nauwelijks andersom,³⁹ dat wil zeggen dat de uitvoerende en wetgevende macht zich van elke rechtstreekse inmenging in een gerechtelijk onderzoek moeten onthouden. Maar dit wil niet zeggen, zoals sommigen tegenwoordig beweren, dat de politiek (in de enge betekenis van het woord) zich niet mag mengen in het functioneren van de organisatie van het gerecht.

13. Als de taak van de rechter wordt gezien zoals zojuist werd beschreven, is de spanning die zijn «politieke» rol oproept niet meer dan logisch. Het is een bewijs voor het goed functioneren van de verschillende machten ten opzichte van elkaar. De vormgeving van de verhoudingen tussen de verschillende functies in de staat dient afhankelijk te zijn van de context waarin ze functioneert. Deze vormgeving is namelijk juist bedoeld om met de spanning die de vermenging van de rechterlijke en politieke functie oproept, om te gaan.⁴⁰ De idee, de fictie zo men wil, van een scheiding tussen recht en politiek is met andere woorden niet star of statisch, maar moet veeleer relationeel worden opgevat. Daarmee is natuurlijk nog niet gezegd dat de steeds intensievere rol van de rechter onproblematisch is. In een moderne staat, waarin machten geacht worden elkaar te controleren en in evenwicht te houden, is het namelijk nodig te blijven oordelen

²³ Zie ALEN, A., *l.c.*, 18. Tevens GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., conclusie bij Cass., 3 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 89, n.34. MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgische grondwettelijk recht*, Brussel, Story Scientia, 1987, 87-89, en VELU, J., *Droit public*, I, Brussel, Bruylant, 1986, 314-325.

²⁴ Zie de artt. 36 en 74 Gw. ook akten van *administratieve aard* in de vorm van wetgeving

²⁵ Zie de artt. 9, 89, 162, 2e al. 6°, 174, 183 en 195 Gw.

²⁶ Zie de artt. 87, 91-95, 151, 167-169 en 180 Gw.

²⁷ Zie de artt. 48, 59, 103 en 125 Gw.

²⁸ Zie art. 37 Gw.

²⁹ Zie de artt. 75, 100 en 109 Gw.

³⁰ Zie art. 108 Gw.

³¹ Zie de artt. 45-46 Gw.

³² Zie de artt. 110-111 Gw.

³³ Zie art. 159 Gw.

³⁴ Zie art. 158 Gw.

³⁵ Zoals het Rekenhof, de bestendige deputatie, de directeurs der belastingen, het college van burgemeester en schepenen.

³⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *l.c.*, 90.

³⁷ KOOPMANS, T., *Constitutionele toetsing*, in *o.c.*, 81-82.

³⁸ KRINGS, E., «Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht», *R.W.*, 1989-90, 172. Vgl. CHARLES, R., DELANGE, R., DUMON, F. en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «De grondwettelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht», *R.W.*, 1990-91, 16-20.

³⁹ In die zin zou men dan ook kunnen stellen dat door de toenemende vermenging van wetgeving (politiek) en bestuur enerzijds en door de nog steeds onafhankelijke positie van de rechtsprekende macht anderzijds, er sprake is van een *Duas Politica*. Zie tevens JURGENS, E., «Naar een duas politica», *Socialisme en Democratie*, 1991, 469-474.

⁴⁰ Vgl. WITTEVEEN, W.J., «Zeer vrij naar Montesquieu», in *De trias onder spanning*, CLITEUR, P.B. en RUTGERS, M.R. (red.), Groningen, Wolters-Noordhoff, 1990, 49.

over de vraag of de controle niet te ver gaat en of er onder het mom van het vestigen van een machts-evenwicht in feite geen nieuwe ongecontroleerde machtsposities worden ingenomen.⁴¹ Een idee van machts-evenwicht mag dus niet worden tot een gebrek aan evenwicht. De grondidee van een scheiding tussen recht en politiek is dan ook slechts van belang in zoverre zij een kritisch oog kan werpen op deze machtsposities. Voor de beoordeling van de rol van de rechter is dat vooral van belang omdat zijn democratische legitimatie, formeel gezien, niet zo ondubbelzinnig is als die van de wetgever. De vraag zal ten aanzien van de rechter daarom steeds opnieuw moeten zijn *hoe* hij van zijn bevoegdheden gebruik maakt of moet maken. En het antwoord op deze vraag is steeds afhankelijk van de concrete situatie waarover hij een oordeel moet vellen. Onder welke condities kan de rechter nu een nuttige evenwichtsfunctie uitoefenen?

De evenwichtsfunctie van de rechter

14. In een discussie over de grenzen van de bevoegdheid van de rechter ten opzichte van de wetgever, bestaat het gevaar dat men zich al te zeer gaat concentreren op een theorie over de afbakening van die grenzen. Waar het echter bij een redelijke afgrenzing tussen beide organen in de eerste plaats om gaat, zijn de praktische moeilijkheden die daarbij kunnen worden ontwaard.⁴² Vandaar dat de theoretische stelling die in de vorige alinea naar voren werd geschoven, nu moet worden geïllustreerd aan de hand van meer concrete voorbeelden.

15. Van Gerven heeft in dat verband drie situatietypes beschreven die de respectieve rol van wetgevende en uitvoerende macht enerzijds, en de rechterlijke macht anderzijds kunnen afbakenen.⁴³ Deze situaties – strikte criteria zijn het duidelijk niet – kunnen inderdaad een belangrijke leidraad vormen om te oordelen of de rechter als rechtsvormer nog een nuttige evenwichtsfunctie vervult en of hij de grenzen van zijn taak niet overschrijdt.

16. In de eerste plaats is er de situatie waarbij geen belangrijke waardeoordelen van de rechter moeten worden verwacht. De enige waarde die op het spel staat, is namelijk dat er orde heerst. De justitiabelen moeten in deze situatie precies weten wat van elkaar te verwachten. Met betrekking tot verkeersregels is dit bijvoorbeeld het geval. Maar ook bij sommige zuiver technische regels die bijvoorbeeld betrekking hebben op procedures of vennootschappen... In deze situaties dient de rechter, voor zover mogelijk, de rechtsregels gewoon toe te passen op de feitsituatie die voorligt. Dat wil zeggen dat hij zich niet mag begeven aan vergezochte interpretaties. De lagere rechter kan zich bij uitstek richten op precedenten van de hogere rechter. De hogere rechter mag bovendien slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden afwijken van vroegere beslissingen. In de tweede plaats

zijn er de situaties waarbij waardeoordelen in het geding zijn die op dat moment weinig controversieel zijn of waarover een brede consensus bestaat. Bijvoorbeeld bij situaties betreffende het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht waarvan de uitgangspunten vrij algemeen aanvaard worden. Idealiter zou de wetgever in deze situatie minstens algemene regels dienen uit te vaardigen, die de rechter in staat stellen een soepele uitvoering – bijvoorbeeld in het licht van de (veranderende maatschappelijke) omstandigheden – aan de waardenprioriteiten te geven. Vage normen zijn in deze situatie bij uitstek geschikt. Voor zover er geen wetgeving ter beschikking staat, dient de rechter aansluiting te zoeken bij de in de samenleving heersende consensus dienaangaande. De rechter heeft bij dit soort regels inderdaad een creatieve taak, maar het ontwikkelen van het recht door middel van precedenten doet geen fundamentele vragen rijzen. Het derde situatietype betreft oordelen waarbij belangrijke waardeoordelen in het geding zijn die nog niet zijn gerijpt of die controversieel zijn. Een voor de hand liggend voorbeeld is dat van ethische kwesties zoals euthanasie. Voor zover een vraag over een dergelijk geval bij de rechter voorligt en er nog geen wetgeving over bestaat, en dat is vaak het geval, dient de rechter een niet al te abstracte regel op te stellen. Het gaat dan om beslissingen in het individuele geval, beslissingen op pragmatische basis. Indien de wetgever te lang stilzit, en indien dit stilzitten te wijten is aan een gebrek aan efficiëntie, staat het de rechter vrij om een rechtsregel met een hoge(re) mate van abstractie op te stellen. Aan die drie situatietypes worden ook steeds andere eisen met betrekking tot de motivering gesteld. Hoe meer een aangelegenheid eigenlijk door de wetgever zou moeten worden beslecht, hoe omstandiger de motivering van de rechter zou dienen te zijn.

17. Eén nuance moet worden gemaakt wat betreft de aansluiting bij de consensus in de samenleving, waarvan Van Gerven in het tweede situatietype melding maakt. Voor zover daarmee wordt bedoeld op zoets als de publieke opinie – «de onder de Belgen levende rechtsovertuigingen» – kan een dergelijke consensus uitdrukkelijk niet meer betekenen dan een indicatie (een richtlijn of een gezichtspunt) voor het rechterlijk oordeel. Eventueel zelfs een belangrijke indicatie, maar desondanks nog altijd een indicatie die noodzakelijk van relatieve betekenis is. Om het met een extreem voorbeeld te stellen: tijdens het nazi-regime werd vaak een beroep gedaan op een populaire consensus, in de vorm van het zogenaamde *gesundes Volksempfinden*, als leidraad voor het rechterlijk oordeel. Dit om de meest gruwelijke beslissingen te legitimeren. Wat milder en abstracter gesteld: de consensus in een samenleving kan berusten op vooroordelen of machtsongelijkheden, en in die zin uitermate onderdrukkend werken. Voor zover er door de rechter op zoek gegaan wordt naar deze consensus, moet het daarom niet gaan om een populaire, maar noodzakelijk om een kritische of rationele consensus.⁴⁴

18. Van Gerven richt zich in zijn studie alleen op die gevallen waarbij al dan niet waardeoordelen betrokken zijn. Uiteraard bestaan er verscheidene situaties waarin de rechter minstens een zekere terughoudendheid dient te betrach-

⁴¹ WITTEVEEN, W.J., «Van wetstoepassing naar belangenafweging?», *I.c.*, 19.

⁴² Aldus ook SNIJDERS, W., «De rechter als dictator?», in *De rechter als dictator?*, Lochem, Van den Brink, 1987, 146. Tevens STOLKER, C.J.M.M., *I.c.*, 59.

⁴³ VAN GERVEN, W., «Plaats en functie van regelgeving, rechtspraak en rechtsleer in het kader van de rechtsvorming», in *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, VAN GERVEN, W. en LEYTEN, J.C.M., Zwolle/Antwerpen, Tjeenk Willink/Standaard, 1977, 19-24.

⁴⁴ Ook Wiarda heeft gewezen op het relatieve belang van de onder het volk heersende rechtsovertuigingen (WIARDA, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 81-82).

ten, of waarin hij in ieder geval niet al te zeer rechtsvormend zou moeten optreden.

19. Indien het niet mogelijk is om de consequenties van een uitspraak te overzien of indien een bepaalde keuze door de rechter een meeromvattende verandering van het recht zou moeten inhouden, zou er eveneens een niet te abstracte rechtsregel voor het individuele geval moeten worden opgesteld. Behalve uit de beperktere democratische legitimatie van de rechter, volgt dit logisch uit het feit dat rechterlijke regelgeving niet zomaar gelijk te stellen is met daden van reguliere regelgeving. De rechter krijgt in tegenstelling tot de wetgever een bepaalde vraag slechts *voorgelegd*. Hij wordt er plotseling mee geconfronteerd. Hij heeft geen «initiatiefrecht». Maar nog belangrijker is dat de voorgelegde zaak in het grootste deel van de gevallen slechts een onderdeel van een meer omvattend probleem is.⁴⁵ Dit vraagt om een zekere voorzichtigheid van de rechter. Hij kan namelijk niet zoals de wetgever beschikken over alle materiaal, zoals een overzicht van de (sociaal-economische) beleidsimplicaties op basis van uitvoerig empirisch onderzoek of rapporten van adviescolleges, dat aan het gewone proces van wetgeven voorafgaat (of dat daar in ieder geval aan vooraf zou moeten gaan). De rechter heeft ook anderszins beperktere mogelijkheden dan de wetgever: zo kan hij bijvoorbeeld geen handhavingsapparaat instellen of vergunningenstelsels in het leven roepen. Slechts in het geval de wetgever nalatig blijft, zoals ook bij het derde situatietype van Van Gerven werd gesteld, zou er door de rechter een meer abstracte rechtsregel mogen worden opgesteld.

In principe dient hij echter binnen de mogelijkheden van het geldende recht te blijven. Hij mag met andere woorden slechts instaan voor kleine veranderingen in het juridisch systeem zonder de algehele coherentie van het bestaande raamwerk aan te tasten.

20. Indien er een *prima facie* duidelijke wettekst ter beschikking staat, zal de rechter daar in principe niet van mogen afwijken. *Contra legem* gaan is *not done*. Uiteraard gaat het hier om een algemene regel. Uitzonderingen moeten mogelijk zijn, bijvoorbeeld in het geval een wettelijke regeling volledig achterhaald of verouderd is. Of indien door een *prima facie* duidelijke wettekst het doel van een wettelijke regeling wordt gefnuikt. Ook indien de wetgever zelf reeds actief is met het ontwerpen van wetgeving voor (onder meer) het geval dat ter beoordeling voorligt, moet de rechter zich beperken tot een niet te abstracte beslissing een beslissing die zich nadrukkelijk toespitst op de specifieke omstandigheden van het geval. Rechtspraak mag het wetgevingsproces niet doorkruisen.⁴⁶ Dit geldt des te meer indien de wetgever daadwerkelijk op het punt staat om met een nieuwe wettelijke regeling naar buiten te komen. Anticipatie op de nieuwe wetgeving zou dan een gepaste maatregel kunnen zijn, tenzij de nieuwe maatregel een duidelijke breuk met het oude recht betekent. In dat laatste geval zou er namelijk een te flagrante schending van het vertrouwensbeginsel kunnen plaatsvinden. Dit alles is niet meer dan een erkenning van de primauteit van de wetgevende macht.

21. Ook indien in algemene zin een verandering van rechterlijke regelgeving een duidelijke breuk met het bestaande

recht zou betekenen, vraagt het vertrouwensbeginsel om de gepaste voorzichtigheid.⁴⁷ Overgangsrechtelijke maatregelen zouden eventueel voor een oplossing kunnen zorgen.

22. Uiteraard is deze lijst van situatietypes voor de afbakening van de respectieve rol van rechter en wetgever niet exhaustief. Ook kunnen er zich tussen die situaties onderling vele verschillende schakeringen voordoen. Desondanks zijn de zojuist gepresenteerde situatietypes toch duidelijk genoeg om als algemene leidraad te kunnen dienen.

Conclusie

23. De conclusie uit het voorgaande is dat de rechter in principe slechts mag sturen – hij heeft met andere woorden «limited discretion» – en zich niet zo vrij mag gedragen als de wetgevende macht. Hij is in die zin dan ook in de eerste plaats een arbiter en niet degene die de leiding in het rechtsvormingsproces dient te nemen. De taak van de rechter is principieel en primair bedoeld om geschillen te beslechten en niet, hoewel meer en meer een onvermijdelijke bijkomstigheid, gericht op rechtsvorming. Dat volgt uit het feit dat de rechter een beperktere democratische legitimatie heeft dan de wetgever. Vooral dat hij nauwelijks ter verantwoording kan worden geroepen, is een probleem. Vandaar dat voor zover de rechter steeds vaker wordt gedwongen zich regelgevend op te stellen, de behoefte aan een deugdelijke motivering alleen maar groter wordt. De keerzijde van rechterlijke rechtsvorming is immers een omvangrijkere motiveeringsverplichting, want slechts op de inhoud van zijn argumenten kan de rechter door de samenleving worden aangesproken.⁴⁸ Dit alles heeft als implicatie dat in voorkomend geval de rechter activistisch moet zijn als controlerende en (bij)sturende instantie, maar tevens dat hij gelijktijdig een zekere terughoudendheid moet betrachten. Slechts in bijzondere omstandigheden mag hij zich zeer activistisch opstellen. De rechter mag in principe slechts instaan voor kleine verbeteringen of veranderingen in het juridisch systeem zonder de algehele coherentie van het bestaande raamwerk aan te tasten.

24. Er moet een onderscheid blijven bestaan tussen het essentieel politieke *an sich* en het politieke van de rechtspraak. Rechtspraak *kan* weliswaar vergaande politieke implicaties hebben omdat de rechter door als scheidsrechter op te treden gelijktijdig het gedrag van leden van de samenleving – burger of overheid – reguleert en nieuwe rechtsregels opstelt, maar daarmee *is* het nog geen politiek in de klassieke of enge betekenis van het woord. De volksvertegenwoordiger bijvoorbeeld heeft een politieke agenda en moet rekening houden met de achterban. De rechter daarentegen moet een oplossing zoeken voor rechtsvragen in de context van wet, jurisprudentie en in de samenleving heersende consensus. De rechter mag niet uitgaan, in tegenstelling tot de volksvertegenwoordiger, van een politieke agenda.⁴⁹ Dat betekent niet dat rechters geen politieke opvattingen mogen hebben. Integendeel, zij zullen zich daar zelfs uitdruk-

⁴⁷ Vgl. *ibid.*, 73-74.

⁴⁸ Vgl. NIEUWENHUIS, J.H., «Een discursieve grootheid», *Nederlands Juristenblad*, 1995, 1391.

⁴⁹ ROYER, S., «De professionele habitus van de rechter», *Nederlands Juristenblad*, 1996, 1577.

⁴⁵ Vgl. STOLKER, C.J.J.M., *l.c.*, 65.

⁴⁶ *Ibid.*, 75-76.

kelijk van bewust dienen te zijn, juist om er afstand van te kunnen nemen.⁵⁰ Het recht heeft zo begrepen juist eigen waarden, eigen redeneerwijzen, eigen manieren van conflictoplossen die niet inherent politiek zijn. Het recht moet namelijk garant kunnen staan voor een procesgang waarin ieder argument onbevangen kan worden ingebracht, en voor een beslissing waarin deze argumenten onbevooroordeeld tegen elkaar worden afgewogen.⁵¹

25. Resumerend kunnen we stellen dat de regelgevende of politieke rol van de rechter in principe geen fundamen-

tele vragen doet rijzen over de rol van de rechter in een democratie, zolang deze minstens bereid is om voor zijn beslissingen verantwoording af te leggen in de vorm van een deugdelijke en op kritische consensus gerichte motivering. Zo begrepen, kan de rechter wel degelijk als democratisch politiek orgaan functioneren. Dat de rechter niet aan politiek mag doen, kan, voor zover daar tenminste onder wordt verstaan dat de rechter niet rechtsvormend mag optreden, niet meer zijn dan een holle frase. Dat de rechter bij het uitoefenen van zijn taak desondanks de nodige terughoudendheid moet betrachten, doet niets af aan deze conclusie.

Maurice ADAMS
Assistent UFSIA

⁵¹ WITTEVEEN, W.J., «Van wetstoepassing naar belangenafweging?», *l.c.*, 20, en KOOPMANS, T., «Constitutionele toetsing», in *o.c.*, 83.

⁵⁰ *Ibid.*, 1577.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

Zaak A 95/2

20 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. Stranard

Openbaar ministerie: de h. Edon

Advocaten: mrs. Decker, Mertens, Elvinger en Van Innis

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Normaal gebruik – Handelsnaam – 2. Dienstmerk met geografische aanduiding – Misleiding

1. Het gebruik van een handelsnaam door een dienstverlenende onderneming kan in de regel niet worden aangemerkt als normaal gebruik in de zin van art. 5 onder 3 (oud) BMW, noch als gebruik in de zin van art. 13, A, (oud) BMW, van een aan de handelsnaam gelijkkluidend dienstmerk voor de door die onderneming aangeboden of verleende diensten. Van normaal gebruik als hiervoor bedoeld kan echter wel sprake zijn, indien het publiek het gebruik van de handelsnaam in feite opvat als gebruik van een teken waarmee de aangeboden en verleende diensten van die van anderen worden onderscheiden.

2. De vraag of een dienstmerk dat een geografische aanduiding bevat, tot misleiding van het publiek kan leiden in de zin van art. 4 onder 2 BMW, wanneer het publiek de onjuiste indruk krijgt dat de onder dit merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele met die geografische aanduiding bedoelde gebied, kan slechts dan bevestigend worden beantwoord indien voor het publiek de omstandigheid dat de onder het merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele met die geografische aanduiding bedoelde gebied, van belang is voor zijn oordeel omtrent de voor het publiek relevante aard, de herkomst, de kwaliteit of andere kenmerken van deze diensten.

Conclusie van de plaatsvervangend advocaat-generaal N. Edon

1. Bij vonnis van 10 februari 1995 zijn door de «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg, tweede kamer, zitting houdende in handelszaken, vragen van uitleg van de artikelen 5.3, 4.2 en 13.A.1 van de eenvormige Benelux-wet op de merken aan het Benelux-Gerechtshof gesteld.

Die vragen luiden als volgt:

«1) Kan het gebruik door een dienstverlenend bedrijf van zijn handelsnaam worden aangemerkt als normaal gebruik – in de zin van artikel 5, lid 3, van de Eenvormige Benelux-wet – van het merk voor de door dat bedrijf aangeboden diensten, wanneer merk en handelsnaam uit hetzelfde teken bestaan?

2) Kan een uit een geografische naam bestaand dienstmerk als misleidend worden beschouwd op grond dat het publiek daardoor in de waan kan worden gebracht dat de betrokken diensten in het gehele door de geografische naam aangeduide gebied of aan een in heel dat gebied geworven cliënteel worden c.q. zouden (kunnen) worden aangeboden, terwijl de houder van dat merk zijn diensten slechts in een klein deel van dat geografische gebied aanbiedt c.q. zou kunnen aanbieden? Waar het met name om de geografische naam «Europa» gaat, hoe wordt voorgaande vraag beantwoord als de betrokken diensten enkel in een land van Europa en aan de cliënteel van één enkel land, en zelfs van slechts één of twee regio's binnen één enkel land van Europa worden aangeboden?

3) Kan het gebruik van een vennootschaps- of handelsnaam die met een gedeponeerd dienstmerk overeenstemt, worden aangemerkt als gebruik betreffende de dienstverle-

ning in de zin van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet?»

2. Het geding waaromtrent die vragen van uitleg zijn gesteld, wordt gevoerd tussen de naamloze vennootschap naar Belgisch recht Europabank NV (hierna te noemen de vennootschap Europabank) enerzijds en de naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht Banque pour l'Europe S.A., in de Duitse taal Europa Bank AG (hierna te noemen de vennootschap Banque pour l'Europe) anderzijds, welke door de vennootschap Europabank wegens gebruik van de benaming «Europa Bank» wordt verweten inbreuk te maken op de merken waarvan de vennootschap Europabank houdster is.

3. Uit de overwegingen van het vonnis van 10 februari 1995 blijkt dat de vennootschap Europabank een Belgische bank is, die gevestigd is te Gent en werd opgericht in 1964 en die zich met traditionele bankzaken inclusief «private banking» bezighoudt via agentschappen die onder meer in Vlaanderen en Brussel verspreid zijn.

4. De vennootschap naar Luxemburgs recht Banque pour l'Europe werd op 3 mei 1988 opgericht onder een drievoudige vennootschapsnaam in de Franse taal, de Duitse taal (Europa Bank AG) en de Engelse taal.

De vennootschap Banque pour l'Europe werd op 4 mei 1988 in het handelsregister ingeschreven. Daarbij zij nog opgemerkt dat de oprichtingsakte van de vennootschap Banque pour l'Europe op 5 juli 1988 werd bekendgemaakt (*Mémorial, Recueil spécial des sociétés et associations*, pp. 8679-8682).

De vennootschap Banque pour l'Europe is hoofdzakelijk een handelsbank en ontplooit haar activiteiten in heel Europa.

5. De vennootschap Europabank heeft de naam Europabank zowel als vennootschaps- als handelsnaam aangenomen.

Zij heeft de naam Europabank als warenmerk en als dienstmerk gedeponeerd en is houdster van zowel internationale als Benelux-merken. Bij vonnis van 10 februari 1995 is de vennootschap Europabank akte ervan verleend dat zij enkel nog van het Benelux-depot nr. 443032 van 19 mei 1988 wilde gewagen. Het merk Europabank is in dit verband gedeponeerd als dienstmerk van klasse 36 «verzekering en financiën» en in het bijzonder voor bankzaken en kredietverlening.

6. Door de vennootschap Banque pour l'Europe is een tegenvordering ingesteld, welke ertoe strekt het verval van het merk enerzijds en de nietigheid van het depot van het merk anderzijds te laten constateren.

7. Zij betwist allereerst dat door de vennootschap Europabank normaal gebruik van haar merk is gemaakt voor de diensten waarvoor het werd ingeschreven binnen drie jaar volgend op het depot, namelijk tussen 19 mei 1988 en 19 mei 1991, en stelt daarbij dat de vennootschap Europabank het onderscheidend teken Europabank enkel als vennootschaps- c.q. handelsnaam heeft gebruikt en niet ter aanduiding van de financiële, bank- of verzekeringsdienst welke zij haar cliënteel aanbiedt.

8. Zij besluit voorts tot de nietigheid van het depot ingevolge artikel 14 van de eenvormige Beneluxwet, aangezien het merk Europabank in de zin van artikel 4.2 van de eenvormige wet als misleidend dient te worden aangemerkt, nu de cliënteel op een dwaalspoor wordt gebracht daar deze

meent te maken te hebben met een instelling van internationaal formaat, die haar diensten op de internationale markten aanbiedt, terwijl de vennootschap Europabank in feite slechts een regionale bank zou zijn, die zich niet met financiële of verzekeringsdienst op de internationale markt bezighoudt.

9. Het Benelux-Gerechtshof is op grond van het bepaalde in artikel 6 van 's Hofs Verdrag bevoegd van het verzoek om uitleg van de bepalingen van de eenvormige Beneluxwet op de merken kennis te nemen.

10. Het geding dat aan dit verzoek om uitleg ten grondslag ligt, heeft hoofdzakelijk betrekking op de bescherming van een zgn. «dienst»merk, m.a.w. een teken ter onderscheiding van aan het publiek aangeboden diensten.

11. Bij Protocol van 10 november 1983 houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet die als bijlage is gevoegd bij het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken van 19 maart 1962, is een bescherming van dienstmerken ingevoerd, waarbij ervoor is gekozen de bepalingen inzake warenmerken tevens voor dienstmerken te laten gelden. Op grond van artikel 39 van hoofdstuk V van de eenvormige Beneluxwet op de merken wordt aldus het bepaalde in de hoofdstukken I, II en IV van de eenvormige Beneluxwet van overeenkomstige toepassing verklaard op dienstmerken.

12. De rechthebbende op een dienstmerk zal dus artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken kunnen aanvoeren om zich te beschermen tegen elk gebruik van zijn teken of van een daarmee overeenstemmend teken door anderen voor (soort)gelijke diensten als die welke door zijn merk zijn gedekt.

13. In casu wordt het Benelux-Gerechtshof verzocht uitspraak te doen over de vraag of het bepaalde in artikel 13, onder A, eerste lid, aanhef en sub 1 toepassing kan vinden bij een conflict tussen het dienstmerk en een vennootschaps- of handelsnaam.

14. In het kader van het verzoek om uitleg is met betrekking tot artikel 13.A.1 sprake van «gebruik van een vennootschaps- of handelsnaam» (Fr.: «l'emploi d'une dénomination sociale ou d'un nom commercial») en in verband met artikel 5.3 van «gebruik van de handelsnaam» (Fr.: «l'usage du nom commercial»). In (de oorspronkelijke Franse versie van) het vonnis van de «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg van 10 februari 1995 worden voorts in de overwegingen nu eens de termen «raison sociale» gehanteerd («la société Europabank a adopté depuis sa constitution en 1964 le nom de Europabank en tant que raison sociale»), dan weer de woorden «dénomination sociale» («la société Banque pour l'Europe a été constituée en 1988 sous une triple dénomination sociale, dont la version en langue allemande Europa Bank AG») of nog de termen «nom commercial» dan wel «dénomination commerciale» («la société Europabank a adopté depuis sa constitution le nom de Europabank non seulement à titre de raison sociale mais aussi à titre de dénomination commerciale»).

Er lijkt allereerst dan ook aanleiding toe te bestaan de gehanteerde terminologie te verduidelijken.

15. De termen «raison sociale» en «dénomination sociale» (vennootschapsnaam) (waarvan het gebruik naar gelang van de door een handelsvennootschap bij de oprichting aangenomen vorm verschilt) slaan op de aanduiding die dient ter individualisering van een rechtspersoon, zoals een na-

tuurlijke persoon door de naam wordt verbijzonderd, (*Jurisclesseur*, Marques, aflevering 7110, nr. 36).

Met de «nom commercial» en de «dénomination commerciale» (handelsnaam c.q. handelsbenaming) wordt eerder de rechtspersoon als onderneming aangeduid. De handelsnaam slaat aldus veeleer op de exploitatie. De handelsnaam verschijnt als de naam waaronder een handelszaak wordt geëxploiteerd (*Jurisclesseur*, Marques, aflevering 7110, nr. 42).

Het laat zich niet aanzien dat de «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg in het kader van de aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen de bedoeling zou hebben gehad een onderscheid te maken tussen de termen «vennootschapsnaam» en «handelsnaam». Bedoeld is de handelsnaam in de ruime betekenis, m.a.w. zowel de vennootschapsnaam als de naam die dient ter aanduiding van de onderneming of het handelsbedrijf (Van Lier, «Conflits entre les dénominations sociales, les noms commerciaux et les marques», *Jurisprudence commerciale de Belgique*, 1979, derde deel, nr. 20).

Aangenomen dient te worden dat de «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg beide termen zonder onderscheid heeft gehanteerd, waarbij deze het dienstverlenend bedrijf identificeren en aanduiden, in tegenstelling met het merk als onderscheidend teken van de diensten.

16. In zijn conclusie in de zaak A 87/3, Omnisport tegen Bauweraerts, had advocaat-generaal Krings de nadruk gelegd op het verschil dat tussen het gebruik van de handelsnaam en het gebruik van het warenmerk bestaat.

Het merk is een teken dat samenhangt met een waar van een onderneming en dat dient om deze waar van andere waren te onderscheiden (zie de conclusie van eerste advocaat-generaal Janssens de Bisthoven in de zaak A 92/6, Wolf Oil tegen Century Oils).

17. De eerste functie van het merk is dus de identificatiefunctie. Nu het merk als een identificatieteken wordt beschouwd, volgt daaruit rechtstreeks dat dit dient om waren of diensten te onderscheiden door deze aan een bepaalde onderneming te koppelen.

18. De bescherming van de merkhouder uit hoofde van meer bepaald artikel 13.A.1 dekt de gevallen van het zich van een merk of een daarmee overeenstemmend teken bedienen met betrekking tot en ter bevordering van de afzet van zijn eigen handelswaren of diensten (BenGH: arrest van 29 juni 1982, Hagens/Niemeyer, A 81/5; arrest van 2 februari 1983, Research/Chrompack, A 82/1).

Het gebruik door een bedrijf van een waren- of dienstmerk of een met het merk overeenstemmend teken als handelsnaam dient dus aan de inbreuk op de eerste functie van het merk – onderscheidend teken en middel ter aanduiding van de herkomst van de waar of dienst – in het licht van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken te worden getoetst.

19. Het Benelux-Gerechtshof had in het arrest van 29 juni 1982 in de zaak Hagens Transporten-Jacobs/Niemeyer de gelegenheid de draagwijdte van artikel 13.A van de eenvormige Beneluxwet op de merken te preciseren en besliste daarbij dat «onder» gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken» in de zin van die bepaling 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*. Het Hof liet daarbij in het midden of

de merkhouder zich tegen het gebruik van het merk of een daarmee overeenstemmend teken door een derde ter aanduiding van de eigen onderneming kon verzetten op de voet van het bepaalde in artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken dan wel of de merkhouder moest optreden op grond van het bepaalde in artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 2, van diezelfde wet.

20. Het Benelux-Gerechtshof besliste in zijn arrest van 7 november 1988 in de zaak A 87/3, Omnisport tegen Bauweraerts, dat gebruik van een handelsbenaming of handelsnaam in het algemeen niet kan worden aangemerkt als gebruik van eens anders merk of van een daarmee overeenstemmend teken in de zin van artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken, óók niet indien in de onderneming welke met die naam wordt aangeduid, waren worden verhandeld waarvoor dat merk is gedeponeerd.

Het Hof ging ervan uit dat het enkele gebruik van een merk of een overeenstemmend teken als handelsbenaming of handelsnaam, dus uitsluitend als aanduiding van een onderneming, niet kan worden aangemerkt als een gebruik voor waren in de zin van artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken.

21. Het Benelux-Gerechtshof besliste dus dat het in artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken bedoelde gebruik slechts gebruik als merk, d.w.z. als onderscheidend teken van de vervaardigde of verhandelde waren, kan zijn.

22. Daarmee wordt in rechte het verschil bevestigd tussen de handelsnaam, d.w.z. de omschrijving van de onderneming, die dient ter aanduiding of identificatie van een handelszaak, een bedrijf, en het merk dat een teken vormt, dat dient ter identificatie van de waren of diensten ten opzichte van de cliënteel.

Dat onderscheid kan al te absoluut lijken, nu de handelsnaam in de praktijk als herkenningsteken kan dienen voor de cliënteel die na een zekere tijd de betrouwbaarheid van een onderneming, de waarde van de daarvan afkomstige waren en diensten kent (Chavanne en Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, derde uitgave, nr. 1264).

In de gevallen waarin het merk tevens de handelsnaam of de vennootschapsnaam van de deposant vormt, is het opvallend te constateren dat de fabrikant en zijn waar dankzij de naam gaandeweg meer met elkaar worden geïdentificeerd – de cliënteel vergist zich daarin overigens niet (*Jurisclesseur*, Marques, aflevering 7405, nr. 16).

Wat meer bepaald de dienstmerken betreft, stelde advocaat-generaal Krings zich in zijn conclusie in de zaak A 87/3, Omnisport N.V. tegen Bauweraerts, op het standpunt dat er toch meer overeenstemming bestaat tussen gebruik van een handelsnaam en gebruik van een dienstmerk dan tussen gebruik van een handelsnaam en gebruik van een warenmerk, daar dienstverlening veel meer aan de bron van de dienstverrichting en daarmee dus aan de onderneming is vastgebakken.

Wanneer met de handelsnaam een dienstverlenend bedrijf wordt aangeduid, zal het op zijn minst zeer moeilijk worden het gebruik van het teken als naam van het gebruik als merk te onderscheiden (Antoine Braun, noot onder het BenGH-arrest van 7 november 1988 in *Journal des Tribunaux*, 1989, pp. 194-196).

23. Dit neemt niet weg dat op het vlak van de principes – zowel ten aanzien van de warenmerken als ten aanzien van de dienstmerken – de nadruk dient te worden gelegd op de primaire functie van het merk, nl. de herkomst van een waar of dienst aan te duiden en deze aldus te onderscheiden van waren of diensten die van derde ondernemingen afkomstig zijn (A. Braun, *Précis des marques de produits et de services*, tweede uitgave, nr. 14, p. 13). Al komt de individualiserende rol van een dienstmerk met verwijzing naar een bepaalde onderneming in voorkomend geval meer uitgesproken tot uiting dan voor warenmerken het geval is, vooral als hetzelfde teken als handelsnaam en als dienstmerk is gekozen, daaruit vloeit echter niet voort dat het gebruik van het merk of een daarmee overeenstemmend teken door een derde ter aanduiding van de eigen onderneming noodzakelijkerwijs en in de regel als een inbreukhandeling in de zin van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken valt te beschouwen.

24. Wat nu met name dienstmerken betreft, dient melding te worden gemaakt van een te Veurne genomen beslissing (Rechtbank van Koophandel te Veurne, 8 februari 1991, *Revue de droit commercial belge*, (T.B.H.) 1992, p. 527) waarbij op grond van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken werd verboden gebruik te maken als handelsnaam van een benaming die door een derde als merk voor soortgelijke diensten was gedeponeerd.

In de beslissing van de rechtbank te Veurne werd aangenomen dat gebruik van een merk of een daarmee overeenstemmend teken als handelsnaam op zich in rechte niet noodzakelijkerwijs merkinbreuk oplevert. Als de rechtbank niettemin de rechtsvordering van de merkhouders op grond van artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken toeweest, dan is dat omdat zij van oordeel was dat in feite, in het aan haar voorgelegde geval, de voorwaarden voor toepassing van artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken waren vervuld. Zodoende heeft de rechtbank te Veurne slechts de in het arrest van het Benelux-Gerechtshof in de zaak *Omnisport/Bauweraerts* over het geschil tussen een warenmerk en een handelsnaam aangereikte oplossingen toegepast op het geschil tussen het dienstmerk en een handelsnaam.

25. Immers, de handelsnaam als aanduiding van een onderneming kan een teken zijn, dat in feite zodanig kan worden gebruikt dat het publiek dat gebruik zal opvatten als een gebruik dat betrekking heeft op een of meer bepaalde, door de ondernemer verhandelde of ter levering aangeboden waren, welke door dit gebruik van die van anderen worden onderscheiden (voornoemd arrest BenGH, 7 november 1988, *Omnisport/ Bauweraerts*).

26. De vraag of het gebruik van een vennootschaps- of handelsnaam die met een gedeponeerd dienstmerk overeenstemt, kan worden aangemerkt als gebruik betreffende de dienstverlening (d.w.z. voor diensten) in de zin van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet op de merken, moet naar recht op dezelfde manier worden beantwoord als is gedaan door het Benelux-Gerechtshof in de zaak A 87/3, *Omnisport/Bauweraerts*.

Maar de in het arrest-*Omnisport/Bauweraerts* geformuleerde beperkingen op het principe zouden eveneens in het onderhavige geval moeten gelden.

27. Ongeacht of het nu om waren- of om dienstmerken gaat, zou het hoofdkenmerk van het merk als onderscheidend teken dat samenhangt met bepaalde waren of diensten, het Benelux-Gerechtshof m.b.t. de vraag van uitleg van artikel 5.3 van de eenvormige Beneluxwet eveneens ertoe moeten leiden het gebruik van de handelsnaam die uitsluitend dient ter aanduiding van de onderneming niet aan te merken als normaal gebruik, d.w.z. dat dient ter onderscheiding van waren of diensten van een onderneming (conclusie van advocaat-generaal Berger in de zaak *Turmac/Reynolds*).

28. Van gebruik van het merk in de zin van artikel 5.3 van de eenvormige Beneluxwet op de merken is slechts sprake – indien kort gezegd – het desbetreffende teken in het economisch verkeer metterdaad wordt gebezigd om de waren van een onderneming te onderscheiden (BenGH, arrest van 23 december 1985, *Openbaar Ministerie en Unbas en anderen tegen De Laet en anderen*, A 83/4). Een teken kan dus slechts de functie van merk vervullen als het publiek waartoe dat teken is gericht het als zodanig herkent, m.a.w. als teken waardoor de waar of de dienst wordt geïdentificeerd (A. Braun, noot onder arrest BenGH, 7 november 1988, in *Journal des Tribunaux*, 1989, pp. 194-196). Er moet een waarachtige uitbating zijn, d.w.z. dat door het gebruik de aandacht van de consument gevestigd wordt op de herkomst van het product, zodat er tussen het product en de onderneming van de merkhouders in de geest van de consument een associatie tot stand komt (conclusie van advocaat-generaal Krings in voornoemde zaak A 83/4).

29. Maar ook in dit verband lijken de in het arrest van het Benelux-Gerechtshof in de zaak A 87/3 geformuleerde verduidelijkingen aanvullende elementen op het vlak van de feiten te kunnen verschaffen voor de beantwoording van de vraag van uitleg in verband met artikel 5.3 van de eenvormige Beneluxwet op de merken.

30. Voor zover een bedrijf hetzelfde teken heeft gekozen om de eigen onderneming aan te duiden en de aan de cliënt aangeboden diensten te karakteriseren en te individualiseren, kan het gebruik door dat bedrijf van zijn handelsnaam, d.w.z. van de aanduiding van de eigen onderneming, in feite als normaal gebruik van het dienstmerk in de zin van artikel 5.3 van de eenvormige Beneluxwet op de merken gelden, indien het gebruik van de handelsnaam door het publiek bovendien wordt opgevat als teken waarmee de aangeboden diensten als afkomstig van de aldus aangeduide onderneming worden geïdentificeerd.

31. Het feit dat de vennootschap *Europabank* als naamloze vennootschap verplicht is haar naam aan te duiden met vermelding van de woorden «naamloze vennootschap», voluit of afgekort, onmiddellijk voor of na de naam van de vennootschap in alle van haar uitgaande akten, facturen, aankondigingen, bekendmakingen, brieven, orders en andere stukken (artikel 81, punten 1° en 2°, van boek I, titel IX, van het Belgische Wetboek van Koophandel) lijkt op zich alleen niet te moeten leiden tot de conclusie dat het gebruik van de benaming *Europabank* in combinatie met de vermelding van de vorm van de vennootschap door het publiek noodzakelijkerwijs slechts zal kunnen worden opgevat als de aanduiding van de vennootschapsnaam.

Een en ander zal afhangen van de bijzondere omstandigheden van het geval, waarbij rekening zou moeten worden gehouden met onder meer de duur en de omvang van het gebruik van het teken om te bepalen of het publiek het ge-

bruik van de benaming Europabank zal opvatten als teken waarmee een of meer diensten als afkomstig van een bepaalde onderneming worden geïdentificeerd, dan wel louter als onderdeel van de aanduiding van een dienstverlenend bedrijf, zonder op de verleende diensten acht te slaan.

32. De vennootschap Banque pour l'Europe heeft nog de nietigheid van het gedeponeerde dienstmerk opgeworpen op grond dat het depot zou zijn verricht voor diensten waarvoor het gebruik van het merk tot misleiding van het publiek zou kunnen leiden, nu de vennootschap Europabank een regionale bank is, die zich niet met financiële of verzekeringservice op de internationale markt bezighoudt, terwijl de cliënteel bij het zien van het merk Europabank onvermijdelijk zal aannemen te maken te hebben met een instelling van internationaal formaat, die haar financiële, bank- of verzekeringservice op de internationale markten aanbiedt.

33. Onder misleidend merk moet worden verstaan het woord- of beeldteken dat tot misleiding van het publiek kan leiden hetzij over de aard, de samenstelling of de kwaliteit van de waar, dan wel over de herkomst ervan. Dergelijke merken maken inbreuk op het vereiste van waarachtigheid, dat in de mededinging geldt en dat niets anders is dan een aspect, een verbijzondering van de toelaatbaarheid («Chronique de jurisprudence. Droits intellectuels», door A. Braun en B. Van Reepingen, *Journal des Tribunaux*, 1992, p. 533).

Opdat van misleiding sprake zij, moet het teken het publiek waarvoor het is bestemd dus op het verkeerde been zetten (*Jurisclasseur*, Marques, aflevering 7115, nr. 23) door een onjuiste indruk te wekken ten aanzien van de samenstelling of de herkomst van de waar (voornoemde «Chronique de jurisprudence. Droits intellectuels», *J.T.*, 1992, p. 533).

34. Vaak doen feitelijke omstandigheden de rechters overhellen naar geldigheid of nietigheid van het merk (Chavanne en Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, derde uitgave, nr. 937, p. 570).

De vennootschap Europabank betoogt overigens primair dat het op de weg van de feitenrechter had gelegen de vraag te beantwoorden, nu de taak van het Benelux-Gerechtshof tot uitlegging van rechtsregels is beperkt.

35. Uit de Memorie van Toelichting bij het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof volgt dat het Hof tot taak heeft de gelijkheid te verzekeren in de uitleg van de gemeenschappelijke rechtsregels.

Voor zover dienstmerken onder dezelfde juridische regeling als warenmerken vallen, doch nuances ten opzichte daarvan met betrekking tot de toepassing van de algemene beginselen van het merkenrecht niet zijn uitgesloten (Chavanne en Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, derde uitgave, nr. 846) treedt het Benelux-Gerechtshof bij de beantwoording van het algemene onderdeel van de vraag onder 2 niet in de plaats van de feitenrechters maar blijft het binnen de grenzen van zijn bevoegdheden als omschreven in artikel 6 van het verdrag.

35. Wat geografische namen betreft, die als warenmerken worden gebruikt, betreft het misleidende karakter in het algemeen bepaalde kenmerken of hoedanigheden van een waar, die door het publiek met een bepaalde geografische herkomst worden geassocieerd.

Er zal dus veelal van een misleidend warenmerk sprake zijn, doordat in strijd met de werkelijkheid naar een geografische naam wordt verwezen en aldus profijt wordt getrokken uit het verband dat het publiek zal leggen tussen de geografische naam en de aard, de kenmerken of de kwaliteit van de vervaardigde of verhandelde waar.

Niettemin dient erop te worden gewezen dat in de (met name Franse) rechtspraak de tendens schijnt te bestaan merken welke uit geografische namen bestaan, die op het desbetreffende gebied geen bijzondere reputatie genieten, geldig te verklaren (*Jurisclasseur*, Marques, aflevering 7115, nr. 27).

36. Bij het vertalen van de in de rechtspraak voor warenmerken aangedragen oplossingen naar dienstmerken, zou het gebruik van een geografische naam ter onderscheiding van een activiteit van andere activiteiten slechts dan als misleidend moeten worden beschouwd, als moet worden aangenomen dat het publiek door de gebruikte geografische naam in de waan wordt gebracht dat er een verband bestaat tussen de gebruikte geografische naam en een of meer op een bepaald gebied ontplooiden activiteiten, doordat bij het publiek een associatie tot stand kan komen tussen die geografische naam en met name de aard en de wezenskenmerken van de aldus ontplooiden activiteit. Het territoriale of geografische werkterrein van het dienstverlenend bedrijf kan hier worden aangemerkt als deel uitmakend van de aard of de wezenskenmerken van een of meer verleende of aangeboden diensten, als het door het publiek (noodzakelijkerwijs) als zodanig wordt opgevat ten gevolge van de in de gebruikte geografische naam vervatte onjuiste verwijzing.

37. Het Benelux-Gerechtshof zal zich niet hebben uit te spreken over de door de «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg gestelde specifieke vraag in verband met het gebruik van de term «Europa», aangezien de feitenrechters aan de hand van 's Hofs beantwoording van het algemene onderdeel van de tweede vraag en de feitelijke omstandigheden van het geval in staat zullen zijn te beslissen over het al dan niet misleidende karakter van het in deze zaak ter discussie staande dienstmerk.

38. De door de «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen zouden naar de mening van ondergetekende als volgt moeten worden beantwoord:

1) Het gebruik van de handelsnaam die uitsluitend dient ter aanduiding van het dienstverlenende bedrijf valt in de zin van artikel 5, onder 3, van de eenvormige Beneluxwet op de merken in de regel niet aan te merken als normaal gebruik van het dienstmerk dat zich wezenlijk als onderscheidend teken van de diensten van de onderneming kenmerkt.

Voor zover hetzelfde teken is gekozen om de onderneming aan te duiden en de aan de cliënteel aangeboden diensten te karakteriseren en te individualiseren, kan het gebruik van de handelsnaam evenwel door het publiek in feite worden opgevat als teken waarmee de aangeboden diensten als afkomstig van de aldus aangeduide onderneming worden geïdentificeerd.

De omstandigheid dat de in de vorm van een naamloze vennootschap opgerichte onderneming wettelijk verplicht is het gekozen teken als aanduiding van het bedrijf in combinatie met de vermelding van de vorm van de vennootschap te gebruiken, sluit op zich de mogelijkheid niet uit dat het publiek het gekozen teken in feite zal opvatten als een te-

ken waarmee een of meer diensten als afkomstig van die onderneming worden gekarakteriseerd en geïndividualiseerd. Hoe een en ander door het publiek zal worden opgevat, zal met name afhangen van de duur en de omvang van het gebruik van het gekozen teken.

2) algemeen onderdeel:

Een uit een geografische naam bestaand dienstmerk valt in de zin van artikel 4, onder 2, van de eenvormige Beneluxwet op de merken als misleidend te beschouwen, als het publiek door de gebruikte geografische naam in de waan wordt gebracht dat er een verband bestaat tussen die geografische naam en de op een bepaald gebied ontplooiende activiteit(en), doordat bij het publiek een associatie tot stand kan komen tussen de gebruikte geografische naam en met name de aard of de wezenskenmerken van de ontplooiende activiteit(en). Het territoriale of geografische werkterrein van het dienstverlenend bedrijf dat merkhouder is, kan hier in aanmerking komen, als het door het publiek (noodzakelijkerwijs) wordt opgevat als deel uitmakend van de aard of de wezenskenmerken van een of meer verleende of aangeboden diensten ten gevolge van de in de gebruikte geografische naam vervatte onjuiste verwijzing.

specifiek onderdeel:

De vraag wordt door het Benelux-Gerechtshof onbeantwoord gelaten.

3) Het gebruik van een vennootschaps- of handelsnaam, waarmee de onderneming uitsluitend wordt geïndividualiseerd en aangeduid, kan in het algemeen niet worden aangemerkt als gebruik van eens anders dienstmerk of een daarmee overeenstemmend teken in de zin van artikel 13 A, eerste lid, aanhef en onder 1, van de eenvormige Beneluxwet op de merken, óók niet indien door de aldus geïndividualiseerde en aangeduide onderneming diensten worden aangeboden, waarvoor dat merk is gedeponneerd.

Maar de vennootschaps- of handelsnaam kan, in zoverre daarmee een onderneming wordt geïndividualiseerd en aangeduid, een teken zijn, dat in feite zodanig kan worden gebruikt dat het publiek dat gebruik zal opvatten als een gebruik dat betrekking heeft op een of meer bepaalde, door de onderneming verleende of aangeboden, diensten welke door dit gebruik van die van anderen worden onderscheiden.

*

Luxemburg, 27 februari 1996

Arrest

1. Gelet op het op 10 februari 1995 door het «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg, zitting houdende in handelszaken, gewezen vonnis in de zaak van de naamloze vennootschap naar Belgisch recht Europabank N.V., gevestigd te Gent (de vennootschap Europabank N.V.) tegen de naamloze vennootschap Banque pour l'Europe, gevestigd te Luxemburg (de vennootschap Banque pour l'Europe S.A., in de Duitse taal Europa Bank AG), waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (het Verdrag) aan dit Hof vragen van uitleg van de bij Protocol van 10 november 1983 gewijzigde eenvormige Beneluxwet op de merken (BMW) worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten waarop de door het Hof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt zijn samen te vatten:

a. De vennootschap naar Belgisch recht Europabank N.V. is in 1964 opgericht onder de vennootschapsnaam Europabank N.V. Zij is gevestigd te Gent en voert sinds haar oprichting haar vennootschapsnaam mede als handelsnaam. Zij houdt zich bezig met traditionele bankzaken inclusief «private banking», via agentschappen die onder meer in Vlaanderen en Brussel verspreid zijn.

b. De vennootschap naar Luxemburgs recht Banque pour l'Europe S.A. is op 3 mei 1988 opgericht onder een drievoudige vennootschapsnaam in de Franse taal, de Duitse taal (Europa Bank AG) en de Engelse taal.

De vennootschap Banque pour l'Europe S.A. is op 4 mei 1988 in het handelsregister ingeschreven. De oprichtingsakte van de vennootschap Banque pour l'Europe S.A. is op 5 juli 1988 bekendgemaakt (Mémorial, Recueil spécial des sociétés et associations, pp. 8679-8682).

De vennootschap Banque pour l'Europe S.A. is hoofdzakelijk een handelsbank en ontplooit haar activiteiten in heel Europa.

c. De vennootschap Europabank N.V. heeft de naam Europabank zowel internationaal als in de Benelux als warenmerk en als dienstmerk gedeponneerd.

d. In dit geding vordert de vennootschap Europabank N.V. een verklaring voor recht dat gebruik door de vennootschap Banque pour l'Europe S.A. van het teken «Europabank» inbreuk maakt op haar vorenbedoelde merken. Bij voormeld vonnis is de vennootschap Europabank N.V. akte ervan verleend dat zij zich in dit geding nog slechts beroept op haar Benelux-depot nr. 443032 van 19 mei 1988 waarbij het merk Europabank is gedeponneerd als dienstmerk in de klasse 36 «verzekering en financiën» en in het bijzonder voor bankzaken en kredietverlening.

e. Door de vennootschap Banque pour l'Europe S.A. is een tegenvordering ingesteld, welke ertoe strekt enerzijds het verval van het merk en anderzijds de nietigheid van het depot van het merk te laten constateren.

f. Zij betwist allereerst dat door de vennootschap Europabank N.V. normaal gebruik van haar merk is gemaakt voor de diensten waarvoor het is ingeschreven binnen drie jaar volgend op het depot, namelijk tussen 19 mei 1988 en 19 mei 1991, en stelt daarbij dat de vennootschap Europabank N.V. het onderscheidend teken «Europabank» enkel als vennootschaps- c.q. handelsnaam heeft gebruikt en niet ter aanduiding van de financiële, bank- of verzekeringsdiensten welke zij haar clientèle aanbiedt.

g. Zij concludeert vervolgens tot de nietigheid van het depot ingevolge artikel 14 van de BMW op grond dat het merk Europabank in de zin van artikel 4 onder 2 van de BMW als misleidend dient te worden aangemerkt, nu het publiek door het gebruik van dit merk op een dwaalspoor wordt gebracht, immers zal menen te maken te hebben met een instelling van internationaal karakter, die haar diensten op de internationale markten aanbiedt, terwijl de vennootschap Europabank N.V. in werkelijkheid slechts een regionale bank is, die zich niet met financiële of verzekeringsdiensten op de internationale markt bezighoudt;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat het «tribunal d'arrondissement» te Luxemburg de volgende vragen van uitleg van de bij Protocol van 10 november 1983 gewijzigde BMW heeft gesteld:

(1) Kan het gebruik door een dienstverlenend bedrijf van zijn handelsnaam worden aangemerkt als normaal gebruik – in de zin van artikel 5, lid 3, van de BMW – van het merk voor de door dat bedrijf aangeboden diensten, wanneer merk en handelsnaam uit hetzelfde teken bestaan?

(2) Kan een uit een geografische naam bestaand dienstmerk als misleidend worden beschouwd op grond dat het publiek daardoor in de waan kan worden gebracht dat de betrokken diensten in het gehele door de geografische naam aangeduide gebied of aan een in dat geheel gebied geworven clientèle worden c.q. zouden (kunnen) worden aangeboden, terwijl de houder van dat merk zijn diensten slechts in een klein deel van dat geografische gebied aanbiedt c.q. zou kunnen aanbieden? Waar het met name om de geografische naam «Europa» gaat, hoe wordt voorgaande vraag beantwoord als de betrokken diensten enkel in één land van Europa en aan de clientèle van één enkel land, en zelfs van slechts één of twee regio's binnen één enkel land van Europa worden aangeboden?

(3) Kan het gebruik van een vennootschaps- of handelsnaam die met een gedeponeerd dienstmerk overeenstemt, worden aangemerkt als gebruik betreffende de dienstverlening in de zin van artikel 13.A.1 van de eenvormige Beneluxwet?;

...

Ten aanzien van het recht

Met betrekking tot de eerste en derde vraag:

9. Overwegende dat het Hof ervan uitgaat dat het «tribunal d'arrondissement» wenst te vernemen:

(a) met de eerste vraag, of een vennootschap door het gebruik van haar vennootschaps- dan wel haar handelsnaam bij het aanbieden of verlenen van haar diensten tevens in de zin van artikel 5 onder 3 (oud) BMW gebruik maakt van haar, aan de desbetreffende naam gelijkkluidend dienstmerk voor die diensten, en

(b) met de derde vraag, of een vennootschap door het gebruik van haar vennootschaps- of handelsnaam bij het aanbieden of verlenen van haar diensten, wanneer de desbetreffende naam gelijk is aan dan wel overeenstemt met eens anders merk voor dezelfde of soortgelijke diensten, dit merk gebruikt in de zin van artikel 13 A onder 1 (oud) BMW;

10. Overwegende dat het derhalve bij beide vragen in wezen erom gaat of een vennootschap bij het uitoefenen van haar bedrijf onder de vennootschaps- of handelsnaam deze naam tevens als dienstmerk gebruikt; dat het mitsdien in de rede ligt beide vragen in gelijke zin te beantwoorden;

11. Overwegende dat het Hof bij het beantwoorden van de onder 9 aangeduide vragen ervan uitgaat:

(a) dat in dit verband onder «vennootschapsnaam» moet worden verstaan de statutaire naam, dat is de naam welke dient ter individualisering van een vennootschap, en onder «handelsnaam» de naam waaronder de vennootschap wordt geëxploiteerd en waarmee zij in het handelsverkeer wordt aangeduid, en

(b) dat een merk is een teken dat in de eerste plaats dient om de waren of diensten van een onderneming van de waren of diensten van anderen te onderscheiden;

12. Overwegende dat de vennootschapsnaam meestal samenvalt met de handelsnaam en het Hof daarom ter aanduiding van beide begrippen enkel nog zal spreken over het gebruik van een handelsnaam;

13. Overwegende dat het Hof in de zaak A 87/3 (Omnisport/Bauweraerts, *Jur.*, 1988, blz. 90) heeft overwogen dat gebruik van een merk of daarmee overeenstemmend teken enkel als handelsnaam niet als gebruik voor waren in de zin van artikel 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, BMW kan worden aangemerkt, maar dat dit anders kan zijn indien, kort gezegd, het publiek dit gebruik zal opvatten als een gebruik dat betrekking heeft op een of meer bepaalde door die ondernemer verhandelde of ter levering aangeboden waren, welke door dit gebruik van die van anderen worden onderscheiden;

14. Overwegende dat geen goede grond bestaat voor dienstmerken anders te beslissen en dat derhalve zowel met betrekking tot de eerste vraag als met betrekking tot de derde vraag uitgangspunt moet zijn dat het enkele gebruik van een handelsnaam door een dienstverlenende onderneming bij het verlenen of aanbieden van diensten niet tevens gebruik van een aan die handelsnaam gelijkkluidend dienstmerk of een daarmee overeenstemmend teken oplevert; dat dit echter anders kan zijn en van zodanig gebruik wel sprake is, indien de handelsnaam in feite zodanig wordt gebruikt dat het publiek dit gebruik zal opvatten als een gebruik van een teken waarmee de aangeboden of verleende diensten van die van anderen worden onderscheiden;

Met betrekking tot de tweede vraag:

15. Overwegende dat blijkens het Gemeenschappelijk Commentaar der Regeringen dan sprake is van een merk waarvan het gebruik tot misleiding van het publiek zou kunnen leiden in de zin van artikel 4 onder 2 BMW, indien gebruik van dat merk ten gevolge heeft dat het publiek wordt misleid ten aanzien van de aard, de herkomst, de kwaliteit, of andere kenmerken van de waren waarvoor het is gekozen;

16. Overwegende dat daaruit, wat betreft het in de vraag aan de orde gestelde geval van een dienstmerk dat een geografische aanduiding bevat, valt af te leiden dat, wil een dergelijk merk misleidend zijn in voormelde zin, vereist is dat: (a) de geografische aanduiding bij het publiek een bepaalde voorstelling wekt omtrent de voor het publiek relevante aard, herkomst, kwaliteit of andere kenmerken van de diensten waarvoor het dienstmerk is gekozen, zulks terwijl (b) deze voorstelling niet met de werkelijkheid overeenstemt;

17. Overwegende dat de vraag of aan deze beide voorwaarden voldaan is, wanneer het publiek door de geografische aanduiding welke deel uitmaakt van het dienstmerk, de onjuiste indruk krijgt dat de onder dit merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele gebied dat met die aanduiding pleegt te worden aangeduid, zich niet voor beantwoording in abstracto leent;

18. Overwegende dat uit het hiervoren overwogene volgt dat er van een misleidend merk slechts sprake kan zijn, indien voor het publiek de omstandigheid dat de onder het merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele gebied, van belang is voor zijn oordeel omtrent de aard, de herkomst, de kwaliteit of andere kenmerken van deze diensten;

...

Verklaart voor recht:

Ten aanzien van de eerste en derde vraag tezamen:

23. Het gebruik van een handelsnaam door een dienstverlenende onderneming kan in de regel niet worden aangemerkt als normaal gebruik in de zin van artikel 5 onder 3 (oud) BMW, noch als gebruik in de zin van artikel 13A (oud) BMW, van een aan die handelsnaam gelijkkluidend dienstmerk voor de door die onderneming aangeboden of verleende diensten; van (normaal) gebruik als hiervoor bedoeld kan echter wel sprake zijn, indien het publiek het gebruik van de handelsnaam in feite opvat als gebruik van een teken waarmee de aangeboden en verleende diensten van die van anderen worden onderscheiden;

Ten aanzien van de tweede vraag:

24. De vraag of een dienstmerk dat een geografische aanduiding bevat, tot misleiding van het publiek kan leiden in de zin van artikel 4 onder 2 BMW, wanneer het publiek de onjuiste indruk krijgt dat de onder dit merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele met die geografische aanduiding bedoelde gebied kan slechts dan bevestigend worden beantwoord indien voor het publiek de omstandigheid dat de onder het merk aangeboden diensten worden aangeboden in of bestemd zijn voor het gehele met die geografische aanduiding bedoelde gebied, van belang is voor zijn oordeel omtrent de voor het publiek relevante aard, de herkomst, de kwaliteit of andere kenmerken van deze diensten.

ARBITRAGEHOF

12 JULI 1996

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Suetens en Henneuse

Advocaten: mrs. Verreycken, Van Orshoven en Bourtembourg

1. Arbitragehof – a) Beroep vernietiging – Ontvankelijkheid – Belang – b) Rechtspleging – Memorie buiten termijn – 2. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Vrijheid van meningsuiting – Inhoud – Beperkingen – Wet van 23 maart 1995

1. a) *Het feit dat de verzoeker een wet afkeurt op grond van een persoonlijke, subjectieve appreciatie of op grond van de gevoelens die deze wet bij hem oproept, kan niet worden aangehouden ter verantwoording van het rechtens vereiste belang.*

b) *Een buiten de bij art. 85 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 voorgeschreven termijn ingediende memorie moet uit de debatten worden geweerd.*

2. *De vrijheid van meningsuiting is een van de pijlers van een democratische samenleving. Zij geldt niet alleen voor de «informatie» of de «ideeën» die gunstig worden onthaald of die als onschuldig en onverschillig worden beschouwd, maar ook voor die welke de Staat of een of andere groep van de bevolking schokken, verontrusten of kwetsen.*

Het recht op vrije meningsuiting is evenwel niet absoluut.

Ongeacht het gegeven dat eenieder ertoe is gehouden de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting van anderen te eerbiedigen, volgt uit art. 19 Gw. in samenhang met 10.2

E.V.R.M. en art. 19.3 I.V.B.P.R. dat de vrijheid van meningsuiting kan worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties welke bij wet zijn vastgesteld en die in een democratische samenleving nodig zijn tot bescherming van de in bovenvermelde verdragsbepalingen uitdrukkelijk vermelde doelstellingen.

De wet van 23 maart 1995 stelt, naast openbare meningsuitingen die openlijk en ondubbelzinnig getuigen van antisemitisme of waarin de nazi-ideologie wordt onderschreven, ook meningsuitingen strafbaar waarbij op een meer subtiële en vaak pseudo-wetenschappelijke wijze misbruik wordt gemaakt van de vrijheid van meningsuiting om theorieën te propageren die geenszins erop gericht zijn bij te dragen tot een objectief en wetenschappelijk verantwoord historisch debat, doch trachten de racistische misdaden die door het Duitse nationaal-socialistische regime zijn begaan, te loochenen of goed te praten, om zodoende de verkondiging van een politieke boodschap, met name de rehabilitatie of de legitimatie van dat regime, te kunnen rechtvaardigen.

De bestreden wet wil geenszins het kritisch wetenschappelijk onderzoek van de historische realiteit van de bedoelde genocide belemmeren of enige vorm van zakelijke berichtgeving daarover verhinderen.

Het is aanvaardbaar dat de wetgever bestraffend optreedt wanneer een grondrecht op een dergelijke wijze wordt uitgeoefend dat de basisbeginselen van een democratische samenleving worden bedreigd en dat daardoor onaanvaardbare schade wordt berokkend aan derden.

Krachtens art. 24, P 1, derde lid, Gw., houdt de neutraliteit van het gemeenschapsonderwijs onder meer in dat de filosofische, ideologische en godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen worden geëerbiedigd.

Het naleven van de neutraliteitsverplichting kan niet impliceren dat meningen moeten kunnen worden geuit of dat met meningen rekening moet worden gehouden zoals die welke bestraft worden door de bestreden wet en, zoals hiervoor is gezegd, de eer en de goede naam van anderen aantasten en een bedreiging vormen voor de democratie en aldus die rechten en vrijheden rechtstreeks bedreigen.

Arrest nr. 45/96

Over de omvang van het beroep tot vernietiging in de zaak met rolnummer 858

B.1. De omvang van het beroep tot vernietiging wordt bepaald aan de hand van de inhoud van het verzoekschrift.

In het petitum van het verzoekschrift vordert de verzoeker de vernietiging van de wet van 23 maart 1995 in haar geheel. Uit de uiteenzetting van de middelen blijkt evenwel dat het beroep uitsluitend is gericht tegen artikel 1, eerste en tweede lid, van die wet.

Over de ontvankelijkheid van de ingestelde beroepen

De zaak met rolnummer 858

B.2.1. De Vlaamse Regering werpt op dat de verzoeker in geen van de aangevoerde hoedanigheden doet blijken van het rechtens vereiste belang.

B.2.2. De verzoeker beroept zich tot staving van zijn belang in de eerste plaats op zijn hoedanigheid van stichtend

lid van de V.Z.W. Vrij Historisch Onderzoek, waarvan de activiteiten door de bestreden wet worden beoogd en bedreigd.

Het door de verzoeker aangevoerde nadeel treft niet hem persoonlijk, doch wel de vermelde vereniging zonder winst-oogmerk. De verzoeker heeft niet de hoedanigheid om de belangen te verdedigen van een rechtspersoon die niet in de zaak is betrokken.

B.2.3. De verzoeker beroept zich tot staving van zijn belang tevens op zijn hoedanigheid van individu dat «door zijn herhaaldelijke stellingnamen in dezen alom bekend (staat) als revisionist» en die voortaan strafbaar is als hij zijn mening nog uit.

Volgens de Vlaamse Regering bestrijdt de aangevochten wet geenszins wat de verzoeker zelf als «revisionisme» beschouwt, maar uitsluitend wat diezelfde partij «negationisme» noemt. Nu de verzoeker zich rekent tot de «in wezen neutrale revisionisten» en zich daardoor wil onderscheiden van de «uiterste negationisten», zou hij zelf erkennen dat niet hij persoonlijk en ongunstig zou kunnen worden geraakt door de bestreden wet.

B.2.4. De verzoeker vecht een strafwet aan die de vrijheid van meningsuiting beperkt in een domein waarin hij activiteiten als uitgever beoefent. Hij zou rechtstreeks en ongunstig kunnen worden geraakt door de toepassing van een dergelijke wet. Hij doet blijken van een voldoende belang bij zijn beroep.

De zaak met rolnummer 892

B.3.1. De verzoeker vermeldt in zijn verzoekschrift tot staving van zijn belang, dat hij naaste familie heeft verloren in Auschwitz en preciseert in zijn memorie van antwoord dat het gaat om een Russisch-joodse vluchteling die tijdens de tweede wereldoorlog, tot hij naar Auschwitz werd gedeporteerd, met zijn moeder heeft samengewoond, en zonder wiens dood hij meer kansen in het leven zou hebben gehad.

Het door de verzoeker beschreven nadeel, waarvan de ernst door het Hof niet wordt betwist, vloeit niet voort uit de bestreden wet.

B.3.2. De verzoeker beweert ook nog dat hij «geschokt is dat een Staat zich inzake algemene geschiedenis en ideologie het recht toeëigent om wetgevend op te treden op het stuk van wat men moet denken en zeggen».

B.3.3. De verzoeker beweert niet dat hij het risico loopt op grond van de bestreden wet – die een bijzondere strafwet is – te worden veroordeeld of dat zijn recht op vrije meningsuiting in het gedrang dreigt te komen. Hij betoogt integendeel in de uiteenzetting van de middelen dat de bestreden wet zijns inziens niet ver genoeg gaat en dat de strafbaarstelling moet worden uitgebreid. Daarbij toont hij evenwel niet aan in welk opzicht hij persoonlijk door de beperking van de strafbaarstelling rechtstreeks en ongunstig zou kunnen worden geraakt.

Het feit dat de verzoeker een wet afkeurt op grond van een persoonlijke, subjectieve appreciatie of op grond van de gevoelens die deze wet bij hem oproepen, kan niet worden aangehouden ter verantwoording van het rechtens vereiste belang.

Het beroep in de zaak met rolnummer 892 is niet ontvankelijk wegens gemis aan belang.

Over de ontvankelijkheid van de memorie van de Ministerraad in de zaak met rolnummer 858

B.4. De Ministerraad, die op 27 juni 1995 de bij artikel 76, P 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 voorgeschreven kennisgeving heeft ontvangen, heeft op 14 augustus 1995 een memorie ingediend. Nu op dat ogenblik de termijn van vijfenveertig dagen die is voorgeschreven bij artikel 85 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof was verstreken, dient de memorie, naar luid van artikel 86 van dezelfde wet, uit de debatten te worden geweerd. Met de mondelinge opmerkingen die de raadsman van de Ministerraad ter terechtzitting heeft voorgedragen – overigens niet in de bij artikel 62, tweede lid, 1°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 voorgeschreven taal – wordt geen rekening gehouden.

Over het tweede middel in de zaak met rolnummer 858

B.5. De verzoeker klaagt in wezen een volgens hem onge-rechtvaardigde en bovendien discriminatoire beperking aan van het door de Grondwet en door de bepalingen van internationaal recht gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. De bestreden wet, die onder een der omstandigheden bepaald bij artikel 444 van het Strafwetboek, het ontkennen, goedkeuren, pogen te rechtvaardigen of schromelijk minimaliseren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, strafbaar stelt, beoogt bepaalde vormen van meningsuiting. Het gelijkheidsbeginsel is volgens de verzoeker geschonden doordat de door de wetgever gehanteerde criteria om het toepassingsgebied van de strafbaarstelling te bepalen niet objectief en te ruim zijn, zodat de wet het recht op vrije meningsuiting te verregaand beperkt en ten onrechte bepaalde categorieën van personen door die beperking worden getroffen; de gevolgen van de wet zouden niet in verhouding staan tot de nagestreefde doelstellingen.

De verzoeker klaagt ook het beperkte karakter van de wet aan doordat de strafbaarstelling slechts refereert aan de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime werd gepleegd, terwijl het ontkennen of goedpraten van andere genociden niet wordt beoogd.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het middel

B.6.1. Volgens de Vlaamse Regering is het middel niet ontvankelijk in zoverre een rechtstreekse schending wordt aangevoerd van het recht op vrije meningsuiting. Zij voegt eraan toe dat ook in zoverre de aangevoerde schending van de vrijheid van meningsuiting wordt verbonden aan een schending van het gelijkheidsbeginsel, het middel niet ontvankelijk is, omdat aldus de bevoegdheidsbeperking van het Hof wordt omzeild.

B.6.2. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regels van de gelijkheid en van de niet-discriminatie zijn toepasselijk ten aanzien van alle rechten en alle vrijheden, met inbegrip van die welke voortvloeien uit internationale verdragen die België binden, die door een instemmingsakte in de interne rechts-

orde toepasselijk zijn gemaakt en die directe werking hebben.

Het middel, dat is afgeleid uit de schending van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, in samenhang met de vrijheid van meningsuiting, is ontvankelijk.

Ten gronde

B.7.1. Artikel 1, eerste en tweede lid, van de wet van 23 maart 1995 bepaalt:

«Met gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met geldboete van zeventwintig frank tot vijfduizend frank wordt gestraft, hij die onder één der omstandigheden bepaald bij artikel 444 van het Strafwetboek, de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, ontkent, schromelijk minimaliseert, poogt te rechtvaardigen of goedkeurt.

Voor de toepassing van het vorige lid, dient de term genocide te worden begrepen in de zin van artikel 2 van het Internationaal Verdrag van 9 december 1948 inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide.»

B.7.2. De publiciteitsomstandigheden bepaald bij artikel 444 van het Strafwetboek zijn:

«Hetzij in openbare bijeenkomsten of plaatsen;

Hetzij in tegenwoordigheid van verscheidene personen, in een plaats die niet openbaar is, maar toegankelijk voor een aantal personen die het recht hebben er te vergaderen of ze te bezoeken;

Hetzij om het even welke plaats, in tegenwoordigheid van de beledigde en voor getuigen;

Hetzij door geschriften, al dan niet gedrukt, door prenten of zinnebeelden, die aangeplakt, verspreid of verkocht, te koop geboden of openlijk tentoongesteld worden;

Hetzij tenslotte door geschriften, die niet openbaar gemaakt, maar aan verscheidene personen toegestuurd of meegedeeld worden.»

B.7.3. Naar luid van artikel 1, tweede lid, van de bestreden wet, moet de term «genocide» in het vorige lid van dat artikel worden begrepen in de zin van artikel 2 van het Internationaal Verdrag van 9 december 1948 inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide, dit is als

«een van de volgende handelingen, gepleegd met de bedoeling om, geheel of gedeeltelijk, een nationale, ethnologische, godsdienstige of rassengroep uit te roeien, en wel:

- a) Het doden van leden van de groep;
- b) Het toebrengen van ernstig lichamelijk of geestelijk letsel aan leden van de groep;
- c) Het opzettelijk aan de groep opleggen van levensvoorwaarden bedoeld om de lichamelijke vernietiging van de gehele groep of een gedeelte er van te veroorzaken;
- d) Het opleggen van maatregelen, bedoeld om geboorten binnen de groep te voorkomen;
- e) Het gewelddadig overbrengen van kinderen van de groep naar een andere groep.»

B.7.4. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter

zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.7.5. De bestreden bepaling stelt het uiten van welbepaalde meningen strafbaar en beperkt aldus de vrijheid van meningsuiting die door de Grondwet en door internationale verdragsbepalingen is gewaarborgd.

Artikel 19 van de Grondwet bepaalt:

«De vrijheid van eredienst, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd.»

Artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt:

«1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid van mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Dit artikel belet niet dat Staten radio-omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.»

Artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt:

«1. Eenieder heeft het recht zonder inmenging een mening te koesteren.

2. Eenieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting; dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook op te sporen, te ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze.

3. Aan de uitoefening van de in het tweede lid van dit artikel bedoelde rechten zijn bijzondere plichten en verantwoordelijkheden verbonden. Deze kan derhalve aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn:

- a) in het belang van de rechten of de goede naam van anderen;
- b) in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.»

B.7.6. De vrijheid van meningsuiting is een van de pijlers van een democratische samenleving. Zij geldt niet alleen voor de «informatie» of de «ideeën» die gunstig worden onthaald of die als onschuldig en onverschillig worden beschouwd, maar ook voor die welke de Staat of een of andere groep van de bevolking schokken, verontrusten of kwetsen. Zo willen het pluralisme, de verdraagzaamheid en de

geest van openheid, zonder welke de democratische samenleving niet bestaat (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 7 december 1966, *Handyside t/ Verenigd Koninkrijk*, § 49; 20 september 1994, *Otto-Preminger-Instituut t/ Oostenrijk*, § 49).

Het recht op vrije meningsuiting is evenwel niet absoluut.

Ongeacht het gegeven dat eenieder ertoe is gehouden de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting van anderen te eerbiedigen, volgt uit artikel 19 van de Grondwet in samenhang met artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 19.3 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten dat de vrijheid van meningsuiting kan worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties welke bij wet zijn vastgesteld en die in een democratische samenleving nodig zijn tot bescherming van de in bovenvermelde verdragsbepalingen uitdrukkelijk vermelde doelstellingen.

B.7.7. De bestreden wet stelt strafbaar het «ontkennen», «schromelijk minimaliseren», «pogen te rechtvaardigen» of «goedkeuren» van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd.

B.7.8. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever zich terdege rekenschap heeft gegeven van het fundamentele belang van het recht op vrije meningsuiting, doordat hij er bewust naar gestreefd heeft de beoogde strafbaarstelling restrictief en ondubbelzinnig te definiëren. In het algemeen overigens behoeft de bestreden wet, aangezien ze afbreuk doet aan de vrijheid van meningsuiting en een strafwet is, een restrictieve interpretatie.

B.7.9. Over de betekenis van de begrippen «ontkennen» of «goedkeuren» kan geen misverstand bestaan. In het eerste geval wordt het bestaan van de bedoelde genocide in haar totaliteit geloofd. In het tweede geval hecht men er zijn goedkeuring aan en onderschrijft men aldus dienomtrent de nazi-ideologie.

Omdat volgens de wetgever de bedoelde genocide vaak niet zonder meer wordt ontkend of goedgekeurd, doch op een subtielere wijze wordt betwist of gerechtvaardigd – aan de hand van pseudo-wetenschappelijke studies –, is tevens het «schromelijk minimaliseren» en het «pogen te rechtvaardigen» strafbaar gesteld.

Het «pogen te rechtvaardigen» gaat minder ver dan het goedkeuren, doch streeft ernaar – door het herschrijven van de historische gegevens – de bedoelde genocide op een aanvaardbare wijze voor te stellen, en aldus de nazi-ideologie te legitimeren.

Bij het strafbaar stellen van het «schromelijk minimaliseren» tenslotte, is de toevoeging van het begrip «schromelijk» van bijzonder belang. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt zeer duidelijk dat de wetgever niet het minimaliseren zonder meer, doch enkel het minimaliseren op zeer verregaande en daardoor erge, grove en beledigende wijze beoogt (*Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 557/3, p. 2; nr. 557/5, pp. 21-22; *Hand., Kamer*, 1 februari 1995, p. 745).

B.7.10. Of het nu gaat om het ontkennen, het goedkeuren, het pogen te verantwoorden of het schromelijk minimaliseren van de genocide, de door de wet strafbaar gestelde handelingen hebben met elkaar gemeen dat zij nauwelijks kunnen worden geacht te worden gesteld zonder, zij het onrechtstreeks, een misdadige en de democratie vijandig ge-

zinde ideologie in ere te willen herstellen en daarbij een of verschillende categorieën mensen ernstig te willen beledigen.

De wet vermeldt dergelijke bedoelingen niet als een wezenlijk bestanddeel van het misdrijf dat zij invoert, maar uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever daarvan alleen heeft afgezien omdat het uiterst moeilijk is dergelijke bedoelingen te bewijzen – hetgeen blijkt uit diverse ervaringen in België en in het buitenland –, met name omdat dikwijls schijnbaar wetenschappelijke uitdrukkingen worden gehanteerd. De rechter behoudt niettemin een beoordelingsvrijheid (*Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 557/5, pp. 11 en 21; *Hand., Kamer*, 1 februari 1995, pp. 742 en 745; *Hand., Senaat*, 8 maart 1995, p. 1.478).

De rechter vermag uit bijzondere omstandigheden de afwezigheid, *in concreto*, van de voormelde bedoeling af te leiden.

B.7.11. De wet stelt, naast openbare meningsuitingen die openlijk en ondubbelzinnig getuigen van antisemitisme of waarin de nazi-ideologie wordt onderschreven, ook meningsuitingen strafbaar waarbij op een meer subtielere en vaak pseudo-wetenschappelijke wijze misbruik wordt gemaakt van de vrijheid van meningsuiting om theorieën te propageren die geenszins erop gericht zijn bij te dragen tot een objectief en wetenschappelijk verantwoord historisch debat, doch trachten de racistische misdaden die door het Duitse nationaal-socialistische regime zijn begaan, te loochenen of goed te praten, om zodoende de verkondiging van een politieke boodschap, met name de rehabilitatie of de legitimatie van dat regime, te kunnen rechtvaardigen.

Tijdens de parlementaire voorbereiding is herhaaldelijk bevestigd dat het wetenschappelijk onderzoek in het algemeen en het objectief en wetenschappelijk verantwoord historisch onderzoek betreffende de door het Duitse nationaal-socialistische regime tijdens de tweede wereldoorlog gepleegde genocide in het bijzonder geenszins onder het toepassingsgebied van de wet vallen (*Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 557/5, pp. 6, 8 en 20; *Hand., Kamer*, 1 februari 1995, pp. 737 en 744; *Hand., Senaat*, 8 maart 1995, pp. 1.476, 1.478, 1.479 en 1.480).

B.7.12. De wetgever heeft vanuit een dubbele bekommernis geoordeeld de bij de bestreden wet beoogde meningsuitingen te moeten strafbaar stellen.

Enerzijds, moeten volgens de wetgever die meningsuitingen worden bestreden omdat ze een voedingsbodem zijn voor antisemitisme en racisme en een bedreiging vormen voor een democratische samenleving, doordat ze streven naar de rehabilitatie van de nazi-ideologie. De wet beoogt in die zin de bestrijding van een specifiek fenomeen dat de democratie kan ontwrichten (*Gedr. St., Kamer, B.Z.*, 1991-92, nr. 557/1, pp. 2-3, en nr. 557/5, p. 10).

Anderzijds, werd een wetgevend optreden noodzakelijk geacht omdat de beoogde meningsuitingen eerrovend en beledigend zijn voor de nagedachtenis van de slachtoffers van de genocide, voor hun nabestaanden en inzonderheid voor het joodse volk als dusdanig (*Gedr. St., Senaat*, 1994-95, nr. 1.299-2, pp. 4 en 11).

B.7.13. Zo begrepen, is de bestreden wet beschouwd kunnen worden als beantwoordend aan een dwingende sociale noodwendigheid. Nochtans moet nog worden onderzocht of die maatregel kan worden beschouwd als nodig in een democratische samenleving in de zin van artikel 10 van het Eu-

ropees Verdrag voor de Rechten van de Mens en van artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, dit wil zeggen als evenredig, in zulk een samenleving, aan de door de wetgever nagestreefde doelstelling.

B.7.14. De bestreden wet is repressief en bevat geen preventieve maatregelen om de verspreiding van de bedoelde meningen te verhinderen.

De verwijzing naar artikel 444 van het Strafwetboek geeft aan dat enkel de meningen zijn beoogd die worden geuit in openbare plaatsen of in andere limitatief in dat artikel opgesomde omstandigheden.

De wetgever heeft de bedoelde meningsuitingen niet vanwege hun inhoud op zich bestraft, doch vanwege hun nadelige gevolgen voor anderen en voor de democratische samenleving als dusdanig.

De bestreden wet wil geenszins het kritisch wetenschappelijk onderzoek van de historische realiteit van de bedoelde genocide belemmeren of enige vorm van zakelijke berichtgeving daarover verhinderen.

B.7.15. Het is aanvaardbaar dat de wetgever bestraffend optreedt wanneer een grondrecht op een dergelijke wijze wordt uitgeoefend dat de basisbeginselen van een democratische samenleving worden bedreigd en dat daardoor onaanvaardbare schade wordt berokkend aan derden.

Het Hof stelt overigens vast dat het wetgevend initiatief aansluit bij soortgelijke wetgevende initiatieven die recent door verscheidene Europese landen zijn genomen en als noodzakelijk werden ervaren. De Belgische wetgever kan legitiem ervoor beducht zijn dat België bij ontstentenis van enige soortgelijke wetgeving de draaischijf van het negationisme zou worden.

B.7.16. Artikel 17 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt dat «geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in het Verdrag zijn vermeld, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien». Aldus beoogt die bepaling misbruik van grondrechten door een antidemocratisch regime, groeperingen of individuen van de beschermingssfeer van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens uit te sluiten. Meer bepaald, wat de voorliggende zaak betreft, mag de vrijheid van meningsuiting zoals gewaarborgd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens niet worden aangevoerd tegen artikel 17 in.

B.7.17. De door de wetgever gehanteerde omschrijving van de strafbaarstelling houdt in dat de strafrechter een beoordelingsbevoegdheid uitoefend en hij in ieder geval afzonderlijk zal moeten bepalen waar het wetenschappelijk karakter van het onderzoek en de zorg voor de objectiviteit in de berichtgeving ophouden. Een dergelijke bevoegdheid is noodzakelijk wegens de multiplicité en subtiliteit van de vormen die de uitdrukking van de negationistische stellingen kan aannemen.

B.7.18. Uit wat voorafgaat blijkt dat de stelling van de verzoeker als zou de bestreden wet een discriminerende beperking van het recht op vrije meningsuiting inhouden doordat het toepassingsgebied te ruim is omschreven en de gevol-

gen van de wet onevenredig zijn met de nagestreefde doelstellingen, niet kan worden aangenomen.

B.8.1. De verzoeker verwijt de bestreden bepalingen tevens dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden door het feit dat de strafbaarstelling slechts betrekking heeft op de «genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd», terwijl andere vormen van genocide niet worden beoogd.

B.8.2. De wetgever heeft een specifieke gedraging willen treffen en aan de vrijheid van meningsuiting slechts een uitzonderlijke en welomschreven beperking willen stellen. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever het noodzakelijk heeft geacht op te treden tegen de beoogde gedragingen, omdat zij, parallel met de terugkeer van antidemocratische en racistische stromingen in de maatschappij, de jongste jaren zijn toegenomen (*Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 557/5, pp. 11, 12 en 25 (bijlage 1); *Hand., Kamer*, 1 februari 1995, pp. 735, 737, 738, 743 en 744; *Gedr. St., Senaat*, 1994-95, nr. 1.299-2, p. 9; *Hand., Senaat*, 8 maart 1995, p. 1477).

B.8.3. De wetgever heeft er echter op gewezen dat niets belet dat het toepassingsgebied van de wet zou worden uitgebreid indien het ontkennen of goedpraten van soortgelijke feiten zich op even systematische wijze en met het oog op een welbepaalde ideologie zou voordoen, maar heeft geoordeeld dat tot dusver die omstandigheden niet voorhanden zijn (*Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 557/5, p. 17).

B.8.4. De door de wetgever gemaakte keuze berust niet op een kennelijk verkeerde of onredelijke beoordeling.

B.9. De bestreden bepaling schendt derhalve de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet, noch op zich, noch in samenhang gelezen met artikel 19 van de Grondwet of met artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Het tweede middel kan niet worden aangenomen.

Over het eerste middel

B.10.1. In het eerste middel voert de verzoeker aan dat de bestreden wet artikel 24 van de Grondwet schendt, doordat ze tot gevolg heeft dat het «kritische geluid van het revisionisme» uit de scholen wordt geweerd, wat een verboden preventieve maatregel zou zijn ten opzichte van de inhoud van het onderwijs en een schending van de neutraliteit ervan.

B.10.2. Artikel 24, § 1, van de Grondwet bepaalt:

«Het onderwijs is vrij; elke preventieve maatregel is verboden; de bestraffing van de misdrijven wordt alleen door de wet of het decreet geregeld.

De gemeenschap waarborgt de keuzevrijheid van de ouders.

De gemeenschap richt neutraal onderwijs in. De neutraliteit houdt onder meer in, de eerbied voor de filosofische, ideologische of godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen.

De scholen ingericht door openbare besturen bieden, tot het einde van de leerplicht, de keuze aan tussen onderricht in een der erkende godsdiensten en de niet-confessionele zedenleer.»

B.10.3. Een door de Grondwet verboden preventieve maatregel inzake onderwijs beoogt het aanbieden van onderwijs

door een inrichtende macht te beletten of aan voorafgaande controlemaatregelen te onderwerpen. Dat verbod beoogt niet de bestraffing van misdrijven die naar aanleiding van de uitoefening van de onderwijsvrijheid zijn gepleegd, welke trouwens uitdrukkelijk is vermeld in artikel 24, § 1, eerste lid, van de Grondwet.

B.10.4. Krachtens artikel 24, § 1, derde lid, van de Grondwet, houdt de neutraliteit van het gemeenschapsonderwijs onder meer in dat de filosofische, ideologische en godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen worden geëerbiedigd.

Het naleven van de neutraliteitsverplichting kan niet impliceren dat meningen moeten kunnen worden geuit of dat met meningen rekening moet worden gehouden zoals die welke bestraft worden door de bestreden wet en, zoals hiervoor is gezegd, de eer en de goede naam van anderen aantasten en een bedreiging vormen voor de democratie en aldus die rechten en vrijheden rechtstreeks bedreigen.

B.10.5. Evenmin als de bestreden wet in het algemeen kritisch wetenschappelijk onderzoek over de genocide of enige vorm van zakelijke berichtgeving daarover bestraft, verhindert ze een dergelijk onderzoek of een dergelijke berichtgeving binnen het onderwijsgebeuren.

B.10.6. Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 3 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Fout – Materiële overtreding van wets- of verordeningsbepaling

De materiële overtreding van een wets- of verordeningsbepaling maakt op zichzelf een fout uit die leidt tot de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de dader, mits die overtreding willens en wetens is begaan.

R.S.Z. t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 februari 1993 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Overwegende dat de materiële overtreding van een wets- of verordeningsbepaling op zichzelf een fout uitmaakt die leidt tot de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de dader, mits die overtreding willens en wetens is begaan;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder, «als vereffenaar, regelmatig de driemaandelijkse aangiften inzake sociale zekerheid heeft gedaan maar stelselmatig heeft nagelaten de desbetreffende bijdragen te betalen, hoewel (eiser) hem aanmaande die bijdragen te betalen en vonnis had genomen tot betaling ervan»;

Dat het arrest aanneemt dat de niet-betaling van de socialezekerheidsbijdragen een overtreding is, maar beslist dat

verweerder geen fout heeft begaan, op grond «dat hij niet beseftte dat die bijdragen nooit zouden worden betaald»; dat het arrest noch op die grond noch op enige andere zijn beslissing naar recht verantwoordt;

...

NOOT – Zie de conclusie van de advocaat-generaal Leclercq bij dit arrest, gepubliceerd in *Pas.*, 1994, I, 788-790. Zie in dezelfde zin Cass., 22 september 1988, *R.W.*, 1989-90, 433.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 25 APRIL 1996

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Heerman

Wegverkeer – Alcoholintoxicatie – Bewijs

Wanneer de wet geen bijzonder bewijsmiddel met uitsluiting van andere voorschrijft, beoordeelt de rechter in strafzaken op onaantastbare wijze in feite de bewijswaarde van alle hem regelmatig overgelegde gegevens waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren.

Door in art. 63 Wegverkeerswet te voorzien in de afname van een bloedmonster met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte in het bloed, verbiedt de wetgever de rechter niet zijn overtuiging omtrent het op een openbare plaats bij strafbare alcoholintoxicatie besturen van een voertuig, geleiden van een rijder of begeleiden van een bestuurder met het oog op de scholing, op andere bewijselementen te gronden.

Procureur des Konings te Turnhout t/ L.

Gelet op het bestreden vonnis, op 18 november 1994 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Turnhout;

...

Overwegende dat de rechter in strafzaken, wanneer de wet geen bijzonder bewijsmiddel met uitsluiting van andere voorschrijft, op onaantastbare wijze in feite de bewijswaarde beoordeelt van alle hem regelmatig overgelegde gegevens waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren;

Dat de wetgever door in artikel 63 van de Wegverkeerswet te voorzien in de afname van een bloedmonster met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte in het bloed, aan de rechter niet verbiedt zijn overtuiging omtrent het op een openbare plaats bij strafbare alcoholintoxicatie besturen van een voertuig, geleiden van een rijder of begeleiden van een bestuurder met het oog op de scholing, op andere bewijselementen te gronden;

Overwegende dat de appelrechters door te motiveren «dat andere aanwijzingen van alcoholintoxicatie niet dienstig kunnen zijn, aangezien de telastlegging alcoholintoxicatie een bloedafname op wettige wijze veronderstelt waarin een straf-

baar alcoholgehalte wordt vastgesteld, wat in casu niet is gebeurd» de beslissing niet naar recht verantwoorden;

...

NOOT – *De wijze van vaststelling van de alcoholintoxicatie*

1. Op 17 februari 1994 werd L. als bestuurder van een personenwagen gecontroleerd. Nadat hij een positieve ademtest had afgelegd, werd hij onderworpen aan een bloedproef. Voor alle duidelijkheid dient erop gewezen te worden dat toen de wet van 18 juli 1990 (wet tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd op 16 maart 1968 en van de wet van 21 juni 1985 betreffende de technische eisen waaraan elk voertuig voor vervoer te land, de onderdelen ervan, evenals het veiligheidstoelbehoren moeten voldoen, *B.S.*, 8 november 1990), waarbij in art. 34 van de Wegverkeerswet (K.B. 16 maart 1968) de ademanalyse als het bewijsmiddel bij uitstek werd geponeerd, nog niet in werking was gesteld, hetgeen pas geschiedde op 1 december 1994, nl. bij K.B. van 21 november 1994 (K.B. tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 februari 1991 betreffende de ademtesttoestellen die het niveau van de alcoholopname in de uitgeademde alveolaire lucht aangeven, en tot vaststelling van de inwerkingtreding van sommige bepalingen van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd op 16 maart 1968, *B.S.*, 29 november 1994).

Noch de aanvankelijk gevorderde geneesheer, noch de nadien gevorderde arts slaagden erin de bloedafname te verrichten. Deze laatste nam uiteindelijk een bloedstaal met eigen apparatuur om het bloed daarna over te hevelen in een door de verbalisanten ter beschikking gestelde venule.

Anderzijds werd op 23.50 uur door de verbalisanten vastgesteld dat L. een aarzelende gang had, er slaperig uitzag en matig onder invloed van de drank was, terwijl om 00.20 uur de laatst gevorderde geneesheer vaststelde dat verdachte een vaste gang had. L. zelf verklaarde dat hij tussen 13 en 21 uur zeven glazen bier gedronken had.

De ontleding van het bloed gaf een resultaat van 2,09 ‰. L. werd op grond van die vaststellingen uitsluitend vervolgd uit hoofde van de telastlegging een voertuig te hebben bestuurd in staat van strafbare alcoholintoxicatie (art. 34, 1°, Wegverkeerswet).

De Politie rechtbank te Turnhout oordeelde terecht dat geen rekening gehouden mocht worden met de bloedanalyse, aangezien het bloed genomen werd door middel van de eigen apparatuur van de geneesheer. Art. 3, lid 1 van het K.B. van 10 juni 1959 betreffende de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte (*B.S.*, 26 juni 1959) bepaalt immers dat het bloed rechtstreeks aan de ader wordt afgenomen en dat de opvorderende overheid daartoe aan de geneesheer een apparatuur overhandigt. De rechtspraak beslist dan ook dat een bloedstaal verkregen op een andere wijze niet dienstig kan zijn om op wettelijke wijze het alcoholgehalte in het bloed te bepalen en dat derhalve het deskundig onderzoek van het bloed uit de debatten dient geweerd te worden (Cass., 10 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 952; Antwerpen, 9 mei 1975, *R.W.*, 1975-76, 252).

In hoger beroep beperkte de Correctionele Rechtbank te Turnhout er zich toe te bepalen dat andere aanwijzingen van alcoholintoxicatie niet dienstig kunnen zijn, aangezien de te-

lastlegging alcoholintoxicatie een bloedafname op wettelijke wijze veronderstelt waarin een strafbaar alcoholgehalte wordt vastgesteld, wat in casu niet is gebeurd.

2. Het hierboven weergegeven arrest herinnert hierbij aan het principe dat in strafzaken alle bewijsmiddelen dienend zijn. Het Hof herhaalt inzake de alcoholintoxicatie de reeds gevestigde stelling dat de rechter zijn overtuiging mag gronden op andere bewijselementen dan de bloedanalyse, aangezien de wet geen bijzonder bewijsmiddel voorschrijft (Cass., 24 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1227; Cass., 1 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 745; Cass., 22 september 1975, *Pas.*, 1976, I, 93; *Arr. Cass.*, 1976, 100; Cass., 19 juni 1990, *Vkj.*, 1991, nr. 8).

Ook eerste advocaat-generaal Liekendaal, thans procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, heeft bij de behandeling van een vraagstuk m.b.t. de in acht te nemen termijnen inzake ontleding van een bloedstaal, in haar conclusie het arrest van 26 maart 1994, gewezen op het bestaan van voormelde regel (*Pas.*, 1994, I, 105-106).

Poté geeft toe dat de wet niet woordelijk zegt dat het bewijs van de strafbare intoxicatie alleen door de bloedproef kan worden geleverd, maar voegt eraan toe dat het voor hem duidelijk is dat dit wel de bedoeling is geweest van de wetgever, anders zou volgens hem art. 63 Wegverkeerswet, waarbij bepaald wordt in welke gevallen de bloedproef moet worden opgelegd, weinig zin en waarde hebben (Poté, R., *Handboek Verkeerswetgeving*, Leuven, Acco, 1990, aanv. sept. 1991, Hfdst. XXXV, nr. 24, p. 36).

Na verwijzing door het geannoteerde arrest, heeft de Correctionele Rechtbank te Mechelen bij vonnis van 8 november 1996 L. vrijgesproken omdat uit de aanwezige feitelijke gegevens van de zaak niet een afdoende bewijs kan worden gegeven van alcoholintoxicatie.

Het dient inderdaad gezegd te worden dat de tegenspraak tussen de vaststellingen van de verbalisanten en die van de geneesheer m.b.t. de gang en anderzijds de verklaring van de beklaagde dat hij (slechts) zeven glazen bier had gedronken in een tijdsspanne van elf uur, minstens twijfel doet rijzen of betrokkene geïntoxiceerd was. Het valt bovendien op dat het openbaar ministerie in deze zaak niet had gedagvaard op grond van dronkenschap, wellicht wegens de twijfel.

3. De vraag rijst evenwel of thans, d.w.z. sedert het van kracht worden van voormelde wet van 18 juli 1990, waarbij o.m. art. 34 Wegverkeerswet is gewijzigd, voormelde rechtspraak nog steeds geldig is.

Terwijl art. 34, 1°, Wegverkeerswet het had over «de bestuurder die na alcoholische dranken in zodanige hoeveelheid te hebben gebruikt dat dit alcoholgehalte ten minste 0,8 gram per liter bloed bedraagt», bepaalt het nieuwe art. 34, §§1 en 2, 1°, dat strafbaar is «hij die een voertuig bestuurt (...) terwijl de ademanalyse een alcoholconcentratie van ten minste 0,22, respectievelijk 0,35 milligram per liter uitgeademde alveolaire lucht meet of de bloedanalyse een alcoholconcentratie van ten minste 0,5 gram, respectievelijk 0,8 gram per liter aangeeft».

Het is duidelijk dat de wetgever de alcoholintoxicatie slechts bewezen acht voor zover deze gemeten wordt door hetzij een ademanalysetoestel, hetzij een bloedanalyse. Andere bewijsmiddelen zijn voortaan duidelijk uit den boze.

Bij de parlementaire besprekingen in de Senaat werd immers door een commissielid opgemerkt dat het wetsontwerp de overtreding met de bewijsmiddelen verwacht. Hij verklaar-

de dan ook dat de ademanalyse behandeld zou moeten worden in hoofdstuk I – *Opsporing en vaststelling van de misdrijven* van titel V – *Strafvordering en burgerlijke rechtsvordering* van de Wegverkeerswet, en niet in hoofdstuk V – *Intoxicatie en dronkenschap* van titel IV – *Strafbepalingen en veiligheidsmaatregelen*. Het komt er tenslotte op aan, aldus zijn uiteenzetting, de overtreding te omschrijven op grond van de bestanddelen ervan en niet op grond van de bewijsmiddelen. Hij diende derhalve een amendement in waarbij hij de toen bestaande tekst van art. 34, 1°, behield, met deze wijziging dat de intoxicatie strafbaar zou zijn vanaf 0,5 pro mille.

De minister antwoordde hierop dat de meting gebeurt hetzij via de adem, hetzij via het bloed en dat derhalve slechts in geval van meting, het misdrijf ontstaat, zodat er geen misverstand kan bestaan (*Parl. St.*, zitting 21 juni 1990, verslag namens de commissie voor de infrastructuur, artikelsgewijze bespreking, 96-72, pp. 48-49).

Deze fundamentele wijziging is evenmin aan een deel van de rechtsleer onopgemerkt voorbijgegaan (Poté, R. en Vansnick M., *Wetgeving op het alcoholgebruik, totstandkoming, discussiepunten, commentaar en rechtspraak*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 139; Poté, R., *Handboek Verkeerswetgeving*, Leuven, Acco, 1990, aanv. dec. 1994, Hfdst. XXXV, nr. 34, p. 37; Poté, R. en Glorieux F., *Becommeterieerd Wetboek Wegverkeer*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 58).

4. Terwijl de bewijsmiddelen inzake alcoholintoxicatie thans strikt omschreven zijn, dient erop gewezen te worden dat die inzake de dronkenschap (of een soortgelijke staat) nog steeds vrij zijn (Cass., 16 maart 1964, *Pas.*, 1964, I, 767; Cass., 19 oktober 1964, *Pas.*, 1965, I, 182; Cass., 11 december 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 503; Cass., 17 januari 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 597).

Het Hof van Cassatie stelt dat de term «dronkenschap» dient te worden verstaan in zijn gewone betekenis en dat, naar de gebruikelijke taal, een bedronken persoon diegene is die zich derwijze onder de invloed van de drank bevindt dat hij over de aanhoudende beheersing van zijn daden niet meer beschikt, zonder daarom nochtans noodzakelijk het bewustzijn ervan verloren te hebben (Cass., 18 januari 1954, *Pas.*, 1954, I, 429; Cass., 17 augustus 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1292; Cass., 21 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 778).

Dit alles brengt dan ook met zich dat, ingeval het ademanalysetoestel hetzij niet functioneert, hetzij wegens de lichamelijke toestand van de verdachte niet bruikbaar is, en de verbalisanten een beroep doen op een onervaren arts – hetgeen zich thans frequenter zal voordoen, daar ingevolge de invoering van de ademanalyse de arts principieel slechts in uitzonderlijke omstandigheden nog gevorderd zal worden, de bestuurder nog veroordeeld kan worden op grond van dronkenschap, tenzij hij zodanig verwond is dat zijn gang, spraak, oriëntatie in tijd en ruimte... niet meer te controleren vallen.

Zelfs indien deze zwaar verwonde nadien t.a.v. de verbalisanten verklaart dat hij in het tijdsbestek van twee uur vóór het ongeval acht glazen bier dronk, dan nog kan hem in het huidig wettelijk systeem niets verweten worden!

E. Desmedt

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Dhaeyer

Openbaar ministerie: mevr. De Raeye

Advocaat: mr. L. Simont

Werkloosheid – Recht op uitkering – Langdurige werkloosheid – Schorsing van het recht – Nationale administratieve commissie – Ambtshalve grondigheid – Tewerkstelling op dagen en uren die van week tot week verschillen – Verplichting ter beschikking te zijn

Het tegen de voorgenomen schorsing wegens langdurige werkloosheid ingesteld administratief beroep van de onvrijwillig deeltijdse werknemers die aanvoert gedurende het volledige jaar voorafgaand aan de dag van de ontvangst van de verwittiging bedoeld in art. 81 van het Werkloosheidsbesluit 1991, tewerkgesteld te zijn geweest op dagen en uren die van week tot week verschillen, kan, zonder vaststelling dat de werknemer effectief tewerkgesteld was op uren die van week tot week verschilden, niet gegrond worden verklaard op grond van de contractuele verplichting van de werknemer ter beschikking van de werkgever te zijn tot 20 uur en de vaststelling dat die werknemer effectief tot 20 uur ter beschikking was (art. 82, § 2, vijfde lid, Werkloosheidsbesluit 1991).

R.V.A. t/ De D.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 september 1995 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

...

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 82, § 2, vijfde lid, van het Werkloosheidsbesluit (1991), het administratief beroep, ingesteld door de onvrijwillig deeltijdse werknemer, ambtshalve gegrond wordt verklaard indien die werknemer gedurende het volledige jaar voorafgaand aan de dag van de ontvangst van de verwittiging, bedoeld in artikel 81 van dat besluit, onder meer de voorwaarde vervult tewerkgesteld te zijn op dagen en uren die van week tot week verschillen;

Overwegende dat het arrest, hoewel uit zijn vaststellingen niet blijkt dat verweerster tewerkgesteld was op uren die van week tot week verschilden, niettemin op grond van het oordeel dat verweerster contractueel verplicht was tot 20 uur ter beschikking te zijn van de werkgever en dat zij effectief tot dat uur ter beschikking was, beslist dat verweerster aan de voormelde voorwaarde van art. 82, § 2, vijfde lid, voldoet; dat het arrest aldus die bepaling schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 8 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. D'Hont

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. Kenis en Vanden Brande

Stedebouw – Bouwwerk – Reclamebord

Art. 44, § 1, Stedebouwwet, dat een voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen vereist voor elke constructie of inrichting die in de grond is ingebouwd, aan de grond is bevestigd of op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, is ook van toepassing op de reclameborden die met de grond verbonden zijn door de muur en het dak van het gebouw waarop zij zijn aangebracht.

S. en N.V. H.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 mei 1995 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

I. Op de voorziening van S.:

Over het middel: schending van de artikelen 44, § 1, 64 en 65 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, gewijzigd bij de artikelen 4, 20, 21 en 25 van de wet van 22 december 1970,

doordat het arrest, op de enkele basis van artikel 44, § 1, van de wet van 29 maart 1962, de veroordelingen uitgesproken door de eerste rechter bevestigt, op grond: «dat artikel 44, § 1, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, dat een voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen vereist voor elke constructie of inrichting die in de grond is ingebouwd, aan de grond is bevestigd, of op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, van toepassing is op reclameborden die, zoals te dezen, met de grond verbonden zijn door de muur waarop zij zijn aangebracht; dat reclamepanelen met afmetingen zoals in dit geval niet te vergelijken zijn met een bloembak of een deurbel daar het gaat om zware constructies die in, op of aan de gevel verankerd worden en de gevel totaal van uitzicht doen veranderen»,

...

Overwegende dat artikel 44, § 1, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, dat een voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen vereist voor elke constructie of inrichting, die in de grond is ingebouwd, aan de grond is bevestigd of op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, ook van toepassing is op de reclameborden die, zoals te dezen, met de grond verbonden zijn door de muur en het dak van het gebouw waarop zij zijn aangebracht;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – *Over reclameborden en bouwwerken*

1. Een bouwwerk is een constructie van enige omvang: een campanile, een mansarde, een erker zullen ongetwijfeld behoren tot de inrichtingen bedoeld in art. 44, § 1, Stedebouwwet. Een huisbel, een deurtelefoon of een klopper komen daarvoor niet in aanmerking, evenmin als een aanplakbiljet, een opschrift of een affiche.

2. Voor bepaalde bouwsels is dat moeilijker uit te maken: een bliksemafleider, een weerhaan, een zonnwijzer, bepaalde televisieschotels kunnen problemen opleveren. Hetzelfde

de geldt voor aanplakborden, plakaten en uithangborden, neonlichten of een floodlightinrichting.

3. Te dezen ging het om een «zware constructie die in, op of aan de gevel verankerd is en de gevel totaal van uitzicht doet veranderen». De beklagde voerde aan dat het reclamebord niet «in de grond was ingeplant of bevestigd» en geen steun vond op de grond ten behoeve van de stabiliteit zodat dergelijke reclamepanelen niet onder de toepassing van art. 44, § 1, Stedebouwwet vallen.

4. Het Hof van Cassatie heeft zijn vroegere rechtspraak bevestigd (Cass., 12 januari 1994, *R.W.*, 1994-95, 238) en die wettische interpretatie van de hand gewezen door erop te wijzen dat deze reclameborden «verbonden» zijn met de grond door de muur en het dak van het gebouw waarop ze zijn aangebracht.

De bewering dat de inrichting zelf op de grond moet rusten of in de grond verankerd moet zijn, vindt geen steun in enige wettelijke bepaling (Hof Antwerpen, 8 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 197).

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Frère

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaten: mrs. Aspeeple en Houtekier

Strafvordering – Cassatieberoep – Termijn

Art. 373 Sv. noch enige andere wet bepalen dat de termijn waarover de burgerlijke partij in een strafproces beschikt om cassatieberoep in te stellen, verlengd dient te worden omdat die partij in België noch woonplaats noch verblijfplaats noch gekozen woonplaats heeft. Art. 55 Ger.W. is niet toepasselijk op het cassatieberoep in strafzaken.

Vennootschap naar Oostenrijks recht M. t/ K.

Overwegende dat de burgerlijke partij in een strafproces, behoudens overmacht of te dezen niet toepasselijke uitzonderingen, met toepassing van artikel 373, derde lid, Wetboek van Strafvordering, over een termijn van vijftien vrije dagen na de dag waarop het arrest voor haar op tegenspraak is uitgesproken, beschikt om ter griffie te verklaren dat zij een eis tot cassatie instelt;

Overwegende dat het bestreden vonnis ten aanzien van eiseres op tegenspraak is gewezen en de verklaring van eiseres dat zij cassatieberoep instelt, op 19 juni 1995 ter griffie van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel is afgelegd;

Dat eiseres geen gewag maakt van overmacht met betrekking tot het tijdstip van het cassatieberoep en zij in haar verzoekschrift ervan uitgaat dat de voorziening is ingesteld «binnen de termijn van cassatie, verlengd na toepassing van artikel 55 van het Gerechtelijk Wetboek wegens het feit dat eiseres haar zetel niet in België maar in Oostenrijk heeft»;

Overwegende dat artikel 373 Wetboek van Strafvordering noch enige andere wet bepalen dat de termijn waarover de burgerlijke partij in een strafproces beschikt om cassatieberoep in te stellen, verlengd dient te worden omdat deze partij in België noch woonplaats, noch verblijfplaats, noch gekozen woonplaats heeft; dat artikel 55 Gerechtelijk Wetboek niet toepasselijk is op het cassatieberoep in strafzaken;

Dat het cassatieberoep van eiseres dat op 19 juni 1995 tegen het vonnis van 19 mei 1995 is ingesteld, dit is buiten de vermelde termijn van vijftien vrije dagen, laattijdig, mitsdien niet ontvankelijk is;

...

NOOT – *Over de termijn om een cassatieberoep in te stellen*

1. Voor eindbeslissingen die op tegenspraak gewezen zijn is de termijn om zich in cassatie te voorzien vijftien vrije dagen vanaf de dag van de uitspraak (Cass., 13 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 44; R. Declercq, *De cassatieprocedure in strafzaken*, p. 68).

Deze algemene regel is ook van toepassing op de burgerlijke partij (Cass., 8 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 191).

2. De verlenging van termijnen, als geregeld door art. 3 van het K.B. nr. 301 van 30 maart 1936 en art. 55 Ger.W., geldt slechts voor verstekbeslissingen die in het buitenland zijn betekend (Cass., 20 juni 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 612).

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 6 DECEMBER 1996

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Inkomstenbelastingen – Voorziening voor het hof van beroep – Bevoegdheid van het hof van beroep – Begrip

Het hof van beroep heeft rechtsmacht om kennis te nemen van de voorziening tegen de uitspraak die de directeur doet over het bezwaar dat de wettigheid van de belastingsschuld betwist op grond dat geen behoorlijke kennisgeving van het kohieruittreksel was geschied.

Belgische Staat t/ S. en Van L.

Conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers

Het cassatieberoep van de Belgische Staat is gericht tegen de beslissing van het Hof van Beroep te Brussel dat zich, op de voorziening tegen een beslissing van de directeur, bevoegd verklaart om te oordelen over het verschuldigd zijn van nalatigheidsinteressen op een aanslag in de onroerende voorheffing.

Uit het bestreden arrest blijkt dat de verweerders door middel van een bezwaarschrift aan de directeur betwistten nalatigheidsinteressen verschuldigd te zijn op een aanslag in

de onroerende voorheffing, om reden dat het aanslagbiljet hen niet had bereikt.

De gewestelijke directeur te Leuven heeft dat bezwaarschrift beschouwd als een verzoek tot vrijstelling van nalatigheidsinteressen in de zin van het toen geldende artikel 307 W.I.B. (thans 417 W.I.B. 1992); hij heeft het niet ingewilligd.

Traditioneel wordt aanvaard dat de beslissing die de directeur neemt met toepassing van artikel 307 geen juridictioneel karakter heeft, en niet kan worden bestreden door middel van een voorziening voor het hof van beroep.¹ Het is een administratieve beslissing die kan worden aangevochten voor de Raad van State.²

Het hof van beroep heeft in deze zaak vastgesteld dat de vordering die de verweerders bij de directeur hadden aangebracht geen verzoek was tot vrijstelling, maar een principiële betwisting inhield over het verschuldigd zijn van de nalatigheidsinteressen. De beslissing van de appelrechters dat op de vordering van de verweerders een juridictionele beslissing moest worden genomen, en dat de directeur ten onrechte meende dat artikel 307 W.I.B. toepasselijk was, lijkt correct.

Het vervolg van hun redenering roept ernstige bedenkingen op: uit het arrest van het Hof van 27 februari 1987³ waarnaar zij verwijzen, kan zeker niet worden afgeleid, ook niet a contrario, dat de betwisting die de verweerders opwerpen behoort tot de rechtsmacht die het oude artikel 267 W.I.B. (366 W.I.B. 1992) aan de directeur toekent.

Het is niet omdat aan een betwisting in fiscale zaken slechts een einde kan worden gemaakt door een juridictionele beslissing dat het kennis nemen van die betwisting is opgedragen aan de directeur, en in hoger beroep krachtens het oude artikel 278 W.I.B. (377 W.I.B. 1992) aan het hof van beroep.⁴

Zeker niet; de klassieke rechtspraak van het Hof⁵ maakt een essentieel onderscheid tussen de vestiging van de belasting, en de invordering ervan.

Het vestigen van de belasting geschiedt door de controleur en de taxatieambtenaren. De invordering geschiedt door de ontvanger, en begint wanneer hij het uitvoerbaar verklaarde kohier ontvangt, op grond waarvan hij de aanslagbiljetten, uittreksels uit het kohier, aan de belastingsschuldigen stuurt.⁶

Alleen voor de betwistingen die betrekking hebben op de vestiging van de belasting geldt artikel 276 W.I.B. Dit artikel geeft in afwijking van het gemene recht rechtsmacht aan de directeur; van zijn beslissing kan alleen volgens bijzondere procedureregels een in zekere mate beperkte voorziening worden ingediend bij het hof van beroep.

¹ Cass., 27 feb. 1987, A.R. nr. F 1267 N (A.C., 1986-87, nr. 388).

² R.v.St., 11 feb. 1982, (*Arr. R.v.St.*, 1982, 301).

³ Zie noot 1.

⁴ VAN HOUTTE, J., *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Story-Scientia, 1979, 534, nr. 669.

⁵ Zie de conclusie van advocaat-generaal KRINGS bij Cass., 2 feb. 1977, A.C., 1977 (616), 617-618.

⁶ FEYE, M. en CARDYN, C., *Procédure fiscale contentieuse*, Bruylant, 1958, 231.

Betwistingen die betrekking hebben op de invordering van de aanslagbiljetten, behoren tot de bevoegdheid van de gewone rechtbank.

Dat blijkt uit het arrest van het Hof van 16 oktober 1981⁷ waarnaar de eiser verwijst. Dat arrest beslist dat «op grond van artikel 278 W.I.B. het hof van beroep enkel rechtsmacht heeft om kennis te nemen van de grieven die op de vestiging van de belasting betrekking hebben en dat het geen rechtsmacht heeft in verband met de invordering van de belasting».

Het geschil tussen de verweerders en de administratie heeft betrekking op de geldigheid van de kennisgeving van de aanslag; het hoort onbetwistbaar tot de fase van de invordering; het diende volgens de geldende rechtspraak bij de gewone rechtbank aanhangig te worden gemaakt.

Er lijkt mij geen reden om thans van het gemene recht afwijkende bevoegdheidsregels extensief te interpreteren. Ik meen mij aan de klassieke rechtspraak te moeten houden die een onderscheid maakt tussen de regels eigen aan de procedure van de vestiging en de regels eigen aan de invordering, in dier voege dat de ene niet op de andere mogen worden toegepast.⁸

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 22 april 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Over het middel: schending van de artikelen 267 en 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zoals van toepassing voor de aanslagjaren 1987 en 1988,

doordat het hof van beroep, na vastgesteld te hebben dat verzoekers principieel betwisting voerden over het bestaan van de verplichting om nalatigheidsinteressen te betalen op grond van het feit dat wegens tekortkomingen in de procedure van kennisgeving van de kohieren, waardoor het aanslagbiljet de belastingplichtigen niet bereikte, de uit de geldige kennisgeving van de inkohiering voortvloeiende betalingsverplichting niet kon ontstaan en het gebrek aan betaling bijgevolg ook geen aanleiding kon geven tot het verschuldigd zijn van nalatigheidsinteressen, beslist dat de belastingplichtige vermog een dergelijke principiële betwisting over de al dan niet geldige kennisgeving van het kohier en de daaruit voortvloeiende gevolgen, bij wege van bezwaar in de zin van artikel 267 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen aan de jurisdictionele beslissingsbevoegdheid van de gewestelijke directeur te onderwerpen, dat een dergelijke betwisting dan ook principieel ontvankelijk is als bezwaar in de zin van artikel 267 W.I.B. en dat het dan ook past de debatten te heropenen om de Belgische Staat toe laten ten gronde te concluderen over de vraag of in casu aan de wettelijke vereisten werd voldaan om de nalatigheidsinteressen te doen lopen,

terwijl, zo al de directeur der directe belastingen en na hem het hof van beroep, respectievelijk op grond van de artikelen 267 en 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (W.I.B.) bevoegd zijn om de rechtsgevolgen verbonden aan de al dan niet geldige kennisgeving van het kohier te on-

derzoeken om uit te maken of het door de belastingplichtige ingediende bezwaarschrift al dan niet binnen de in artikel 272 W.I.B. gestelde termijn werd ingediend, diezelfde artikelen 267 en 278 W.I.B. aan de gewestelijk directeur der directe belastingen, respectievelijk aan het hof van beroep rechtdoend in fiscale zaken, geen bevoegdheid verlenen om de rechtsgevolgen op het stuk van de invordering van de belasting, meer bepaald van het al dan niet verschuldigd zijn van nalatigheidsinteressen, te toetsen aan de al dan niet geldige kennisgeving van het kohier, zodat het arrest door de grief met betrekking tot het al dan niet verschuldigd zijn van nalatigheidsinteressen als ontvankelijk te bestempelen in het kader van artikel 267 W.I.B. en door zich bevoegd te verklaren om in het stadium van beroep over die grief uitspraak te doen en door de heropening van debatten te bevelen teneinde de Belgische Staat te laten ten gronde concluderen over de vraag of aan de wettelijke vereisten werd voldaan om de nalatigheidsinteressen te doen lopen, zowel artikel 267 als artikel 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het bezwaar ingediend bij de directeur niet primair gericht was tegen de afwijzing van het verzoek tot kwijtschelding van de nalatigheidsinterest maar betrekking had op de gevolgen van de ongeldige kennisgeving van het kohier;

Overwegende dat, krachtens artikel 267 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), de belastingplichtige tegen het bedrag van de te zijnen name gevestigde aanslag, opcentiemen, verhogingen en boeten inbegrepen, schriftelijk bezwaar kan indienen bij de directeur der directe belastingen van de provincie of het gewest in wiens ambtsgebied de aanslag, de verhoging en de boete werden gevestigd;

Overwegende dat dit artikel niet uitsluit dat de belastingplichtige voor de gewestelijke directeur de wettelijkheid van de belastingschuld betwist op grond dat geen behoorlijke kennisgeving van het kohier geschiedde; dat het hof van beroep bevoegd is uitspraak te doen over de voorziening gericht tegen een dergelijke uitspraak van de gewestelijke directeur;

Dat het hof van beroep dat zulks beslist, de artikelen 267 en 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) niet schendt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 21 MAART 1995

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Traen en Vandervennet

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Dieren – Fout van het slachtoffer – Vreemde oorzaak – Voorwaarde

Om de bewaarder van een dier bevrijd te doen zijn van zijn aansprakelijkheid voor de door de daad van een dier veroorzaakte schade, wegens het gemis aan oorzakelijk verband ten gevolge van de fout van het slachtoffer, is vereist dat door die

⁷ A.C., 1981-82, nr. 124.

⁸ Zie KRINGS, o.c., 619.

fout elke mogelijke fout van de eigenaar of de bewaarder van het dier als oorzaak van de schade wordt uitgeschakeld.

R. t/ B. en B.

Naar aanleiding van de omstandigheid dat Nicole B., geboren op 8 juni 1982 (tweejarig dochttertje van de oorspronkelijke eisers) op maandag 6 augustus 1984, omstreeks 11.40 uur, op het strand te Duinbergen in het gelaat werd gebeten door een hond, in eigendom toebehorend aan appellant Michel R. (een zwarte cocker, met de leiband vastgebonden aan een paal van een golfbreker, in een strandzone waar honden toegelaten waren), heeft de eerste rechter – recht doend op het exploitatiedagvaarding van 12 juni 1987 waarbij Pierre B. en zijn echtgenote Marie-Dominique B. als beheerders van de huwelijksgemeenschap en tevens als ouders-beheerders over de persoon en de goederen van hun minderjarige dochter een schadevergoedingsvordering instelden, met verzoek tot medisch deskundigenonderzoek van het slachtoffer – de vordering toelaatbaar verklaard en Michel R. aansprakelijk verklaard voor het ongeval van 6 augustus 1984.

De heer R. werd veroordeeld tot betaling aan de eisers, als beheerders van de tussen hen bestaande gemeenschap, van 4.452 frank (vervoerskosten en medische kosten), plus 1 frank provisioneel op alle meerdere schade, en tot betaling, aan de ouders B./B. *qualitate qua* Nicole, van 15.000 frank provisioneel. Tevens werd een plastisch chirurg benoemd tot medisch deskundige, met de gebruikelijke onderzoeksopdracht. (...)

Beoordeling

...

1. Zelfs op stranden waar tijdens een bepaalde periode en binnen een «honden-toegelaten-zone» honden toegelaten zijn, is de eigenaar (of de bewaarder) van het dier ertoe verplicht het dier *aan de leiband te houden*.

Blijkens de politionele verklaring van mevrouw B. was de zwarte cocker vastgemaakt aan een paal van de golfbreker, terwijl de eigenaar van de hond lag te rusten op ongeveer vijf meter. Het dier werd derhalve *niet* aan de leiband gehouden, en zulks verklaart wellicht waarom de appellant er niet in geslaagd is, tijdens de aanval van zijn dier op het kind, zijn meesterschap over het dier te bewijzen. Indien mevrouw B. (de tante van het kind) niet de moed had gehad haar rechtervuist in de muil van de hond te brengen (haar hand werd lelijk gebeten door het dier), hadden de gevolgen voor het kind zeer erg kunnen zijn. Er is dus *subjectieve foutaansprakelijkheid van de appellant*.

2. Om art. 1385 B.W. (aansprakelijkheid voor dieren) te kunnen toepassen is het voldoende – het gaat immers om een vermoeden van aansprakelijkheid (in werkelijkheid gaat het om een vermoede risico-aansprakelijkheid – het houden van dieren brengt immers een risico op ongevallen mee, zie De Page, II, nr. 968) – dat het dier, waarvan de aangesprokene de eigenaar of de bewaarder is, de schade heeft veroorzaakt.

Voldoende is dat het slachtoffer aantoonde dat zijn schade werd veroorzaakt door de daad van het dier waarvan de aangesprokene persoon de bewaking had. *Het slachtoffer hoeft geen fout in de bewaking te bewijzen*: art. 1385 B.W. leidt de *fout* af uit het bestaan van de *schade* (cf. T.P.R., 1987, 1432).

3. Sinds het cassatiearrest van 23 juni 1932 staat vast dat het om een *niet-weerlegbaar vermoeden van fout* gaat. De bewaker van een dier (eigenaar in casu) kan zich niet bevrijden door aan te tonen dat hij geen fout beging. De bewaker van het dier kan zijn aansprakelijkheid enkel ontlopen door te bewijzen dat de schade is ontstaan door een vreemde oorzaak: overmacht, daad van een derde of van het slachtoffer zelf (cf. Cass., 12 oktober 1984, R.W., 1984-85, 2278).

4. De appellant houdt staande dat hij de moeder en de tante van het jonge kind «herhaaldelijk waarschuwingen» heeft gegeven (appelconclusie van 28 juni 1994, p. 2, medio; in zijn politionele verklaring is sprake van ‘malgré mes conseils à la mère et à la tante’). Zowel in de verklaring van de moeder als in de verklaring van de tante wordt dit formeel ontkend, en zowel de redelijkheid als de billijkheid gebieden niet alleen dat de bewijslast van de fout van het slachtoffer bij de aangesprokene eigenaar of bewaarder van het dier ligt, maar bovendien dat die fout *daadwerkelijk bewezen moet worden, hetgeen in casu niet het geval is*.

Bovendien wil het Hof erop wijzen dat de ontstentenis van het causaal verband (hetgeen het hoofdargument is van de appellant) ten gevolge van de fout van het slachtoffer, naar de bewoordingen van het geciteerde cassatiearrest van 12 oktober 1984, vereist dat bewezen wordt «een fout van het slachtoffer, waardoor *elke mogelijke fout* van de eigenaar of bewaarder van het dier als oorzaak van de schade wordt uitgeschakeld» (cursivering door dit Hof): gelet op bovenstaand punt is dit voor de appellant niet mogelijk (zie ook het artikel van prof. Thierry Vansweevelt, «Onderzoek naar de grondslag en de begrenzing van de aansprakelijkheid voor dieren», R.W., 1985-86, 2187 tot 2214, vooral 2207).

Ten slotte wijst het Hof erop dat het kind van de geïntimeerden door de hond van de appellant werd aangevallen toen het met zijn emmertje water ging halen aan de zeeboord en daarbij reeds tweemaal de hond had benaderd: een dergelijk spontaan en kinderlijk strandspel kan toch moeilijk als een uitlokingsdaad worden beschouwd.

De breuk van de causaliteit is dus geenszins bewezen.

NOOT – Zie, benevens het in het arrest geciteerde cassatiearrest van 12 oktober 1984, in dezelfde zin Cass., 20 mei 1983, Arr. Cass., 1982-83, 1165, Pas., 1983, I, 1061, uitvoering weergegeven en kritisch besproken bij Cornelis, L., «Extra-contractuele aansprakelijkheid voor zaken. Het gebrek van de zaak en de causaliteitsbeoordeling», T.P.R., 1984, (299), 320-327, nrs. 25-31. Zie daarover ook Vandenbergh, H., Van Quickenborne, M. en Wynant, L., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993)», T.P.R., 1995, (1115), 1354-1358, nr. 99.

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER – 13 SEPTEMBER 1996

Voorzitter: de h. Thybergin

Raadsheren: de hh. Vandenbroucke en Ophinus

Advocaten: mrs. Dhooge en Van Den Daelen

Overeenkomst – Schadebeding van 20% van het openstaande saldo van persoonlijke lening op afbetaling (wet van 9 juli 1957) – Geoorloofdheid

Een schadebeding van 20% van het openstaande saldo van een persoonlijke lening op afbetaling in de zin van de wet van 9 juli 1957, is niet te beschouwen als een verboden strafbeding wanneer, zoals te dezen, de grootte ervan systematisch vermindert naar gelang van het aantal verrichte betalingen.

V. t/ N.V. E.

De beide leningen, respectievelijk van 1 maart en 7 juni 1983, vallen onder toepassing van de wet van 9 juli 1957, en art. 19octies, § 1, van die wet bepaalt dat er van onmiddellijke terugbetaling alleen dan sprake kan zijn wanneer de lener in gebreke is ten minste twee stortingen of een bedrag van minstens 20% van de lening terug te betalen en wanneer hij een maand na het ter post afgeven van een aangekend schrijven tot ingebrekestelling zijn verplichtingen niet is nagekomen.

Uit de voorliggende stukken blijkt dat appellante met betrekking tot de beide leningen op 25 januari 1984 in gebreke werd gesteld wegens niet-betaling van minstens twee mensualiteiten, op een ogenblik dat nog meer dan 20% van de lening terug te betalen was.

Principieel was geïntimeerde derhalve gerechtigd aanspraak te maken op de contractueel bedongen schadevergoeding van 20%.

Art. 19octies, § 2, van de wet van 9 juli 1957, als gewijzigd door de wet van 5 maart 1965, bepaalt dat, wanneer de rechter oordeelt dat de opgelegde of overeengekomen strafbetalingen of schadevergoeding bij niet-uitvoering van de overeenkomst overdreven of onverantwoord zijn, hij deze zelfs ambtshalve kan verminderen of de lener er geheel van kan ontslaan.

Bij het beoordelen van het overdreven karakter van het strafbeding binnen het kader van de wet op de persoonlijke lening op afbetaling moet men zich stellen op het ogenblik dat de leningsovereenkomst tot stand komt, daarbij buiten beschouwing latend het later verloop van het contract en hoort de rechter, in casu het Hof, na te gaan of het beding al dan niet beoogt potentiële schade te dekken dan wel aan te merken is als een echt *strafbeding*.

Een strafbeding van 20% van het openstaande saldo is niet te beschouwen als een verboden strafbeding wanneer, zoals te dezen, blijkt dat de grootte ervan systematisch vermindert naar gelang het aantal gedane betalingen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 23 SEPTEMBER 1996

Voorzitter: de h. Leemans

Raadsheren: de hh. Hulpiau en Lemmens

Advocaten: mrs. Van Mensel en De Kimpe loco Theunis

Faillissement – 1. Terugvorderingsplicht verkoper – Levering aan de koper – Levering aan een commissionair – 2. Voorrecht van de commissionair – Goede trouw – Beoordeling

1. Er is geen levering aan de gefailleerde koper in de zin van art. 568, eerste lid, Faill. W., wanneer de goederen zich bevinden bij een commissionair aangewezen door de koper die er zich toe verboden heeft de goederen eerst vrij te geven na betaling door de koper en met instemming van de verkoper.

2. De commissionair die het voortdurend bezit heeft van de goederen moet worden beschouwd als een pandhoudende schuldeiser, die erop mag vertrouwen dat de goederen die hij voor rekening van zijn principaal onder zich houdt, aan deze laatste toebehoren. Op de commissionair rust geen onderzoeksplicht nopens de strekking van de door de principaal gesloten koopovereenkomst en de werking van een eventueel eigendomsvoorbehoud.

Faill. N.V. T. t/ GmbH K. e.a.

Overwegende dat aan de oorsprong van het geschil een overeenkomst ten grondslag ligt van een Duitse handelaar, geïntimeerde, met een Belgische handelaar, de gefailleerde, met tussenkomst van een Belgische commissionair, de N.V. S., betreffende de verkoop en levering van roerende goederen van Duitsland naar België;

Overwegende dat geïntimeerde in rechte steunt op art. 568 Faill. W.;

Overwegende dat appellanten de toepassing van deze wetsbepaling uitsluiten, beweerend dat de goederen in kwestie reeds geleverd werden aan de gefailleerde door de overgave ervan aan en de opslag ervan in de magazijnen van de N.V. S., daartoe gelast door de gefailleerde; dat geïntimeerde beweert dat nog niet geleverd werd zoals bedoeld in genoemde wetsbepaling;

Overwegende dat te dezen geen geschreven overeenkomst met betrekking tot de koop-verkoop werd opgesteld; dat niet betwist is dat de vermeldingen op de factuur, die overigens niet betwist wordt, de weergave zijn van de overeenkomst tussen partijen;

Overwegende dat de algemene verkoopsvoorwaarden, waarvan een kopie wordt overgelegd, uitdrukkelijk het Duitse recht van toepassing verklaren op alle geschillen die voortvloeien uit de overeenkomst of uit de toepassing van de algemene verkoopsvoorwaarden; dat in art. 4 van de algemene verkoopsvoorwaarden bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot de levering;

Overwegende dat de partijen niet geconcludeerd hebben over de invloed enerzijds van het recht dat partijen bij de overeenkomst contractueel toepasselijk hebben verklaard en anderzijds van de contractuele bepalingen inzake de levering, op de betwisting of te dezen de goederen reeds al dan niet als «overgedragen» in de zin van art. 568 Faill. W. moeten worden beschouwd; dat zij er aldus impliciet vanuit gaan en over eens zijn dat deze bepalingen zonder invloed zijn op het geschil;

Overwegende dat uitdrukkelijk tussen geïntimeerde en de gefailleerde werd overeengekomen dat de verkochte goederen zouden worden opgeslagen bij de commissionair, aangewezen door de koper in de regio van Antwerpen, en slechts door deze zouden mogen worden vrijgegeven aan de koper (de gefailleerde) na de betaling van de goederen en met instemming van geïntimeerde; dat niet is aangetoond dat een

dergelijke overeenkomst ongeldig is en geen uitwerking mag krijgen;

Overwegende dat vaststaat dat de overeenkomst ook op gezegde manier werd uitgevoerd en tot de datum van het faillissement door de commissionair, de N.V. S., slechts die goederen werden overhandigd aan de gefailleerde waarvoor toestemming door geïntimeerde werd verleend (1.350 stuks op een totaal van 5.000);

Overwegende dat krachtens de bepalingen van de overeenkomst en de concrete uitvoering die de betrokken partijen eraan gegeven hebben, de verkochte goederen in voormelde mate nog niet feitelijk waren overgedragen aan de koper; dat de omstandigheid dat de N.V. S. handelde in opdracht van de koper hieraan niets afdoet, des te meer daar de genoemde wetsbepaling de terugvordering slechts uitsluit indien de overgave van de goederen reeds gebeurd is in de magazijnen van de koper, hetgeen te dezen niet gelijkgesteld kan worden met de magazijnen van de commissionair gelet op de uitdrukkelijke bepalingen van de overeenkomst;

Overwegende dat bewezen is dat de goederen die zich ten tijde van het faillissement nog in het bezit van de commissionair, de N.V. S., bevonden nog niet waren overgegeven aan de gefailleerde in de zin van art. 568 Faill. W.;

Overwegende dat eveneens vaststaat dat de N.V. S. de goederen enkel in bezit had krachtens genoemde overeenkomst en geen opdracht had tot verkoop;

Overwegende dat krachtens de bewoordingen van genoemde wetsbepaling het eigendomsrecht over de goederen geen vereiste is voor het welslagen van de terugvordering; dat de discussies met betrekking tot het eigendomsrecht over de goederen in dit verband dan ook zonder belang zijn;

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft geoordeeld dat voldaan was aan de gestelde vereisten tot terugvordering van de goederen overeenkomstig art. 568, eerste lid, Faill. W.;

Overwegende dat appellante, de N.V. S., zich beroept op het derde lid van art. 568 Faill. W., stellend pandhoudende schuldeiser te zijn die het bezit heeft verkregen door een cognossement of een vrachtbrief;

Overwegende dat geïntimeerde beweert dat de N.V. S. zich niet op het voorrecht van de commissionair als bepaald in art. 14 van de wet van 5 mei 1872 (boek I, titel VII W.Kh.) kan beroepen omdat zij niet te goeder trouw is ingevolge de kennis die zij had van het eigendomsvoorbehoud, bedongen in haar algemene verkoopsvoorwaarden voorkomend op de factuur, en ingevolge de gegeven opdracht en instructies;

Overwegende dat krachtens art. 568, derde lid, Faill. W. degene die terugvordert de rechten van de pandhoudende schuldeiser die het bezit heeft verkregen door cognossement of een vrachtbrief in acht moet nemen;

Overwegende dat de N.V. S. aan de hand van stukken aantoonde de goederen in bezit te hebben genomen door een vrachtbrief;

Overwegende dat de commissionair die het voortdurend bezit heeft behouden van de goederen, krachtens art. 14 Wet 5 mei 1872 beschouwd moet worden als een pandhoudende schuldeiser in de zin van voormelde wetsbepaling; dat dit te dezen des te meer geldt nu geïntimeerde zegt dat de N.V. S. ook als haar mandataris de goederen onder zich hield;

Overwegende dat de N.V. S., de betrokken goederen in ontvangst heeft genomen en ingevolge de koop-verkoop die eraan ten grondslag lag, ervan mocht uitgaan dat de gefailleerde eigenaar van de goederen was geworden;

Overwegende dat haar kennis dat de goederen nog niet betaald waren, hieraan niets afdoet; dat de verbintenis die zij aanging ten aanzien van geïntimeerde om de goederen eerst vrij te geven aan de koper nà toelating van geïntimeerde enkel weerslag heeft op de levering; dat zelfs indien de N.V. S. kon vermoeden dat de goederen aldus slechts vrijgegeven werden door de verkoper nà de daadwerkelijke betaling ervan, zij zonder kennis van de clause van eigendomsvoorbehoud de weerslag van de niet-betaling op het eigendomsrecht niet kon kennen of behoorde te kennen; dat immers haar diensten enkel werden gevraagd met betrekking tot het vervoer van de goederen naar Antwerpen, de opslag ervan aldaar en de vrijgave ervan aan de koper, zijnde uitsluitend de materiële behandeling van de goederen; dat zij in geenendele is tussengekomen in de koop-verkoop zelf;

Overwegende dat niet bewezen is dat de N.V. S. op de hoogte werd gebracht of behoorde te zijn van de bepalingen inzake het eigendomsrecht (slechts vermeld in de algemene voorwaarden vermeld op de achterzijde van de factuur) waaronder de koop-verkoop tot stand kwam; dat blijkens de overgelegde stukken haar enkel kennis werd gegeven van de afspraken tussen partijen aangaande de levering van de goederen en niet van de gevolgen van een eventuele niet-betaling ervan;

Overwegende dat in de loop van de uitvoering van de overeenkomst geïntimeerde nooit, uitdrukkelijk of stilzwijgend, ten opzichte van de N.V. S., allusie blijkt te hebben gemaakt op de clause van eigendomsvoorbehoud; dat deze clause voor de uitvoering van haar verbintenissen overigens zonder belang was;

Overwegende dat derhalve niet bewezen is dat de N.V. S. deze clause kende of moest kennen; dat zij te goeder trouw ervan mocht uitgaan dat de gefailleerde, door aankoop, eigenaar was geworden van de goederen in kwestie;

Overwegende dat deze goede trouw niet teniet wordt gedaan door de vaststelling dat, ingevolge de gemaakte afspraken in verband met de vrijgave van de goederen, de koper nog niet de vrije beschikking had over de goederen;

Overwegende dat de N.V. S. terecht aanspraak maakt op haar voorrecht op de betrokken goederen als commissionair;

Overwegende dat, nu geïntimeerde zich niet beroept op enig voorrecht in haar persoon, art. 23 Hyp. W. geen toepassing vindt; dat de beperking van het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser die kennis had van de niet-betaling van de prijs enkel geldt in geval van samenloop van voorrechten; dat een dergelijke beperking niet opgenomen is in art. 568, derde lid, Faill. W.;

Overwegende dat krachtens deze wetsbepaling geïntimeerde haar terugvorderingsrecht slechts vermocht uit te oefenen met inachtneming van het voorrecht van de N.V. S., dat dit inhoudt dat de N.V. S. van de opbrengst van de verkoop van de goederen die de partijen ondertussen minnelijk hebben doorgevoerd, het bedrag van haar bevoorrechte schuldverordering mag voorafnemen en de vordering van geïntimeerde slechts gegrond is voor het overblijvende saldo;

...

NOOT – Over de beoordeling van de goede trouw van de commissionair ter zake van het eigendomsrecht van de principaal zie ook Hof Antwerpen, 21 december 1993, *R.W.*, 1995-96, 331.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER – 4 DECEMBER 1996

Voorzitter: mevr. Pauwels

Raadsheren: mevr. Van Cauwelaert en de h. Demyttenaere

Advocaten: mrs. Schuurmans loco Van Camp, Storme en Malumgré

Leasing – Aard – Financiering – Leasinggever – Vrijwaringsverplichting – Teloorgaan van het geleasede goed – Exoneratiebeding

Een overeenkomst van roerende leasing is een financieringsoperatie, waarbij de positie van de leasinggever analoog is met die van de bankier die de aanschaf van bedrijfsuitrusting financiert. Deze financieringsgedachte verantwoordt de rechtsgeldigheid van verregaande exoneratiebedingen en verklaart dat de teloorgang van het materieel niet tot gevolg heeft dat de leasingnemer wordt bevrijd van zijn contractuele verplichting tot betaling van de huurgelden.

De P. en N. t/ N.V. F.

Overwegende, weliswaar, dat de door de eerste rechter uitgesproken ontbinding ex tunc van de verkoopovereenkomst, tot stand gekomen tussen de faillietverklarde R. als leverancier en de N.V. F. als koper, tot gevolg heeft dat deze partijen in dezelfde toestand geplaatst worden als die bestaande vóór de totstandkoming van de verkoopovereenkomst, met andere woorden dat het door de N.V. F. bij R. aangekochte en vervolgens aan appellanten verhuurde Frites-Matic terugkeert naar de leverancier en de koopprijs naar de N.V. F.; dat evenwel het tenietgaan of verlies van de zaak geen einde maakt aan de leasingovereenkomst en de leasingnemer niet bevrijdt van zijn verbintenis om de periodieke betalingen uit te voeren; dat een en ander het gevolg is van de specifieke aard van een roerende leasing, te weten die van een financiële operatie, waarbij de rechtspositie van de leasinggever niet alleen in feite, maar ook in rechte analoog wordt met die van de bankier die een investering in bedrijfsuitrusting financiert; dat precies de financieringsgedachte bij de roerende leasing de verregaande exoneratiebedingen, ingelast in de leasingovereenkomst, verantwoordt; dat de leasingmaatschappij door inlassing van deze exoneratiebedingen in de leasingovereenkomst de door haar te dragen risico's contractueel, zoals in casu bij artikel 8, a, van de algemene voorwaarden van de leasingovereenkomst, beperkt tot die welke eigen zijn aan de activiteit van een financiële instelling, waartoe het risico van teloorgang van het materieel niet behoort; dat de rechtsgeldigheid van deze exoneratiebedingen niet kan en niet wordt betwist; dat de leasingmaatschappij-verhuurder immers het recht heeft zich te ontlasten van alle vrijwaringsverplichtingen, die door het ge-

mene recht inzake huur ten laste gelegd worden van de verhuurder, aangezien deze niet van dwingende aard zijn;

Overwegende dat voormeld artikel 8, a, bepaalt dat de huuder alleen aansprakelijk is voor de instandhouding en regelmatige werking van de in huur genomen voorwerpen, alsmede voor alle schade, verlies of teloorgang, welke ook de oorzaak ervan zij, dat van deze gehuurde goederen, waarvoor zorg gedragen zal dienen te worden als een goed huisvader, slechts een normaal gebruik zal worden gemaakt en dat hij door de receptie van het verhuurde voorwerp automatisch van alle discussies afziet nopens de conformiteit van levering of gebreken van het voorwerp, ook die gedekt door de waarborg van de fabrikant of leverancier, welke rechtstreeks tegenover hem bedongen wordt; dat de N.V. F. door de inlassing van dit exoneratiebeding in de leasingovereenkomst haar rol in casu beperkt tot die van een bankier die een investering in bedrijfsuitrusting financiert en in dat rollenpatroon zich totaal los maakt van welke discussie ook omtrent verborgen gebreken of verhaalrechten inzake het materieel zelf; dat de in het kader van de leasing door de N.V. F. aangegane verbintenissen zich aldus beperken tot de eenmalige en de louter materiële terbeschikkingstelling van het lease-object en verder tot financiering van de gehele operatie; dat daaraan geen afbreuk wordt gedaan doordat in artikel 1 van de algemene leasingvoorwaarden wordt gesproken van het «in huur geven aan de huurder», nu het gebruik van de term «huur» niet uitsluit dat de verbintenissen van de N.V. F. door de overeenkomst werden beperkt zoals hiervoor uiteengezet; dat de teloorgang van het materieel in deze specifieke leasingcontext niet belet dat de leasinggever vanaf de dag van de levering zijn essentiële verplichtingen werkelijk is nagekomen, nl. het materiaal ter beschikking stellen van de leasingnemer en het financieren van de gehele operatie, wat appellanten door het in ontvangst nemen en aanvaarden van het lease-object erkenden, zodat ook de leasingnemer gehouden blijft tot naleving van zijn contractuele verplichting tot betaling van de huurgelden; dat aldus het beoogde evenwicht tussen de prestaties gehandhaafd blijft; dat trouwens de huurgelden die verschuldigd blijven na de teloorgang van de zaak als schadepost gerecupereerd kunnen worden door de leasingnemer, die ingevolge de overdracht van de verhaalrechten contractueel de enige is die kan ageren tegen de aansprakelijke leverancier;

Overwegende dat appellanten in de gegeven omstandigheden tevergeefs opwerpen dat, aangezien de leasingovereenkomst door de ontbinding ex tunc van de verkoopovereenkomst zonder voorwerp geworden is en derhalve materieel onuitvoerbaar geworden is, zij gerechtigd zijn hun betalingen stop te zetten en de ontbinding van de leasingovereenkomst te vorderen ten laste van de N.V. F. evenals terugbetaling van het voorschot en dit op grond van de uitwinningverplichting van de verhuurder en/of de verplichting van de verhuurder om het genot te verzekeren van het lease-object gedurende de ganse huurperiode; dat de N.V. F. zich ingevolge de inlassing van voormeld artikel 8, a, van de algemene voorwaarden ontlast heeft van elk economisch risico met betrekking tot het leasingmaterieel; dat de N.V. F. als leasingmaatschappij, zoals reeds gezegd, geen andere risico's op zich heeft genomen dan die welke eigen zijn aan de activiteit van een financiële instelling, waartoe dus niet het risico van de teloorgang van het materieel behoort; dat de N.V. F. zich bijgevolg, wanneer appellanten hebben inge-

stemd met de conforme levering, nog enkel optreedt als financier, hetgeen zij in werkelijkheid ook beoogt te zijn; dat de verplichting tot verdere betaling van de leasingtermijnen nadat het leasingmaterieel is tenietgegaan beantwoordt aan de economische realiteit, waarbij de leasinggever zijn rechtsverhouding tot de leasingnemer wil abstraheren van de relatie tussen de leasingnemer en de verkoper-leverancier van het geleasde goed;

Overwegende dat appellanten hun vordering tot ontbinding al evenmin kunnen gronden op artikel 2 van de leasingovereenkomst, dat bepaalt dat de N.V.F. de verbintenis aangaande de eigendom van het geleasde toestel te verwerven en te behouden, nu artikel 2 niets anders beoogt dan aan de huurders-appellanten de verplichting op te leggen om, voor zover de N.V.F. eigenaar zou zijn van de goederen, dit eigendomsrecht te eerbiedigen en te zorgen, op de door dit artikel voorgeschreven wijze, voor het behoud ervan bij de N.V.F.;

Overwegende dat appellanten ten slotte tevergeefs stellen dat het tot stand komen van de verkoopsovereenkomst de opschortende voorwaarde uitmaakte voor de totstandkoming van de leasingovereenkomst en dat, aangezien de verkoopovereenkomst ontbonden werd ex tunc en geacht wordt nooit te hebben bestaan, de opschortende voorwaarde zich nooit realiseerde, zodat de leasingovereenkomst nooit geldig tot stand kwam en zij derhalve niet gehouden zijn tot betaling van alle huurtermijnen;

dat inderdaad het vinden van een financier de opschortende voorwaarde uitmaakt voor de totstandkoming van de verkoopovereenkomst, en niet omgekeerd, zodat de ontbinding van de verkoopovereenkomst de rechtsgeldigheid van de leasingovereenkomst niet aantast;

Overwegende dat de hoofdvordering tot ontbinding van de leasingovereenkomst en tot terugbetaling van het voorschot ongegrond is;

Overwegende dat uit hetgeen hiervoor werd uiteengezet, volgt dat appellanten gehouden blijven tot uitvoering van de overeenkomst en derhalve tot betaling van de op tegeneis gevorderde huurgelden en dit niettegenstaande de ontbinding van de koop-verkoopovereenkomst; dat, nu de overeenkomst reeds op 15 januari 1995 een einde nam, zij hoofdelijk gehouden zijn alle tot op die datum vervallen huurgelden te betalen, te weten 1.105.846 frank, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten tegen de contractuele rentevoet;

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 22 MEI 1996

Voorzitter: de h. Heylen

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Hens en Gielen

Advocaten: mrs. Maes loco Tillemans en Coorevits loco Loos

Collectieve arbeidsovereenkomst – Ondernemings-C.A.O. – Niet-neerlegging – Binding – Gemeenrechtelijk overeenkomstenrecht – Uitlegging van overeenkomst

Een niet neergelegde ondernemings-c.a.o. bestaat wettelijk t.o.v. diegenen die ze hebben aangegaan. In dat geval vinden de gemeenrechtelijke regels betreffende de overeenkomsten toepassing en dient de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen bij de overeenkomst te worden nagegaan, m.n. op grond van externe omstandigheden en inzonderheid op grond van de wijze waarop de C.A.O. is uitgevoerd.

Bij onduidelijkheid inzake het toepassingsgebied, dient de uitlegging t.a.v. van de verplichtingen en de lasten te geschieden ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft.

N.V.A. t/ P.

Overwegende dat de eerste rechter oordeelde dat appellante gehouden was tot betaling van een schadevergoeding omdat zij geïntimeerde heeft ontslagen met schending van de werkzekerheidsclausule, zoals die was bepaald in de ondernemings-C.A.O. van 9 oktober 1991 en die ook van toepassing zou zijn voor partijen;

Overwegende echter dat niet betwist wordt dat bedoelde C.A.O. van 9 oktober 1991 niet werd neergelegd, terwijl in artikel 18, eerste lid, van de wet van 5 december 1968 bepaald wordt dat de C.A.O.'s op het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid moeten worden neergelegd;

Overwegende dat uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat deze neerlegging beschouwd wordt als een substantiële vormvereiste zonder hetwelk de werking van de C.A.O. verlamd wordt, zonder gevolg blijft en hoogstens de waarde behoudt die de partijen er zelf aan hebben willen geven (*Pasin.*, 1968, 884); dat de neerlegging van de C.A.O. een substantiële slotformaliteit uitmaakt zonder welke het wettelijk bestaan van de C.A.O. gebrekkig is (*Gedr. St., Senaat*, 1966-67, nr. 148, 27; 1967-68, nr. 78, 73 en 74);

Overwegende echter dat uit de bewoordingen van artikel 18 van de C.A.O.-wet niet kan afgeleid worden dat een niet neergelegde C.A.O. geen wettelijk bestaan heeft ten opzichte van degenen die ze hebben aangegaan; dat dan echter de partijen zich maar erop kunnen beroepen als op een overeenkomst van het gemene recht waarop de regels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn;

Overwegende dat de N.V.A. op 9 oktober 1991 de C.A.O. sloot geldig voor twee jaar, waarbij overeengekomen werd dat ingevolge herstructurering een brugpensioenregeling werd opgesteld en bepaald werd dat geen andere ontslagen, tenzij wegens dringende reden, uitgevoerd zouden worden;

Overwegende dat ongeacht het feit dat geïntimeerde niet tot een werknemersorganisatie behoorde en de omstandigheid dat appellante beweert dat de duurtijd van de C.A.O. wegens erkenning vande N.V.A. als bedrijf in herstructurering slechts gold tot 31 december 1992, nagegaan dient te worden of appellante gehouden was door haar verbintenis tot ontslagbeperking ten opzichte van geïntimeerde;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 1156 Burgerlijk Wetboek dient te worden nagegaan wat de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest bij het sluiten van de C.A.O., veeleer dan aan de letterlijke zin van de woorden te houden; dat dit betekent dat het ene beding van de C.A.O. uitgelegd dient te worden aan de hand van een ander, zodat elk beding wordt opgevat in de zin die uit de gehele akte voortvloeit (artikel 1161 Burgerlijk Wet-

boek; Cass., 9 januari 1989, *R.W.*, 1989-90, 402); dat er nagegaan dient te worden wat de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, en aldus ook rekening kan worden gehouden met externe omstandigheden, die men kan putten buiten de collectieve arbeidsovereenkomst zelf en vooral met de wijze waarop de collectieve arbeidsovereenkomst is uitgevoerd (Abh. Luik, 15 mei 1979, *J.T.T.*, 1980, 49);

Overwegende dat het Hof van oordeel is dat, gelet op het geheel van de opgestelde overeenkomst van 9 oktober 1991, en mede rekening houdende met externe omstandigheden, niet genoegzaam aangetoond wordt dat de C.A.O. van toepassing was voor appellante;

...

Overwegende dat in zoverre er geen duidelijkheid is over het toepassingsgebied, de bedoelde C.A.O. beperkend dient te worden uitgelegd ten aanzien van de verplichtingen en lasten die zij oplegt, en de uitlegging dient te geschieden ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft;

Overwegende dat in de gegeven omstandigheden het Hof oordeelt dat geïntimeerde zich niet kon beroepen op de niet neergelegde C.A.O. van 9 oktober 1991 ingevolge de overname van de vestiging Bredabaan door appellante om een eventuele schadevergoeding te vorderen, daar blijkbaar niet bewezen is dat de N.V. A. of appellante na overname, zich verbonden hebben ten opzichte van geïntimeerde betreffende de vastheid van betrekking;

...

RECHTBANK TE BRUSSEL

BESLAGRECHTER – 17 OKTOBER 1995

Rechter: mevr. Diercxsens

Advocaten: mrs. Beele, D. Bruneel, Nyssens, Verschoten, Joye loco Van Helshoecht, Depré loco Van de Daelen en Derveaux loco Goemaere

Verjaring – Interests van geleende sommen – Termijn – Aanvangspunt – Afstand van de verjaring – Stuiting – Dagvaarding – Gevolg – Vordering tot uitonverdeeldheidstreding – Einduitspraak – Begrip

Voor de berekening van de vijfjarige verjaringstermijn van interests van geleende sommen (art. 2277 B.W.) dient telkens als aanvangspunt te worden genomen het tijdstip waarop de interests betaalbaar waren.

De clause in een leningsakte waarin de leners aanvaarden de interests te berekenen vanaf de dag van de akte tot op de dag van de werkelijke terugbetaling, kan niet worden opgevat als een clause waarin de leners geldig afstand gedaan hebben van het recht zich op de verjaring te beroepen.

De stuiting van de verjaring door een dagvaarding (art. 2244 B.W.) blijft voortduren zolang het rechtsgeding dat met die dagvaarding is ingeleid, geen einde heeft genomen door een eindvonnis of een eindarrest.

Als een vonnis, recht doende over een vordering tot uitonverdeeldheidstreding, een notaris aanstelt om over te gaan tot de verrichtingen van inventaris, rekening, vereffening en verde-

ling, is die uitspraak geen voorafgaande maatregel bevolen om de vordering te onderzoeken of de toestand van de partijen voorlopig te regelen als bedoeld in art. 19, tweede id, Ger.W., maar wel een eindvonnis.

C. t/ N.V. E., Van Den B. e.a.

De eisers C. menen gerechtigd te zijn op de totaliteit van hun vordering met betrekking tot de interests op de hoofdsom vanaf 10 september 1978 tot en met de volledige betaling.

Het wordt niet betwist dat de interests over de jaren 1975-1976 en 1977 betaald zijn.

De heer van de V. heeft van het begin af de exceptie van verjaring gebaseerd op artikel 2277 Burgerlijk Wetboek opgeworpen.

Volgens artikel 2277 Burgerlijk Wetboek verjaren de interests van geleende sommen door verloop van vijf jaren. Deze bevrijdende verjaring is van toepassing op de interests van de door de eisers C. geleende sommen.

Partijen zijn het erover eens dat de verjaring voor het eerst gestuit werd door de dagvaarding betekend op 18 september 1984, met toepassing van artikel 2244 Gerechtelijk Wetboek.

Voor de berekening van deze verjaringstermijn dient als vertrekpunt telkens het tijdstip waarop de interests betaalbaar waren, te worden genomen, zijnde 10 maart en 10 september van ieder jaar.

Bijgevolg is dus de vordering tot betaling van de interests, die betaalbaar waren tussen 10 maart 1978 en 10 maart 1979, verjaard, aangezien de interests betaalbaar op 10 maart 1979 verjaard zijn op 10 september 1984, dus acht dagen voor de stuitingsdaad.

Ten onrechte stellen de eisers C. en notaris N. dat de schuldenaars afstand gedaan hebben van de verjaring van artikel 2277 Burgerlijk Wetboek, omdat zij in hun leningsakte aanvaard hebben de interests te berekenen vanaf de dag van de akte tot op de dag van de werkelijke terugbetaling.

Krachtens artikel 2220 Burgerlijk Wetboek kan men vooraf geen afstand doen van de verjaring. Men kan wel afstand doen van een verkregen verjaring. Hieruit volgt dus dat de instelling zelf van de bevrijdende verjaring de openbare orde raakt, maar dat het recht om zich op de verjaring te beroepen, éénmaal deze verkregen is, niet van openbare orde is aangezien men hiervan afstand kan doen en dus afzien van het voordeel dat de verjaring aan de schuldenaar verschaft.

De hierboven vermelde clause in verband met de interests vermeld in de leningsakte kan evenwel niet worden opgevat als een clause waarin de schuldenaars geldig afstand gedaan hebben van het recht zich op de verjaring te beroepen.

Na de dagvaarding van 18 september 1984 (eerste stuitingsdaad) volgde een vonnis op 17 juni 1985, betekend op 31 oktober 1985. Tegen dit vonnis werd beroep aangetekend. Het arrest werd uitgesproken op 7 april 1987 en betekend op 4 augustus 1987.

Partijen zijn het erover eens dat door de dagvaarding de verjaring gestuit wordt en dat deze stuiting blijft voortduren zolang het rechtsgeding geen einde heeft genomen.

De eisers C.-C. en notaris N. zijn van oordeel dat het geschil tussen partijen nog steeds niet beëindigd is niettegen-

staande het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 7 april 1987.

Zij stellen dat de vordering die werd ingeleid door de dagvaardingen van 18 en 21 september een vordering uitonverdeeldheidtrekking is, die werd ingesteld op grond van artikel 1207 Gerechtelijk Wetboek en die nog steeds niet beëindigd is omdat bovenvermeld arrest slechts een tussenstap is in de procedure die slechts een einde zal nemen wanneer de uitvoeringsprocedure beëindigd zal zijn omdat de instrumenterende notaris zijn taak zal hebben volbracht.

Luidens het vonnis van 17 juni 1985, bevestigd door het arrest van 7 april 1987, strekte de vordering ingeleid bij dagvaardingen van 18 en 21 september 1984 tot de veiling van het onroerend goed waarvan de verweerders Van de V.-P. en de verweerders M. onverdeelde eigenaars waren en strekte er tevens toe te horen zeggen dat het recht van hypotheek van eiseressen in geval van veiling aan een andere dan de echtgenoten Van de V.-P. overgaat op hun aandeel in de prijs.

Het vonnis van 17 juni 1985 heeft de veiling toegelaten en heeft notaris N. aangesteld om over te gaan tot de verrichtingen van inventaris, rekening, vereffening en verdeling.

Het vonnis werd op een kleine wijziging na in verband met de bijkomende vordering bevestigd door het arrest van 7 april 1987.

Dit arrest heeft een einde gemaakt aan het geschil dat tussen partijen heerste, met name de uitonverdeeldheidtrekking op grond van artikel 1207 Gerechtelijk Wetboek.

Krachtens artikel 19 Gerechtelijk Wetboek is het vonnis een eindvonnis in zoverre daarmee de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt uitgeput is, behoudens de rechtsmiddelen bij de wet bepaald.

In casu werd door voormeld arrest een einde gemaakt aan de betwisting met betrekking tot de uitonverdeeldheidtrekking.

De aanstelling van twee notarissen om over te gaan tot de verrichtingen van inventaris, rekening, vereffening en verdeling, is geen voorafgaande maatregel bevolen om de vordering te onderzoeken of de toestand van de partijen voorlopig te regelen als bedoeld in artikel 19, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek, zodat het arrest geen uitspraak alvorens recht te doen is en dus een einduitspraak uitmaakt.

(cf. *mutatis mutandis* in geval van vereffening en verdeling van een nalatenschap Cass., 12 januari 1979, *Pas.*, 1979, I, 547, Cass., 19 december 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 369).

Immers, na de veiling van het onverdeelde goed kunnen de partijen indien zij niet akkoord gaan met de verdeling of de rangregeling, zoals voorgesteld door de notaris, zich opnieuw tot de rechter wenden, doch dit maakt het voorwerp van een nieuwe procedure uit.

Wanneer de dagvaarding een verjaring stuit, blijft deze stuiting voortduren tijdens het aanhangig zijn van het geding dat door die dagvaarding is ingeleid en wel tot op het ogenblik dat de in de aanhangig gemaakte vordering een eindvonnis of een eindarrest wordt gewezen. (Cass., 2 oktober 1981, *R.W.*, 1982-83, 528).

Het conflict tussen partijen in verband met de terugbetaling van de lening met de opbrengst van de verkoop was niet het voorwerp van de betwisting die voor de rechter aanhangig gemaakt werd door de dagvaarding van 18 september 1984.

Vanaf 8 april 1987 is dus een nieuwe verjaringstermijn begonnen te lopen die niet meer gestuit werd.

Derhalve zijn de interesten betaalbaar vanaf 10 maart 1978 tot en met september 1990 verjaard op grond van de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 2277 Burgerlijk Wetboek.

Nog niet verjaard tot op de datum van heden zijn de interesten betaalbaar vanaf 10 maart 1991 tot en met 10 september 1995, zijnde een totaal van 250.000 fr.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

3 DECEMBER 1996

Beslagrechter: mevr. De Paepe

Advocaten: mrs. Bijnens loco Nelissen Grade en Bosmans

Koop – Consignatie – Tegenwerpbaarheid aan derden – Beslag – Erkend gebruik in de branche

De consignatie die gebruikelijk is in de betrokken branche (i.c. de schoensector) kan niet worden beschouwd als een omzeiling van de niet-tegenwerpbaarheid van bedingen van eigendomsvoorbehoud zodat de werking ervan door derden moet worden aanvaard.

N.V.E. t/ Belgische Staat en V.

Overwegende dat door eerste verweerder uitvoerend beslag is gelegd op 1000 paar nieuwe dames- en herenschoenen, 20 handtassen, 20 sporttassen en een kasregister; dat al deze in beslag genomen goederen zich bevonden op de maatschappelijke zetel van de belastingsschuldige, tweede verweester, hetgeen op grond van art. 2279 B.W. een vermoeden van eigendom doet ontstaan. Zodanig dat de schuldeisers ervan mogen uitgaan dat de roerende lichamelijke goederen in het bezit van hun debiteur deze ook effectief toebehoren; dat het beslag dus in ieder geval rechtsgeldig werd gelegd;

Overwegende dat het aan de revindicant is zijn exclusieve eigendom te bewijzen, een bewijs dat kan worden geleverd door alle middelen rechtens;

Overwegende dat eiseres als bewijs van haar eigendomsrecht in verband met de in beslag genomen goederen zich beroept op de handelsovereenkomst tussen haar en tweede verweester gesloten op 22 maart 1995, en op basis van deze overeenkomst stelt dat de goederen waarop beslag werd gelegd, haar nog steeds in eigendom toebehoren en enkel in consignatie werden gegeven aan tweede verweester; dat zij ter verdere ondersteuning van het bovenvermelde tevens verwijst naar de leveringsformulieren en een uittreksel uit haar boekhouding;

Overwegende dat de eigenaar die de goederen aan een handelaar in consignatie heeft gegeven, in beginsel deze goederen kan terugvorderen; dat het in dit geval echter moet gaan om een echte consignatie en niet om een constructie die ertoe strekt de niet-tegenwerpbaarheid van bedingen van eigendomsvoorbehoud te omzeilen; dat als voorwaarde voor de tegenwerpbaarheid als objectief en normatief criterium kan worden gesteld dat de consignatie in de betrokken branche als een vaststaand gebruik wordt aanvaard;

...

Overwegende dat uit de praktijk van E. de rechtspraak dienaangaande, en uit de bewoordingen van de wet op de agentuurovereenkomst van 13 april 1995, blijkt dat het in het economisch leven een gangbaar systeem is dat een onafhankelijke zelfstandige in naam en voor rekening van iemand anders goederen verkoopt en dat deze goederen, welke geen deel uitmaken van zijn vermogen, door hem worden verkocht tegen betaling van een commissie;

Overwegende dat in de Handelsagentuurwet een regeling is uitgewerkt in verband met deze overeenkomsten, waarbij het doel van de reglementering erin bestaat een betere bescherming te bieden aan de zelfstandige handelsagent en door een autonoom wettelijk statuut voor de handelsagent een einde te maken aan de discussie over de juridische aard van deze overeenkomsten (contract sui generis, aanneming, lastgeving of een mengvorm van aanneming en lastgeving); dat uit deze wet blijkt dat het systeem van het in consignatie geven van goederen, waarbij de principaal eigenaar blijft tot bij de verkoop, een algemeen bekend systeem is in de handelssector, onder meer in de schoensector;

Overwegende dat eerste verweerder dan ook volledig ten onrechte stelt dat het in casu geen echte consignatie betreft; dat een andere kwalificatie geven zou indruisen tegen de uitdrukkelijke bedoeling van partijen, de feitelijke gedragingen van partijen, alsook het vaststaand gebruik in de schoensector; dat de opdrachtgever eigenaar blijft van de goederen en het bij het sluiten van dergelijke overeenkomsten immers de bedoeling is dat de handelsagent de goederen enkel in consignatie heeft en ervoor verantwoordelijk is, een verantwoordelijkheid die zich uit door de opstelling van een inventaris van de goederen die nog in bewaring zijn bij de beëindiging van de overeenkomst, en aan de hand van de bij deze inventaris opgestelde eindafrekening van de facturen; dat de handelsagent dus geen eigenaar wordt van de goederen en hij deze goederen bij het einde van de overeenkomst dient terug te geven;

...

NOOT – Zie: E. Dirix en R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, 1996, 338-339, nr. 555.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

4e KAMER – 2 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Beerten

Advocaten: mrs. De Block, Van Coppennolle loco Jans, Spaas loco Kranzen, Delwiche en Frederix

Aanneming van werk – Aansprakelijkheid – Ondergrondse kabel – Privé-terrein

Bij bouwwerken op een privé-terrein is het aan de opdrachtgever om de nodige voorzorgsmaatregelen te treffen ter voorkoming van schade aan ondergrondse kabels. Wordt de aannemer niet op de hoogte gebracht van de mogelijke aanwezigheid ervan, dan treft hem in beginsel geen aansprakelijkheid.

N.V. E. t/ B.V.B.A. J. en N.V. D.

De N.V. R. is eigenaar van een perceel grond gelegen te Hasselt. Zij gaf aan de N.V. B.W. opdracht om hierop een appartementsgebouw op te richten. Voor de graafwerken deed W. een beroep op verweerster. Bij het uitvoeren van de graafwerken werd op 23 maart 1993 een ondergrondse hoogspanningskabel gelegen op het privéterrein van de R., beschadigd. Deze beschadiging veroorzaakte een stroomonderbreking waardoor schade werd toegebracht aan het computersysteem van aanlegster en zulks voor een bedrag van 87.833 fr. De dagvaarding strekt ertoe deze schade te verhalen op verweerster.

...

Het wordt door geen der partijen ontkend dat geen plannen m.b.t. de ligging van de ondergrondse kabel werden aangevraagd. Of bij werken op privéterrein de verplichting tot het opvragen van plannen rust op de eigenaar-opdrachtgever alleen, dan wel op de eigenaar-opdrachtgever samen met de aannemer, wordt in de rechtspraak op verdeelde wijze opgelost.

De rechtbank sluit zich aan bij de strekking die deze verplichting enkel aan de eigenaar-opdrachtgever oplegt. Immers, dat ondergrondse kabels op een privéterrein liggen, is eerder uitzondering dan wel de regel. Enkel wanneer er aanwijzingen zouden bestaan waaruit de aannemer kan afleiden dat er ondergrondse kabels aanwezig zijn, dient hij de nodige maatregelen te treffen om de ligging ervan te lokaliseren, hetzij door het aanvragen van plannen, hetzij door het uitvoeren van peilingen. Uit niets blijkt echter dat er in casu aanwijzingen waren die duiden op de aanwezigheid van ondergrondse kabels.

De aannemer dient eveneens voornoemde voorzorgen te nemen wanneer de eigenaar-opdrachtgever hem op de mogelijke aanwezigheid van ondergrondse kabels heeft gewezen. De opdrachtgever-eigenaar bewijst niet dat hij zulks heeft gedaan. Hieruit volgt dan ook dat enkel de N.V. R. aansprakelijk is voor de feiten en dat de hoofdaannemer noch verweerster enige fout hebben begaan.

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

5e KANTON – 27 JUNI 1995

Rechter: de h. Van Oosterwijck

Advocaten: mrs. Wauters en Lambrechts

Overeenkomst – Toestemming – Dwaling – Peildatum

Dwaling over de zelfstandigheid van de zaak moet worden beoordeeld op het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst. Als later bijzondere eigenschappen van de zaak aan het licht komen waarvan de partijen geen enkel vermoeden hadden en die aan iedereen onbekend waren, gaat het om toekomstige omstandigheden die in het leerstuk van de dwaling buiten beschouwing blijven en geen weerslag hebben op de beoordeling van de geldigheid van de overeenkomst.

C. T/B.V.B.A. De R.

A. De feiten

Eiser kocht van verweerster op 9 maart 1993 in haar kunsthandel te Antwerpen een rivierlandschap getekend «C. Delpy», tegen de prijs van 65.000 fr. waarop een voorschot van 25.000 fr. betaald werd; het werk diende gerestaureerd te worden en bleef dus bij verweerster. Het saldo, 40.000 fr., zou na restauratie geregeld worden.

Op 31 maart 1993 richt verweerster een schrijven aan eiser waarin gesteld wordt dat bij de restauratie gebleken is dat het schilderij door «H.C. Delpy» (Hipolyte Camille) gesigneerd was (de «H.» zat verborgen achter de lijst) terwijl dus op de lijst het naamplaatje «C.Delpy» prijkte, waaruit wat genoemd wordt een vergissing bleek «omtrent de authenticiteit van het auteurschap van het werk». Men stelde verder niet anders te kunnen doen «dan deze transactie te annuleren», verontschuldigde zich voor deze vergissing, «de eerste in die aard sinds de oprichting van onze firma» en zal op eerste verzoek het voorschot terugbetalen.

Eiser stemt daar niet zomaar mee in, vraagt nadere uitleg en vindt dat «you are not handling this matter very properly». Uiteindelijk schakelt hij een raadsman in die na wat over en weer geschrijf met verweerster, op 1 september 1993 namens zijn cliënt een voorstel uitwerkt om het schilderij te laten expertiseren, het te koop te stellen en de winst na aftrek van expertise- en andere kosten, fifty-fifty te delen. Verweerster antwoordt daar niet op, noch op herinneringsbrieven van 12 oktober 1993, 2 november 1993 en 27 januari 1994; dan wordt er gedagvaard.

B. De algemene rechtsbeginselen

Verweerster voert aan dat haar toestemming tot de verkoop gebrekkig en dus ongeldig was omdat die door dwaling werd ingegeven (art. 1109 B.W.). Dwaling is echter dan pas een grond tot nietigheid van het contract wanneer zij «de zelfstandigheid» van de zaak betreft (art. 1110 B.W.). Die laatste uitdrukking mag niet in een objectieve en materiële zin verstaan worden, maar wel in een subjectieve en psychologische zin. De zelfstandigheid is niet de materie waaruit het contractueel voorwerp, de verkochte zaak, vervaardigd werd. Het is de substantiële hoedanigheid die wezenlijk is voor de prestatie, de kwaliteit die de partij, dus te dezen verweerster, op het oog had en haar ertoe gebracht heeft te contracteren, de kwaliteit kortom die de impulsieve en determinerende oorzaak is geweest van het contract. Het is *die eigenschap* die van doorslaggevende betekenis moet zijn geweest voor de dwalende partij, zonder welk element het contract niet zou zijn gesloten (Cass., 31 oktober 1966, *R.W.*, 1967-68, 1118, *Arr. Cass.*, 1967, 301, *Pas.*, 1967, I, 294; Cass., 3 maart 1967, *R.W.*, 1966-67, 1907, *Arr. Cass.*, 1967, 829, *Pas.*, 1967, I, 811; Luik, 13 juni 1967, *Pas.*, 1968, II, 24; Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1977, 185; Gent, 30 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2525, en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 441, nr. 22.552, noot A.C.; Brussel, 5 november 1980, *J.T.*, 1981, 77; Antwerpen, 17 november 1982, *R.W.*, 1986-87 (verkort), 1506; Gent, 26 mei 1983, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 105, nr. 23.299, noot; Brussel, 29 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 420, noot J.H.; De Page, H., *Traité*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 3e uitgave, 50 e.v., nr. 19; Kist, A.W., «Overzicht van rechtspraak (1964-

1969). Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden», *T.P.R.*, 1971, (705), 746, nr. 15; Herbots, J., Bützler, R. en Vastersavendts, A., «Overzicht van rechtspraak (1961-1969). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1973 (195), 202-203, nr.4, en de verwijzingen; Kruithof, R., Moons, H., en Paulus, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, (439), 465 tot 470, nrs. 26 tot 32; Herbots, J. en Stubbe-Pauwels, A.M., «Overzicht van rechtspraak (1969-1974). Bijzondere kontrakten», *T.P.R.*, 1975 (917), 940, nr. 21; Herbots, J., Clarysse, D; en Werckx, J., «Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1977-1982)», *T.P.R.*, 1985, (767), 790-791, nr.24; Simont, L., De Gavre, J., en Foriers, P.A., «Examen de jurisprudence (1976 à 1980)», *R.C.J.B.*, 1985, (105), 111 e.v., nrs. 8 tot en met 12; Herbots, J. en Pauwels, Ch., «Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, (1039), 1071, nr. 31; Simont, L., De Gavre, J. en Foriers, P.A., «Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1995, (107), 117 e.v., nrs. 7 tot en met 12; Dirix, E., «Dwaling en bedrog bij de koop van kunst en antiek», in Rimanque, K., (red.), *Kunst en recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 97 tot 100, nrs. 99 tot 103; Dambre, M., «Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen», noot onder Antwerpen, 20 januari 1988, *T.B.B.R.*, 1990, (38), 41, nr. 6; Devos, D., «Chronique de jurisprudence. Les contrats (1980-1987). La vente», *J.T.*, 1991, (161), 163, nr. 5.)

De dwaling mag echter niet onverschoonbaar zijn, een voorwaarde die door de rechtspraak werd toegevoegd, hetgeen betekent dat ze niet te wijten mag zijn aan de volslagen achteloosheid van de partij die er het slachtoffer van is; verschoonbaar is de dwaling waarvan ieder normaal oplettend en voorzichtig man het slachtoffer kan zijn. Onverschoonbare dwaling is een dwaling die van dien aard is dat een normaal mens ze niet zou hebben begaan, en is een fout waarvoor de dader moet boeten (Cass., 6 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 133; Cass., 28 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1236; Cass., 10 april 1975, *Pas.*, 1975, I, 785; Cass., 13 februari 1978, *Pas.*, 1978, I, 686; Cass., 20 april 1978, *Pas.*, 1978, I, 95; Luik, 29 november 1983, *Jur. Liège*, 1984, 86; Bergen, 1 december 1983, *Pas.*, 1984, II, 63, noot J.S.; Brussel, 29 maart 1988, *Rev. Not. B.*, 1988, 379; De Page, H., *Traité*, I, o.c., 61, nr. 46, B.; Herbots, J., Bützler, R. en Vastersavendts, A., o.c., *T.P.R.*, 1973, 203-204; nr. 4; Herbots, J., Clarysse, D en Werckx, J., o.c., *T.P.R.*, 1985, 791 tot 794, nrs. 25 tot en met 27; Dirix, E., o.c., in Rimanque, K., (red.), *Kunst en recht*, o.c., 96, nr. 98, en 102, nr. 105; Herbots, J., en Pauwels, Ch., o.c., *T.P.R.*, 1989, 1069, nr. 28 in fine; Devos, D., o.c., *J.T.*, 1991, 163, nr. 6; Simont, L., De Gavre, J., en Foriers, P.A., o.c., *R.C.J.B.*, 1985, 116-117, nr. 116; Simont, L., De Gavre, J., en Foriers, P.A., o.c., *R.C.J.B.*, 1995, 123-124, nr. 11).

Het is trouwens zo dat een onverschoonbare dwaling geen wilsgebrek is in de zin van de artikelen 1109 en 1110 B.W. en geen grond kan geven voor de vordering tot nietigverklaring van art. 1117 B.W. (Cass., 10 april 1975, geciteerd; Cass., 13 februari 1978, geciteerd; Cass., 20 april 1978, geciteerd; Devos, D., o.c., *J.T.*, 1991, 163, nr. 6; Simont, L., De Gavre, J., en Foriers, P.A., o.c., *R.C.J.B.*, 1995, 123, nr. 11) en dat, opdat de verschoonbare dwaling tot de nietigheid van een verkoopovereenkomst kan leiden, zij het bewijs vergt dat ze de zelfstandigheid van de zaak of een substantieel geachte hoedanigheid ervan betreft, een feit dat met alle middelen

rechtens getuigen en vermoedens inbegrepen, kan worden bewezen (Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1979, 185; Herbots, J., Clarysse, D., en Werckx, J., o.c., *T.P.R.*, 1985, 793, nr. 27).

Het is ook niet zo, wat eiser schijnt te willen beweren, dat het te dezen om een dwaling omtrent de waarde van de verkochte zaak gaat, de verkeerde economische appreciatie, en, zo stelt hij verder en terecht, dat soort dwaling valt buiten de toepassingsfeer van art. 1110 B.W., en is in beginsel onverschillig (Luik, 4 maart 1970, *Rev. Prat. Not.*, 1970, 137; Rb. Mechelen, 21 januari 1975, *R.W.*, 1977-78, 1649; De Page, H., *Traité*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, 3e uitgave, 84, nr. 49, B, 1°; Herbots, J., Bützler, R. en Vastersavendts, A., o.c., *T.P.R.*, 1973, 203, nr. 4; Herbots, J., Delwiche, F., en Lamine, L., «Overzicht van rechtspraak (1975-1977). Bijzondere kontrakten», *T.P.R.*, 1980, (517), 529, nr. 13; Herbots, J., en Pauwels, Ch., o.c., *T.P.R.*, 1989, 1071, nr. 30 in fine). De dwaling omtrent de waarde zou hier enkel het gevolg zijn van de initiale dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak (cf. Dirix, E., o.c., in Rimanque, K. (red.) *Kunst en recht*, o.c., 100, nr. 101 in fine en de verwijzing; cf. Simont, L., De Gavre, J. en Foriers, P.A., o.c., *R.C.J.B.*, 1995, 118, nr. 7).

Het beantwoorden van die aanvoering over de dwaling omtrent de waarde van de zaak impliceert reeds dat het buiten kijf staat dat, hoewel de rechtspraak in overgrote meerderheid zich heeft moeten uitspreken over dwaling van de zijde van de koper, ook de verkoper zich op dwaling kan beroepen, ook al betreft die dwaling zijn eigen prestatie; art. 1110 B.W. maakt immers geen onderscheid omtrent de contracterende partijen (Cass.fr., 22 februari 1978, *D.*, 1978, *Jur.*, 601 (Poussin-arrest) met noot Malinvaud, Ph., *J.C.P.*, 1978, II, nr. 18.925, noot, dat het arrest van het Hof van Beroep van Parijs, 2 februari 1976, *J.C.P.*, 1976, II, nr. 18.358, met noot Lindon, P., vernietigde; Trib.gr.inst.Parijs, 13 december 1972, *J.C.P.*, 1973, II, nr. 17.377, met noot Lindon, R., en *D.*, 1973, *Jur.*, 410, noot Ghestin, J. en Malinvaud, Ph., Ghestin, J., en Malinvaud, Ph., geciteerde noot onder Trib.gr.inst.Parijs, 13 december 1972, *D.*, 1973, *Jur.*, 411, en de overvloedige verwijzingen naar rechtsleer en rechtspraak; Herbots, J., en Stubbe-Pauwels, A.M., o.c., *T.P.R.*, 1975, 943, nr. 24; Dirix, E., o.c., in Rimanque, K., (red.), *Kunst en recht*, o.c., 108, nr. 112; Simont, L., De Gavre, J., en Foriers, P.A., o.c., *R.C.J.B.*, 1985, 113, nr. 10; Dambre, M., geciteerde noot onder Antwerpen, 20 januari 1988, *T.B.B.R.*, 1990, 41, nr. 6 in fine).

C. Het besluit

Te dezen heeft verweerster-verkoopster gedwaald over de zelfstandigheid van de zaak en die dwaling was verschoonbaar. Immers zou niet alleen ieder normaal oplettend en voorzichtig verkoper daarvan het slachtoffer zijn geworden – het plaatje aangebracht op de lijst bewijst dat ook de oorspronkelijke bezitter van het voorwerp minstens degene die het aan verweerster verkocht, de mening toegedaan was dat het om een «C. Delpy» ging, en de «H» van de handtekening zat verborgen achter de lijst – maar ook een verkoper-kunsthandelaar, voor wie men zich normaliter strenger mag opstellen omdat hij vertrouwd is met de kunsthandel (cf. Dirix, E., o.c., in Rimanque, K. (red.), *Kunst en recht*, o.c., 103, nr. 105, en de verwijzingen in voetnoot 34).

Maar daàr ligt niet de oplossing van het probleem. Dwaling over de zelfstandigheid van de zaak moet worden beoordeeld op het tijdstip van de verkoop (Brussel, 6 maart 1964, *Pas.*, 1965, II, 98; Herbots, J., Bützler, R. en Vastersavendts, A., o.c., *T.P.R.*, 1973, 203, nr. 4; Dirix, E., o.c., in Rimanque, K. (red.), *Kunst en recht*, o.c., 109, nr. 113). Welnu, op dat tijdstip wisten verkoper en koper niet beter dan dat het om een schilderij «C. Delpy» ging, zij hebben zich niets anders voorgesteld, er was geen discrepantie tussen wat partijen zich van de zaak hebben voorgesteld en de zaak zelf. Wanneer nu later eigenschappen aan het licht kwamen – de «H.C. Delpy» – waarvan zij geen enkel vermoeden hadden en die aan iedereen onbekend waren, dan is dat volkomen irrelevant; het gaat dan om toekomstige omstandigheden die in het leerstuk van de dwaling buiten beschouwing blijven (H.R., 19 juni 1959 (het «Kantharos van Stevensweert arrest»), *N.J.*, 1960 (en niet 1959), 113, met concl. adv.-gen. Loeff en noot H.B.; Dirix, E., o.c. in Rimanque, K., (red.), *Kunst en recht*, o.c., 109, nr. 113).

De Hoge Raad stelt hier onder meer woordelijk het volgende:

«dat de omstandigheid, dat een voorwerp, hetwelk het onderwerp ener overeenkomst heeft uitgemaakt, een uitzonderlijk hoge waarde bezit, die ten tijde van het sluiten der overeenkomst aan de contracterende pp. onbekend was en zelfs op dat tijdstip buiten het voorstellingsvermogen der pp. en/of hunne gemachtigden was gelegen, de zelfstandigheid van dat voorwerp als bedoeld in art. 1358 B.W. niet raakt; dat in dit geding aan de orde is de vraag of de verkoper, op den enkelen grond dat de zaak een eigenschap blijkt te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben, vernietiging van de overeenkomst kan vorderen indien aannemelijk is dat hij bij bekendheid met den waren toestand de zaak niet, of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben verkocht; dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord omdat naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting degene die een hem toebehorende zaak tegen een overeengekomen contraprestatie van de hand doet, daarmede de kans prijsgeeft dat de zaak achteraf zal blijken hoedanigheden te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben.»

In de conclusie van advocaat-generaal Loeff komt onder meer het volgende voor:

«dat de zelfstandigheid der zaak (...) haar begrenzing vindt in hetgeen partijen zich bij het sluiten der overeenkomst omtrent de betrokken zaak, haar eigenschappen en haar waarde hebben voorgesteld dan wel zich redelijkerwijze mochten en konden voorstellen.»

Die oplossing is trouwens naar gevoelen van de rechtbank de enige die rechtszekerheid verschaft.

Wel te verstaan is het bovenstaande slechts geldig indien de koper *niet bekend* was met de bijzondere eigenschappen van het schilderij, het in werkelijkheid door «J.C. Delpy» te zijn geschilderd, maar dat is hier ontegenzeggelijk het geval. In de veronderstelling dat een koper wel met die bijzondere eigenschappen bekend is, kan gesproken worden van een precontractuele fout en kan stilzwijgen onder bepaalde omstandigheden bedrog uitmaken, een hypothese die te dezen niet aan de orde is (zie hierover verder Dirix, E., o.c., in Rimanque, K. (red.), *Kunst en recht*, o.c., 110, nr. 113 in fine, en 113 e.v., nrs. 119 tot 121).

Helemaal ten overvloede zou er nog aan toegevoegd kunnen worden dat de ontdekking van de bijzondere hoedanigheid, een «J.C.Delpy» in plaats van een «C. Delpy», aan de koper, eiser, te danken is ingevolge zijn wil om het schilderij te doen restaureren (cf. *H.R.*, 19 juni 1959, geciteerd).

Bij conclusie neergelegd ter griffie op 31 augustus 1994 vraagt eiser:

«de vordering van concluant ontvankelijk en gegrond te verklaren en dientengevolge verweerster te veroordelen tot uitvoering van de verkoopovereenkomst van 9 maart 1993 en dit door onmiddellijke afgifte van het verkochte schilderij zijnde een marine, toegeschreven bij verkoop aan C. Delpy;

«concluant te machtigen om bij gebreke aan vrijwillige afgifte, voormeld schilderij te doen uithalen door het ambt van de eerste daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder, desnoods met behulp der openbare macht, waar het schilderij zich ook moge bevinden;

«te noteren dat concluant het saldo op de aankooprijzen bedrage van 40.000 fr. ter beschikking houdt van verweerster en bij afgifte van het schilderij onmiddellijk dit bedrag aan verweerster zal overmaken;

«Verweerster te veroordelen in de gerechtskosten...»

De hoofdvordering is gegrond.

NOOT – Bovenstaand vonnis is integraal bevestigd bij vonnis van de zevende kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 23 mei 1996 (*A.R.* nr. 4046).

POLITIËRECHTBANK TE TURNHOUT

1e KAMER – 11 JUNI 1996

Rechter: de h. Vanhoof

Advocaten: mrs. Belmans en Coenen loco Geyskens

Verzekering – Verhaal van de verzekeraar op de verzekerde – Formele vereisten – Sanctie

Het recht van verhaal van de verzekeraar is afhankelijk van het vereiste vooraf zijn voornemen ter kennis te brengen van de verzekerde. Deze kennisgeving dient te geschieden aan de persoon zelf te wiens laste het verhaal uitgeoefend zal worden. Daaraan wordt niet voldaan wanneer de verzekeraar een bericht stuurt aan een andere persoon, zij het dat deze de raadsman of de verzekeringsconsulent van de betrokkene is.

Bovendien wordt vereist dat de verzekeraar op ondubbelzinnige wijze laat weten dat hij voornemens is het verhaal uit te oefenen. Daaraan wordt niet voldaan wanneer hij alleen maar meedeelt dat hij zijn belangen voor de strafrechtbank zal laten behartigen door zijn raadsman, gelet op de tegenstrijdigheid van de belangen.

N.V. A. t/ G.

Op 25 januari 1995 omstreeks 22.00 uur reed verweerder met de personenwagen van zijn werkgever, de N.V. G. te Hasselt – maar op dat ogenblik blijkbaar niet in dienst – te Balen over de Bankei. Ter hoogte van het kruispunt Bankei - Katoenstraat - Drieputtekens raakte zijn voertuig in een

slip, volgens verweerder om een onbekende reden. Hij raakte van de weg en kwam tot stilstand tegen een elektriciteitspaal die afknakte. De regelmatig uitgevoerde ademanalyse-test wees uit dat verweerder een alcoholintoxicatiegraad vertoonde van 0,95 mg/l.

Verweerder werd voor de Politierechtbank te Turnhout vervolgd ter zake van zijn voertuig niet goed in de hand te hebben gehad (art. 8.3, tweede lid, A.V.R.) en zijn voertuig betuurd te hebben in staat van strafbare alcoholintoxicatie. Bij vonnis van deze rechtbank van 26 juni 1995, dat in kracht van gewijsde is gegaan, werd hij veroordeeld tot afzonderlijke straffen van respectievelijk 25 fr. x 200 en 200 fr. x 200 (waarvan 100 fr. x 200 met uitstel) en een rijverbod van 21 dagen. Aan de burgerlijke partij I. werd een schadevergoeding toegekend van 160.752 fr.

Eiseres, die de verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid is van het door verweerder bestuurde voertuig, kwam in deze strafprocedure in die hoedanigheid vrijwillig tussen en werd in solidum met verweerder veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan I. In hoofdsom en interesten betaalde eiseres aan Iveka het bedrag van 177.888 fr. Aan de gemeente Balen betaalde zij een schadevergoeding ten bedrage van 15.000 fr.

Eiseres is tevens de verzekeraar eigen schade van het voertuig. In die hoedanigheid betaalde zij aan de eigenaar, de N.V. G., de som van 234.158 fr.

Eiseres vordert thans van verweerder de terugbetaling van die verschillende bedragen, bewegend dat hij een zware fout beging door te rijden in staat van dronkenschap dan wel in staat van strafbare alcoholintoxicatie, verwijzend naar art. 88 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en de algemene voorwaarden van de beide polissen.

In rechte

Artikel 8, tweede lid, van de wet van 25 juni 1992 bepaalt: «De verzekeraar dekt de schade veroorzaakt door de schuld, zelfs de grove schuld, van de verzekeringnemer, van de verzekerde of van de begunstigde. De verzekeraar kan zich echter van zijn verplichtingen bevrijden voor de gevallen van grove schuld die op uitdrukkelijke en beperkende wijze in de overeenkomst zijn bepaald».

Eiseres argumenteert dat zowel in de polis burgerlijke aansprakelijkheid motorrijtuigen als in de polis eigen schade bedongen werd dat zij verhaal kan uitoefenen ten laste van de bestuurder-verzekerde die het ongeval veroorzaakt in staat van dronkenschap dan wel strafbare alcoholintoxicatie.

Verweerder beroept zich in eerste instantie op art. 88, tweede lid, van dezelfde wet, luidende als volgt: «De verzekeraar is, op straffe van verval van zijn recht van verhaal, verplicht de verzekeringnemer of, in voorkomend geval, de verzekerde die niet de verzekeringnemer is, kennis te geven van zijn voornemen om verhaal in te stellen zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop dat besluit gegrond is».

Verweerder doet gelden dat eiseres vervallen is van het recht van verhaal omdat eiseres hem vooraf niet in kennis gesteld heeft van haar voornemen om verhaal uit te oefenen.

Eiseres antwoordt hierop dat zij aan de vereiste van voorafgaandelijke tijdige kennisgeving heeft voldaan met haar brief van 15 juni 1995 aan het kantoor van Mrs. Geyskens & Vandeurzen te Beringen, raadsliden van verweerder.

In de brief deelt zij mee: «Uit het strafdossier blijkt dat de bestuurder een positieve ademtest aflegde. Gezien de tegenstrijdige belangen dient u niet verder op te treden voor onze maatschappij. Wij gelasten mr. Belmans om op de zitting van 26 juni 1995 de belangen van onze maatschappij waar te nemen». Enig ander bericht wordt niet voorgelegd.

Krachtens art. 3 zijn de bepalingen van de wet van 25 juni 1992 van dwingend recht, tenzij uit de bewoordingen zelf blijkt dat de mogelijkheid wordt gelaten om ervan af te wijken door bijzondere bepalingen.

Wat het voorschrift van art. 88, tweede lid, betreft is er geen afwijking. Alleen bepaalt het derde lid van het artikel dat de Koning het recht van verhaal kan beperken in de gevallen en in de mate die Hij bepaalt, wat zonder invloed is op het discussiepunt dat aan de orde is.

De wet heeft zeer duidelijk het recht van verhaal van de verzekeraar afhankelijk gesteld van de voorwaarde zijn voornemen vooraf ter kennis te brengen van de verzekeringnemer dan wel van de verzekerde. Deze kennisgeving dient te gebeuren aan de persoon zelf te wiens laste het verhaal uitgeoefend zal worden. Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan wanneer de verzekeraar een bericht stuurt aan een andere persoon, zij het dat deze de raadsman of de verzekeringsconsulent van de betrokkene is. De wetgever heeft zeer duidelijk en expliciet gewild dat het bericht aan de betrokkene zelf wordt gestuurd, zodat deze voldoende ingelicht is over de bedoelingen van zijn verzekeraar.

Bovendien wordt vereist dat de verzekeraar op ondubbelzinnige wijze aan de betrokkene laat weten dat hij het voornemen heeft om verhaal uit te oefenen. Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan wanneer, zoals te dezen, de verzekeraar enkel meedeelt dat hij zijn belangen voor de strafrechtbank zal laten behartigen door zijn raadsman, gelet op de tegenstrijdigheid van de belangen. De enkele verwijzing naar de tegenstrijdigheid van de belangen is niet gelijk te stellen met het bericht van het voornemen om verhaal uit te oefenen.

De bedoeling van de wetgever is geweest de vrijwaring van het recht van verdediging van de verzekerde (L. Schuermans, «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992», *R.W.*, 1992-93, 739, nr. 164). Het is niet ondenkbaar dat verweerder zijn verdediging voor de strafrechtbank anders zou gevoerd hebben wanneer hij wist dat de mogelijkheid bestond dat eiseres verhaal zou uitoefenen, bv. door verweer te voeren omtrent de omvang van de vordering van de burgerlijke partij I.

Het is eveneens niet uitgesloten dat hij in dat geval een minnelijke regeling nagestreefd zou hebben bv. met de eigenaar van het voertuig, zijn werkgever.

Nu verweerder zich in limine litis beroept op art. 88, tweede lid, van de wet van 25 juni 1992 en dit artikel van dwingend recht is, dient vastgesteld te worden dat eiseres de formele vereisten voor de toepasselijkheid van haar verhaalrecht niet heeft nageleefd. De sanctie hiervoor is volgens hetzelfde artikel zeer duidelijk, namelijk verval van het recht van verhaal.

VREDEGERECHT TE NINOVE

17 MEI 1995

Rechter: de h. Guns

Advocaten: mrs. Boelens loco Desmet en Coppens

Huur – Verhuur van pand als woonhuis en café – Exploitatie van pand door onderhuurder als ontuchthuis, zonder protest van de hoofdhuurder – Nietigheid van de onderhuur – en ontbinding van de hoofdhuurovereenkomst

Wanneer een pand wordt verhuurd als woonhuis en café en deze bestemming niet mag worden gewijzigd zonder schriftelijke toestemming van de verhuurder, heeft de exploitatie van dit pand als ontuchthuis door de onderhuurder, zonder protest van de hoofdhuurder, tot gevolg dat de onderhuurovereenkomst nietig is wegens een ongeoorloofde oorzaak en dat de hoofdhuurovereenkomst ten nadele van de hoofdhuurder dient te worden ontbonden.

Van O. en De C. t/ De G. en B.V.B.A. M.

A. Gegevens

1. Bij onderhandse handelshuurovereenkomst van 31 januari 1987 gaven Van O. – De C. het pand (woning + café) (...) in huur aan De G. Marcel, voor 9 jaar, vanaf 1 februari 1987 tot 31 januari 1996; tegen 13.500 fr. per maand indexgebonden. De bestemming is woonhuis (2/3) en taverne-café (1/3) (geen registratie bekend).

2. De B.V.B.A. M. – intussen door Marcel De G. opgericht – gaf in onderhuur aan de B.V.B.A. R. uit Opwijk, hetzelfde pand op 28 juni 1993, bestemd voor exploitatie van café-taverne, welke bestemming niet te wijzigen is zonder schriftelijke toestemming van de verhuurder. De onderhuur ging in op 1 juli 1993, en liep tot 31 januari 1996, einde van de hoofdhuur. De huurprijs was 16.822 fr. per maand + index. Tevens verbond de onderhuurster zich tot afname van min. 150 hl drank per jaar.

3. Op 27 augustus 1993 stelde gerechtsdeurwaarder H. op verzoek van de eigenaars een proces-verbaal van vaststelling op. Op die dag, rond 22u20', betrad hij de instelling en bestelde aan de toog een biertje, hem besteld door een man. Daarna zet zich een vrouw op de barkruk naast hem, spreekt hem aan in het Frans, zegt haar naam en legt haar hand op zijn dij. Ze stelt hem voor zich met haar af te zonderen, wat 6.000 fr. kost, champagne inbegrepen. Ze geeft nadere toelichting en streelt zijn baard. Daarna verlaat de heer H. de zaak.

4. Op een bij het proces-verbaal gevoegde kleurenfoto – bij nacht genomen – ziet men het pand van op de straat: een hoekhuis, de deur op de hoek, één venster zijstraat, twee vensters steenweg.

De vensters vertonen het ene een geel, de twee andere een blauwig licht. Ook is er een lichtpaneel boven de deur en boven een venster, en een ronde plaat met een pijl en de letter P.

5. De raad van B.V.B.A. M.-D. schrijft op 21 december 1993 de onderhuurster aan en stelt haar in gebreke wegens het exploiteren als ontuchthuis, terwijl enkel de exploitatie van een café-taverne was toegelaten. Tevens stelt hij de onderhuurster in gebreke wegens te weinig drankafname (na 5 maanden amper 12,383 hl).

6. Op 9 maart 1994 maant de raad van de eigenaars huurder De G. aan de wijziging van bestemming van café-taverne naar ontuchthuis te doen ophouden.

7. De B.V.B.A. R. stelt dat het pand vrij was, dat zij met M. contact opnam en deze verwees naar het andere bedrijf (...) te Opwijk, dat zij haar wijze van exploitatie op voorhand bekend maakte, namelijk met één of meer dienststers, waar M. geen problemen in gezien zou hebben.

8. De burgemeester van Ninove attesteert dat het bewuste pand onder de naam (...) en geëxploiteerd door de B.V.B.A. R., bekend staat als een instelling waar dienststers met de cliënteel mee verbruiken, dat een dienstster met de naam Stephanie bij de politie niet bekend is, maar dat die personen vaak roepnamen gebruiken.

9. De G. en de B.V.B.A. M. vroegen op 5 september 1994 aan de eigenaars handelshuurhervorming, wat geweigerd werd. De huurders gingen over tot dagvaarding op 24 november 1994.

...

Bespreking

- Het basiscontract van 31 januari 1987, en het contract van onderverhuur van 28 juni 1993, bepalen uitdrukkelijk dat de bestemming van het pand een woonhuis is voor 2/3 van de waarde, en taverne-café voor 1/3, en dat de bestemming niet te wijzigen is tenzij met voorafgaande en geschreven toelating van de verhuurders.

In het contract van onderhuur is bovendien bedongen dat de onderhuurster het pand persoonlijk zal betrekken en noch het privé-gedeelte noch het beroepsgedeelte mag onderverhuren of laten gebruiken.

Bij hetzelfde contract van onderhuur werd ook een brouwerijcontract gevoegd waarbij een verplichte drankafname van min. 150 Hl per jaar is bedongen.

In een afzonderlijke akte van 28 juni 1993 tekenden M.D. en de onderhuurster de opgave van de bedoelde dranken – in vaten en flessen – van bieren, frisdranken, aperitieven, wijnen en sterke dranken met hun merknamen en verpakkingen.

- Duidelijk is dus wel dat van de onderhuurster verwacht werd dat zij in de taverne-café, gelegen centrum A., op de grote steenweg, een aanzienlijke drankverkoop zou realiseren.

Dit bleek zeker niet het geval te zijn, nu vaststaat dat zij vanaf augustus 1993 tot 15 april 1994 enkel 22,59 Hl afnam over 8,5 maanden: d.i. op jaarbasis ongeveer 31,90 Hl of slechts 1/5 van het contractueel minimum.

- Beter verklaarbaar wordt dat wanneer dient vastgesteld te worden dat de onderhuurster helemaal geen volkscafé openhoudt, doch eerder een gelegenheid voor een beperkter publiek.

Nadat de schijn was gewekt dat het pand voor ontucht werd aangewend, lieten de eigenaars door een gerechtsdeurwaarder vaststellingen doen die geen twijfel laten.

De dienstster die op de gerechtsdeurwaarder werd afgestuurd – nadat een man hem een glas bier bestelde aan de toog – de door haar toegepaste handtastelijkheden en de door haar gebruikte woorden, laten geen plaats voor twijfel.

- Hier is duidelijk aanzetting tot ontucht, onbetwistbaar onder het gezag en leiding van de onderhuurster, aanwezig. De dienstster heeft immers aangeboden de klant in afzondering te nemen, heeft daarvoor een prijs van 6.000 fr. voor-

opgezet - champagne inbegrepen - heeft gepoogd hem over te halen tot seksuele omgang. De oorzaak van de verbintenis is dientengevolge te beschouwen als door de wet verboden wegens de strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde (artt. 1131 en 1133 B.W.) Een dergelijke verbintenis die uit een ongeoorloofde oorzaak is aangegaan, heeft geen gevolg, en is nietig.

Bijkomend werd door de onderhuurster in ernstige mate afgeweken van de contractueel overeengekomen bestemming. Dit op zichzelf is een zware fout die nadeel toebrengt aan de belangen van de eigenaars vooral, door het in waarde doen verminderen van hun pand als gevolg van de sociale depreciatie.

- De G. en de B.V.B.A. M. beweren dat zij van niets geweten hebben. Dit lijkt erg onwaarschijnlijk, te meer daar zij, bij leveringen in het pand, toch wel de situatie konden opnemen en vaststellen dat de herberg, ook aan de buitenzijde, niet de kenmerken vertoonde van een gewoon café; dat er bovendien opvallend weinig drank werd afgenomen.

De hoofdhuurders hebben bovendien zelf geen initiatief genomen om de toestand te keren, tenzij vier maanden na datum van het proces-verbaal van de gerechtsdeurwaarder: en als hoofdhuurders blijven zij, volgens art. 11, III, van de wet op de handelshuur, hoofdelijk gehouden tot alle verplichtingen van de oorspronkelijke huur.

- De nietigheid van de onderhuur en de ontbinding van de hoofdhuur dringen zich op. De eigenaars vorderen geen huurgelden en geen bezittingsvergoedingen, enkel een verbreking – en – een wederverhuuringsvergoeding van 6 + 3 maanden of 97.056 fr. + 48.528 fr. Eén enkele contractbreukvergoeding gelijk aan 4 maanden huur komt ons billijk voor en afdoende, of 64.704 fr. ten laste van de hoofdhuurders, die terecht hun onderhuurster betrekken en deze om vrijwaring vragen.

Even terecht vragen ze de ontbinding van de onderhuur te laste van de onderhuurster met uitdrijving en een bezittingsvergoeding van 17.248 fr. per maand vanaf 1 oktober 1994, plus de huur voor september 1994.

De onderhuurster stelt dat de huur voor september en oktober 1994 is betaald, en de hoofdhuurders erkennen dit in hun conclusie van 2 november 1994. Sindsdien wordt er niets meer gezegd over eventuele achterstallen – ook niet ter zitting van 19 april 1995 – zodat het past enkel voorbehoud te verlenen op dat stuk.

Trouwens dringen de eigenaars aan voor een provisionele huurschadevergoeding en aanstelling van een deskundige. Uit niets echter blijkt thans dat er huurschade zou zijn, zodat enkel voorbehoud past.

De onderhuurster weerlegt niet de bewering van M. dat er sinds mei 1994 geen dranken meer geleverd zijn. De hoofdhuurders lijden dus zeer zeker schade: ex aequo et bono geraamd op 50.000 fr.

De factuur van M. van 29 maart 1994 voor 13.416 fr. werd door de onderhuurster voldaan op 20 mei 1994. Een betaling na goede anderhalve maand is bezwaarlijk als laat aan te merken.

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

2e KANTON – 28 MAART 1996

Rechter: mevr. Nutkewitz

Advocaten: mrs. Gunzburg en Deprez

Bewaargeving – Vestiaire in restaurant – Ophangen van jas aan kapstok – Jas niet in ontvangst genomen door restauranthouder – Toestemming van restauranthouder voor sluiten van contract van bewaargeving

Wanneer een restaurantbezoeker zijn jas vrijwillig ophangt aan een kapstok, op een plaats waar tal van kapstokken zijn aangebracht, zonder dat de restauranthouder die jas in ontvangst heeft genomen en weggehangen en zonder dat hij aan de restaurantbezoeker de indruk wekt dat er voor diens jas zou worden gezorgd, dient deze laatste er zich rekenschap van te geven dat hij zijn jas daar op eigen risico heeft opgehangen en kan er geen sprake zijn van een stilzwijgende toestemming van de restauranthouder om met de restaurantbezoeker een overeenkomst van bewaargeving tot stand te brengen.

V. t/ N.V. A.

Overwegende dat de inleidende vordering ertoe strekt verweerster te horen veroordelen in betaling van 24.100 frank hoofdens schadevergoeding wegens verlies van zijn jas;

Overwegende dat met betrekking tot de feitelijke omstandigheden dient te worden vastgesteld dat eiser op 4 maart 1994 het restaurant bezocht om er te gaan eten, en zijn jas in de gang op een kapstok hing;

Dat hij, toen hij na de maaltijd het restaurant wilde verlaten, diende vast te stellen dat zijn jas verdwenen was;

Dat eiser verweerster dan ook dagvaardde in haar hoedanigheid van verzekeraar van de restauranthouder;

Dat verweerster die de feitelijke omstandigheden niet betwist, stelt dat de aansprakelijkheid van haar verzekerde niet aangenomen kan worden om reden dat niet wordt aangetoond dat een contract van bewaargeving tot stand is gekomen;

Dat inderdaad, indien eiser zijn vordering op de «bewaarneming» baseert, zulks een contract is waarbij moet worden onderzocht of er bij de verzekerde van verweerster een stilzwijgende toestemming bestond om de bewaarneming te aanvaarden;

Dat bij nazien van de nuttige stukken, waaronder een paar foto's, blijkt dat er naast de ingang in een gang een paar kapstokken tegen de muur aangebracht zijn alwaar cliënten hun jas kunnen hangen;

Dat er geen verplichting bestaat tot het ophangen van de klederen, en er in casu geen bijzondere ruimte is tot berging van jassen, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat er iemand voor de bewaring en bewaking zou zorgen;

Dat verweerster naar diverse rechtspraak verwijst waarbij werd geoordeeld dat in dergelijke omstandigheden er van de kant van de exploitant geen toestemming aanwezig is om een contract van bewaargeving tot stand te laten komen;

Dat door eiser evenmin wordt aangetoond dat de exploitant van het restaurant zich als bewaarnemer heeft gemanifesteerd of aan de cliënt de indruk heeft gegeven dat er voor de jassen zou worden gezorgd;

Dat verweerster ten slotte verwijst naar een goed zichtbaar bordje, onder aan de kapstokken, waarbij wordt gesteld dat men alle verantwoordelijkheid afwijst in geval van diefstal en beschadiging;

Dat zij tot de afwijzing van de vordering besluit en subsidiair voor zover toch zou worden besloten dat de jas dient te worden terugbetaald, de waarde ervan vast te stellen op 15.000 frank, gelet op de vetustiteit;

Dat aanlegger daarentegen om de toewijzing van zijn eis verzoekt, en stelt dat er een vestiaire in de gang van het restaurant, afgesloten van de verbruikzaal, aanwezig is;

Dat het evident is dat in dat geval tijdens het eten de gasten hun jassen niet in het oog kunnen houden, en dat zulks een criterium uitmaakt om te oordelen of er al dan niet sprake is van een stilzwijgende bewaarneming;

Dat, aangezien er in casu een uitnodiging zou zijn om klederen onder te brengen op een plaats waar de cliëntele deze niet in de gaten kan houden, de exploitant dan ook bewaarnemer wordt;

Dat hij bovendien, betreffende de door de verzekerde van verweerster ingeroepen exoneratiebeding, echter betwist dat op het ogenblik van de feiten een bordje was aangebracht waarbij alle verantwoordelijkheid voor diefstal en beschadiging werd afgewezen;

Dat aangezien de restauranthouder, in het kader van het bewaarnemingscontract, de verplichting heeft om de jas terug te geven, doch zulks *in casu* niet heeft gedaan, noch heeft kunnen aantonen dat hij wegens overmacht zulks niet heeft kunnen doen, de door eiser gestelde vordering bewezen is;

Overwegende dat in rechte, en na kennis te hebben genomen van alle nuttige stukken en genomen conclusies, dient *in casu* te worden nagegaan of er een contract van bewaarneming tot stand is gekomen, waarbij de exploitant als bewaarnemer de verplichting heeft de hem toevertrouwde jas terug te geven;

Dat bij het nazien van de feitelijke omstandigheden is gebleken dat eiser zijn jas heeft opgehangen in de vestiaire van de instelling van de verzekerde van verweerster, en na het eetmaal tot de vaststelling kwam dat de mantel verdwenen was;

Dat geenszins gebleken is dat de restauranthouder de jas in ontvangst heeft genomen en weggehangen voor eiser, doch integendeel dat eiser vrijwillig en uit vrije wil zijn jas is gaan ophangen op een plaats waar tal van kapstokken waren aangebracht;

Dat trouwens niet wordt aangevoerd dat deze «vestiaire» slechts voor de restauranthouder of diens personeel toegankelijk was, en integendeel uit de voorgebrachte tekening blijkt dat de vestiaire naast het toilet gelegen was, en voor elkeen open en toegankelijk;

Dat in deze omstandigheden het voor eiser toch duidelijk was dat elkeen die in het restaurant aanwezig was, vrij tot de vestiaire toegang had en ongestoord de jassen kon ophangen en bij het vertrek van de kapstokken halen;

Dat het dan ook evident is dat eiser zich, gelet op de voormelde elementen, toch rekenschap moest geven van het feit dat hij op eigen risico zijn jas daar heeft opgehangen, en in geen geval kon of moest vermoeden dat de restauranthouder stilzwijgend akkoord ging met het contract van bewaarnemer;

Dat trouwens door eiser niet wordt ontkend dat de bergplaats niet was bewaakt, en dat elkeen die er binnenkwam

of buitenging onopgemerkt en zelf de jassen kon ophangen en wegnemen;

Dat er in deze omstandigheden geen sprake kan zijn van een stilzwijgende toestemming van de verzekerde van weerster, die tot het tot stand komen van een contract van bewaargeving met eiser zou hebben geleid;

...

NOOT – Zie, over deze problematiek, Pauwels, C., «De aansprakelijkheid van de vestiairehouder», *R. W.*, 1988-89, 137-143.

BOEKEN

J.B. HUIZINK, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Kluwer, Deventer, 1996, 88 pp.

Dit boek bespreekt de *personenvennootschappen of vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid* onder het Nederlandse recht. Van oudsher is aan die vennootschappen in Nederland veel meer aandacht besteed dan in België. Dit kan waarschijnlijk, althans ten dele, verklaard worden door het feit dat de vennootschap onder firma onder Nederlands recht nooit rechtspersoonlijkheid toegekend heeft gekregen. Dit in tegenstelling met de Belgische tegenvoeter die bovendien de «gemene» vennootschapsvorm uitmaakte, m.a.w. die herkend kon worden indien meerdere personen samen openbaar handel dreven. Zonder rechtspersoonlijkheid doen de vragen naar de onderlinge relaties tussen vennoten, zowel op verbintenissen- als op goederenrechtelijk gebied, zich heel anders voor. Zo heeft in België vooral de tijdelijke vereniging, waaraan de wetgever nooit rechtspersoonlijkheid heeft verschafte, de nodige aandacht gekregen. Beschouwingen over de vennootschapsvormen zonder rechtspersoonlijkheid waren daarbuiten erg dun gezaaid. Niet zo in Nederland: daar hebben tal van vraagstukken over de personenvennootschappen, waaronder dus de v.o.f. en de commanditaire vennootschap, aanleiding gegeven tot verhitte discussies. Deze discussies zouden nu ook de aandacht moeten trekken van de Belgische jurist, gelet op het feit dat sinds de inwerkingtreding van de wet van 7 april 1995 op 1 juli 1996 ook bij ons de contractuele samenwerkingsvormen, zelfs de commerciële, niet langer automatisch de rechtspersoonlijkheid verkrijgen.

De auteur beschrijft zelf het boek als een inleidende commentaar, hetgeen in de Nederlandse rechtsliteratuur tot nog toe ontbroken zou hebben. Achtereenvolgens bespreekt hij de volgende onderwerpen: de totstandkoming van de samenwerkingsvorm (formele oprichtingsvereisten en registratieverplichtingen); de juridische regeling van de samenwerking (wie is bevoegd om beslissingen te nemen; wie vertegenwoordigt de vennootschap; wat kan geregeld worden in het vennootschapscontract); verdeling van de winst en het verlies (waarbij ook bepaalde fiscale vraagstukken worden aangevoerd); de positie van de privé-crediteuren en van de vennootschapscrediteuren (wie kunnen zij tot nakoming van hun vorderingen aanspreken); de beëindiging van de samenwerkingsvorm en de gevolgen daarvan.

Ondanks het feit dat de auteur van de veronderstelling uitgaat dat de lezer de tekst van het Burgerlijk Wetboek bij de hand heeft, is het boek toch een uitstekende inleiding geworden over de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, ook voor Belgische juristen die met de problematiek begaan zijn of in de toekomst dit meer en meer zullen moeten zijn. De wijze waarop de auteur, naar goede Nederlandse traditie, niet aarzelt om stelling te nemen in bepaalde vraagstukken, zich niet zoër baserend op «gezaghebbende auteurs» als op een eigen aanvoelen van wat juist en economisch en juridisch haalbaar is, is daarbij bijzonder verfrissend.

Vooral de gedetailleerde bespreking van de «gemeenschap» die wordt gevormd door de inbrengen van de vennoten, heeft mijn aandacht getrokken. In tegenstelling tot in België is een «gemeenschap» van goederen expliciet geregeld door de Nederlandse wetgever. De

auteur bespreekt de gevolgen van het bestaan van een gemeenschap op de mogelijkheid voor de compagnons om over hun aandeel in het gemeenschapsgoed of hun aandeel in de gemeenschap te mogen beschikken, met als conclusie dat de contractuele samenwerkingsvorm door de gebondenheid van de gemeenschap een goederenrechtelijke werking verkrijgt. Ook de rechten van de privé- en vennootschapscrediteuren met betrekking tot de gemeenschap, en de vraag naar het bestaan van een afgescheiden vermogen (hetgeen door de auteur bevestigend wordt beantwoord) komen uitvoerig aan bod.

Ik vermeld ten slotte de bespreking van de *vertegenwoordiging* van de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (onderscheid tussen optreden in naam en voor rekening van de vennootschap) die ideeën bevat welke de moeite waard zijn voor iedereen die geïnteresseerd is in deze problematiek.

Bart Servaes

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, 2 vol., Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 1314 pp.

Enkele jaren geleden schreef de Franse auteur Zénati: «Le droit des biens est en crise. Son enseignement est souvent négligé et son étude apparaît marginale aux yeux de beaucoup. Paradoxe d'une discipline dont tout le monde ressent qu'elle a un caractère fondamental» (*Les biens*, Parijs, 1988, p. 11). Ook in België is het zakenrecht vaak een verwaarloosde discipline die nog weinig jonge onderzoekers aantrekt. Het verschijnen van een nieuw handboek zakenrecht zal waarschijnlijk op zich het tij wel niet kunnen keren, maar kan misschien een voorzichtige aanzet zijn tot hernieuwde belangstelling voor deze rechtsdiscipline.

Het besproken boek vult onbetwistbaar een leemte op. Het laatste Franstalig werk dat op alomvattende wijze het zakenrecht behandelde is de *Traité* van De Page en Dekkers. Nederlandstalige juristen kunnen makkelijk terugrijpen naar het onovertroffen handboek zakenrecht van Derine, Van Neste, Vandenbergh, Hamelink en Kokelenberg. Toch moet men ook hier vaststellen dat sommige onderdelen van het zakenrecht in dit Nederlandstalige handboek reeds dateren van 1974. Andere delen daarentegen werden wel bijgewerkt. Ook voor de Nederlandstalige jurist zal het handboek van Hansenne dan ook het voordeel bieden van de vlotte toegankelijkheid tot het volledige vakdomein.

De indeling van de behandelde leerstof is vrij klassiek, hetgeen de hanteerbaarheid van het handboek ten goede komt. In een eerste titel komen alle aspecten aan bod met betrekking tot het onderscheid der goederen. De tweede titel behandelt de algemene bezitsleer en de detentie. Titel drie bevat het verwerven van eigendom en de andere zakelijke rechten. In deze titel worden niet alleen de klassieke wijzen van eigendomsverrijking besproken, zoals de schatvinding e.d., maar tevens behandelt de auteur de eigendomsverrijgende functie van art. 2279 e.v. B.W. en de verkrijgende verjaring. Titel vier is volkomen gewijd aan de onroerende bezitsbescherming (artt. 1370-1371 Ger.W.). Titel V bevat een bespreking van de onroerende publiciteit (art. 1 e.v. Hyp. W.). In titel VI komt de algemene eigendomsleer aan bod, o.a. de revindicatie en de bewijsrechtelijke aspecten. Alhier wordt eveneens de bewijsrechtelijke functie van art. 2279 B.W. beschreven. Titel VII handelt over de onroerende eigendom (o.a. natrekking bij onroerende goederen, afpaling en afsluiting) en titel VIII over de roerende eigendom. Laatstgenoemde titel bevat de facto eigenlijk een korte bespreking van de natrekking bij roerende goederen. De verschillende aspecten van art. 2279 e.v. B.W. heeft de auteur immers reeds besproken in de titels III en VI. Men kan dan ook de vraag stellen of de auteur de titels VII en VIII, althans voor zover zij de natrekking behandelen, niet beter had geïntegreerd in titel III om vervolgens een afzonderlijke titel te besteden aan de afpaling en de afsluiting. Titel IX omvat een uitvoerige bespreking van de mede-eigendom in al zijn aspecten. De bespreking van de nieuwe wet appartementsmede-eigendom zal niet aan de aandacht van de praktijks zijn mogen ontsnappen. Zoals eenieder weet, is Hansenne een van de geestelijke vaders van deze nog recente wetgeving. Het vruchtgebruik komt aan bod in titel X en de erfdienstbaarheden (wettelijke en conventionele) in titel XI. In een afsluitende titel komen ten slotte het recht van erfpacht en het recht van opstal aan bod. Het is evident onmogelijk binnen het plaatsbestek dat ons werd toegemeten om alle kenmerken van het handboek aan bod te laten ko-

men. We zullen dan ook slechts een aantal aspecten nader belichten. Wat zeker opvalt is de directe schrijfstijl, vaak doorspekt met veel humor, eigen aan Hansenne. «Donner du droit une vision lisible» (p. 7) is dan ook een van de doelstellingen van deze onvermoeibare Luikse hoogleraar. Ook de grote intellectuele eerlijkheid van de auteur verdient bewondering. Wanneer stellingen die hij eertijds, soms zelfs met enige verbetering, heeft verdedigd niet werden gevolgd door het Hof van Cassatie, wordt dit op een ridderlijke wijze toegegeven (zie bijvoorbeeld nr. 1145 i.v.m. de bezitsbescherming van de noodweg). Ook wanneer de auteur een minderheidsstelling volgt, wordt de lezer hiervoor gewaarschuwd (zie bijvoorbeeld nr. 883 i.v.m. het toepassingsgebied van art. 815 B.W.). M.b.t. de geciteerde rechtsleer valt op dat de auteur, naast de Frans-talige Belgische rechtsleer, bijzonder graag verwijst naar Franse auteurs. Ook aan de Nederlandstalige Belgische rechtsleer wordt aandacht besteed, hetgeen alle lof verdient. Toch verwondert het ons enigszins dat sommige basiswerken, we denken hierbij voornamelijk aan het hierboven reeds geciteerde handboek van Derine e.a. geen ruimere plaats krijgen toebedeeld in het voetnotenapparaat.

Tot slot enkele kritische beschouwingen. De auteur stelt in zijn inleiding dat de rechtspraak werd bijgehouden tot 1990-91. Met recente rechtsleer werd daarentegen wel rekening gehouden. Hoewel we hebben bemerkt dat de echt belangrijke recente cassatierechtspraak toch werd verwerkt, lijkt het ons dat een recentere bijwerking toch tot de mogelijkheden zou moeten behoren.

Hendrik Vuye

F.J. VAN OMMEREN, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 431 pp.

De oorspronkelijke opzet van het onderzoek van Van Ommeren bestond in een onderzoek naar alternatieven voor wetgeving, maar is blijven steken bij de vraag in hoeverre het overheidsoptreden in Nederland een wettelijke grondslag behoeft. Deze vraag wordt gesitueerd binnen het raam van het legaliteitsbeginsel, dat wordt onderscheiden van het «rechtsstaatsbeginsel» (p. 200 - zie echter p. 397). Het legaliteitsbeginsel betreft dan enkel het vereiste van een wettelijke grondslag voor het overheidsoptreden, het «rechtsstaatsbeginsel» brengt tot uitdrukking dat zowel burgers als overheid, inclusief de wetgever, onderworpen zijn aan het recht (p. 200). Het onderscheid is terecht. Een duidelijker onderscheid tussen rechtsprincipes, algemene rechtsbeginselen en uit rechtsbeginselen afgeleide rechtseisen zou evenwel het schema nuanceren. Op het principe van de rechtsstaat, dat uitdrukking geeft aan de gedachte dat de overheid gebonden is aan het recht, steunt het rechtszekerheidsbeginsel, dat onder meer als vereisten stelt dat de overheid handelt in overeenstemming met het recht en consistent optreedt overeenkomstig algemene regels. Het legaliteitsbeginsel is afgeleid uit het principe van de democratische staat en stelt als vereiste dat het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust. Dit zou voorkomen dat het onderscheid dat eerst werd getrokken, later weer onduidelijk wordt gemaakt, waar in eenzelfde zin het legaliteitsbeginsel wordt gezien als een specifieke uitwerking van de rechtssituatie en tegelijk wordt gewaarschuwd voor een vereenzelviging tussen beide (p. 397). Bovendien zou een verdieping van de situering en werking van het legaliteitsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel relativerend kunnen werken. De stelling dat het legaliteitsbeginsel een absoluut geldende rechtseis is, die geen afweging verdraagt, is in ieder geval in België reeds achterhaald.

Wanneer het legaliteitsbeginsel duidelijk wordt teruggevoerd tot het principe van de democratische staat, lijkt evenwel de hoofdstelling problematisch te worden. De stelling luidt dat niet elk overheidsoptreden, maar enkel bindende bepalingen, d.i. eenzijdig door de overheid op te leggen verplichtingen (geboden en verboden), in de wet moeten worden verankerd. Dit zou betekenen dat de formele wetgever ook juridisch niet meer wordt gezien als het essentieel beleidsvoerende orgaan. Vanuit het oogpunt van het principe van de democratische staat kan de vraag worden gesteld in hoeverre het legaliteitsbeginsel vereist dat een regeling in essentie wordt neergelegd met inspraak van (de vertegenwoordiging van) de bevolking, die zo de fundamentele beleidsoriënterende principes bepaalt.

De stelling verheldert wel de mogelijke rechtskracht van «pseudo-regelgeving», neergelegd in bijvoorbeeld beleidsbrieven. Hierbij wordt verdedigd dat beginselen van behoorlijk bestuur zoals bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel niet in de plaats van de wet als rechtsgrondslag kunnen dienen, maar wél, bij gebreke van een grondslaggevende wet, een bindende werking kunnen geven aan overheidsbepalingen voor zover zij begunstigend zijn voor de justitiabele maar niet voor zover zij de justitiabele willen binden (hoofdstuk 4). De constructie, waarbij de mogelijke externe werking van beleidsregels wordt gebaseerd op hun karakter van «bestuurspraktijk» wat dan weer wordt gelijkgesteld met de gewoonte als rechtsbron (pp. 241-244), komt vrij kunstmatig over. Nochtans wordt eerder gesteld dat beleidsregels worden gehanteerd «binnen het kader van een bepaalde bevoegdheid», die ook op een wet kan berusten, en op grond waarvan een toegekende bevoegdheid kan worden georganiseerd (p. 240). Hiermee is de grondslag reeds gegeven voor de bevoegdheid om beleidsregels op te stellen, terwijl een externe werking kan voortvloeien uit de werking van de beginselen van behoorlijk bestuur.

Vraag is overigens of ook voor andere rechtsbeginselen, zoals de beginselen van de openbare dienst, met dezelfde zekerheid kan worden gesteld dat zij geen bindende werking kunnen hebben ten aanzien van derden. Bijvoorbeeld de opdracht aan een personeelslid om een bevorderingsambt waar te nemen of de aanstelling van voorlopige beheerders in een gemeente lijken eerder handelingen die, zonder wettelijke grondslag maar steunend op het continuïteitsbeginsel, de verdere werking van een openbare dienst trachten te waarborgen, inclusief de mogelijkheid voor deze noodambtenaren om verbindende maatregelen te nemen.

Eveneens kunstmatig is de constructie die wordt uitgedacht voor subsidie- en vergunningsbeschikkingen, waarbij daaraan verbonden verplichtende voorwaarden worden uitgelegd als een van de eigenlijke beschikking afgezonderde overeenkomst (hoofdstuk 5). De constructie wordt verdedigd met de vaststelling dat de verplichtingen maar bindend zijn voor zover de betrokkene daadwerkelijk gebruik wil maken van zijn vergunning. Dit geldt echter vaak voor verbindende regels in het algemeen: deze gelden als voorwaarden voor personen die (vrijwillig) een specifieke activiteit wensen te ondernemen.

Als eenmaal is vastgesteld dat het verbindend overheidsoptreden op een wettelijke grondslag moet berusten, wordt nagegaan welke vereisten het legaliteitsbeginsel stelt aan deze grondslag.

De auteur stelt dat hij specifiek moet zijn: hij moet de bevoegdheid zo duidelijk mogelijk omschrijven en voor zover mogelijk ook het doel aangeven waarvoor de bevoegdheid is gegeven (p. 115). Dit geldt ook voor politiek gedecentraliseerde entiteiten als de gemeente en de provincie: algemene bepalingen die de algemene bestuursbevoegdheid van gemeente of provincie aanduiden, geven een organisatiefunctie aan, maar geven geen bevoegdheid aan deze besturen om bindende bepalingen op te stellen (p. 120).

In dit boek duiken stellingen op die, ook als zij soms voor discussie vatbaar zijn, een nieuw en interessant perspectief bieden voor de studie van een klassiek juridisch begrip als het legaliteitsbeginsel. Het is jammer dat zij niet worden gefundeerd in een wetenschappelijk uitgebouwde leer van algemene rechtsbeginselen. Het is ook jammer dat zij worden verhaald in een stroeve stijl en vol herhalingen. Dit maakt voor de Belgische lezer, die zich reeds moet inwerken in bijvoorbeeld de subtiel onderscheiden die in Nederland worden gemaakt tussen wettelijke voorschriften, algemeen verbindende voorschriften, zelfstandige amvb's en beleidsregels, de lectuur van het boek weinig aantrekkelijk.

Patricia Popelier

MEDEDELINGEN

Informatiedag: Het whiplash-trauma

Het opleidingscentrum van de Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen organiseert op 27 mei 1997 om 9.00 u. een infodag over de medische en verzekeringsaspecten bij ongevallen met whiplash.

Inlichtingen en inschrijvingen: OCA-secretariaat, tel. 02/547.57.02/03 en fax 02/547.56.01.

NIEUW

HET RECHTSVERGELIJKENDE ARGUMENT IN DE ONTWIKKELING VAN HET NEDERLANDSE VERMOGENSRECHT 1838-1940

**Aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein
en de relativiteit van de onrechtmatige daad**

J.M. MILO

Omvang: 284 pag. – ISBN 90-5095-007-8 – Prijs: 1.250,-BF

Deze titel verschijnt 19 mei 1997 in de Ius Commune Europaeum reeks (nr. 19)

De invoering van de nationale codificaties aan het begin van de negentiende eeuw veroorzaakte in de Europese privaatrechtswetenschap een breuk met het verleden. Voor de invoering van de nationale codificaties was sprake van een gemeenschappelijke rechtswetenschap, terwijl na de invoering de wetenschap zich vooral richtte op de nationale wetboeken. Maar was die wetenschap onder de nationale codificaties daadwerkelijk zo nationaal? Deze studie onderzoekt de vraag op welke wijze in de wetenschappelijke beoefening van het Nederlandse privaatrecht sprake was van een oriëntatie op andere rechtsstelsels. De periode die wordt onderzocht strekt zich uit van de invoering van het oude Burgerlijk Wetboek in 1838 tot aan 1940. Aan de hand van een analyse van een viertal onderwerpen uit het vermogensrecht wordt duidelijk welke (delen van) leerstukken zijn overgenomen in het Nederlandse recht. Daarnaast wordt inzicht geboden op welke wijze andere rechtsstelsels werden gebruikt in de methoden van rechtsvinding in het Nederlandse privaatrecht. In de Nederlandse privaatrechtswetenschap blijkt het gebruik van andere rechtsstelsels een geaccepteerd onderdeel geweest te zijn. Bevindingen als in dit onderzoek kunnen voor de totstandkoming van een hernieuwd Europees privaatrecht van belang zijn.

UIT DE INHOUD

- Hoofdstuk 1. Inleiding
- Hoofdstuk 2. Introductie van de onderwerpen
- Hoofdstuk 3. De tekst van het BW als uitgangspunt: 1838
- Hoofdstuk 4. Rechtsvergelijking als wetshistorie (1838-1850)
- Hoofdstuk 5. Legisme: rechtsvergelijking voor wenselijk recht (1850-1880)
- Hoofdstuk 6. Vrije rechtsvinding en rechtsvergelijking (1880-1910)
- Hoofdstuk 7. Terugtocht van vrije interpretatie, bestendiging van de rechtsvergelijking (1910-1940)
- Hoofdstuk 8. Conclusies

Literatuurlijst en rechtspraakregister

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Churchilllaan 108 – 2900 Schoten
☎ 03/658.01.69 – Fax 03/658.71.21

NIEUW

BELANGENCONFLICTEN IN NAAMLOZE VENNOOTSCHAPPEN

Philippe ERNST

Omvang: ± 1.100 pag. – ISBN 90-5095-006-X – Prijs: 5.950,-BF

Deze in linnen band gebonden uitgave verschijnt juni 1997

Met voorwoord van Prof. Dr. H. Braeckmans

Het tegenstrijdig belang op het niveau van de raad van bestuur (art. 60 en 60bis Venn. W.) is ongetwijfeld één van de meest actuele en omstreden onderwerpen in het vennootschapsrecht, vooral sinds de wetwijzigingen van 18 juli 1991 en van 13 april 1995. Het voorstel om misbruik van vennootschapsgoederen strafbaar te stellen kan dit slechts accentueren.

De auteur wijdt aan deze wettelijke regelingen een omstandige en kritische analyse. Dit proefschrift, dat op 24 september 1996 aan de Universitaire Instelling Antwerpen werd verdedigd, biedt echter nog veel meer.

Omdat de juridische problematiek van de belangenconflicten gemeenschappelijk is aan alle rechtsfiguren die vertegenwoordiging of optreden in andermans belang impliceren (bv. lastgeving, voogdij, commissie, bemiddeling, bewind, publieke mandaten), onderzoekt Dr. Ph. Ernst welke algemene regels en beginselen in het gemeenrechtelijk vertegenwoordigingsrecht gelden t.a.v. het contracteren met zichzelf ("Selbstkontrahieren"), het "dienen van twee heren" en andere belangenconflicten (deel I). Vervolgens wordt nagegaan of de gemeenrechtelijke regels ook kunnen worden toegepast op bestuurders en zaakvoerders van vennootschappen en hoe die regels zich verhouden t.o.v. de wettelijke belangenconflictregels (art. 60 en 133 Venn. W.).

De auteur stelt een model op voor een zinvolle, efficiënte belangenconflictregeling en formuleert voorstellen de lege ferenda (deel II).

Vernieuwend, zelfs grensverleggend, is het derde deel over belangenconflicten van aandeelhouders, op het niveau van de algemene vergadering. Dr. Ph. Ernst doet een voorstel de lege ferenda om bij bepaalde belangenconflicten van aandeelhouders (o.m. bij stemming over kwijting) een stemverbod in te voeren. Meer algemeen pleit hij voor de erkenning van een op de aandeelhouders rustende plicht tot goede trouw tegenover de vennootschap en de medevennoten. Tenslotte wordt ook m.b.t. intra-groepsverrichtingen een voorstel de lege ferenda gedaan (deel III).

Uit het voorwoord van Prof. Dr. H. Braeckmans:

"Op grond van de met omvangrijk nationaal en rechtsvergelijkend bronnenmateriaal gesteunde analyse, op basis van de wetenschappelijk verantwoorde stellingen en met inachtnaam van de originaliteit van het onderzoek en de hoge actualiteitswaarde, is dit doctoraatswerk een groot mees-terwerk en een mijlpaal in de studie van het belangenconflict van bestuurder en aandeelhouder van de naamloze vennootschap".

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Churchilllaan 108 – 2900 Schoten
☎ 03/658.01.69 – Fax 03/658.71.21