

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

BERT VAN ROERMUND, De rekening van het kind: aansprakelijk voor «wrongful birth» 1313

Rechtspraak

Intellectuele eigendom – Merk – Vervallen merkrecht – Tweede depot – Geldigheidsvereisten
Benelux-Gerechtshof, 19 december 1996 (*met conclusie van plv. advocaat-generaal M.R. Mok*) 1318

Arbitragehof – Vordering tot schorsing – Begrotingsdecreet – Norm die identiek is met een eerder door het Hof vernietigde norm 1324

Arbitragehof, 28 november 1996 1324

1. Inkomstenbelastingen – Aftrek van beroepsverliezen – Bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten – Federale overheid – Fiscaliteit – Vennootschappen – Aftrek van beroepsverliezen – Evenredigheidsbeginsel – **2. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – Fiscaliteit – Inkomstenbelastingen – Vennootschapsbelasting – Aftrek van beroepsverliezen 1324

Arbitragehof, 11 december 1996 1324

Opschorting, uitstel en probatie – Motivering
Cass., 6 december 1995 (*met noot van Steven Van Overbeke, «Nogmaals over de motivering van de beslissing nopens de opschorting en het uitstel»*) 1326

1. Wetten, decreten en besluiten – Interpretatieve wet – Beslechting rechtspunt – Taak van de rechter – Europese Gemeenschappen – Richtlijn – **2. Pensioen werknemers** – Mannen en vrouwen – Ongelijke berekeningswijze – Pensioenleeftijd – Richtlijn 79/7/EEG – Strijdigheid – Prejudiciële vraag 1327

Cass., 4 november 1996 1327

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Verkiezing personeelsafgevaardigden – Geschillen – Vonnis – Vatbaarheid voor hoger beroep – Werkgever – Verplichtingen tot informatie en raadpleging voorafgaand aan verkiezing – Vonnis – Beroepbaarheid 1329

Cass., 25 november 1996 1329

Werkloosheid – Recht op uitkering – Staking – Toekenning – R.V.A. – Beheerscomité – Toestemming – Voorwaarde – Criteria 1330

Cass., 25 november 1996 (*met noot van P.H.*) 1330

Omkoping – Rechter
Cass., 17 december 1996 (*met noot van A. Vandeplass, «Over de omkoping van rechters»*) 1331

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Scoutsleiders – Dropping voor 17-jarigen die zich voorbereiden op leiderschap – Verkeersongeval – Gebrek in organisatie – Veiligheid van deelnemers – Inspanningsverbintenis – Toezicht – Niet nemen van ongewone of ongebruikelijke voorzorgsmaatregelen 1332

Hof Gent, 21 februari 1995 (*met noot van A. Van Oevelen, «De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdleiders voor organisatie- en toezichtsfouten»*) 1332

Notaris – Informatie- en onderzoeksplicht – Omvang – Verkoop van een onroerend goed – Voorkeursrecht door verkoper aan een derde toegestaan 1336

Hof Gent, 17 maart 1995 1336

Onderzoeksrechter – Hoger beroep – Strijdige beslissing
Hof Antwerpen, 19 september 1996 1336

Onderwijs – Gelijke behandeling – Niet gemengd onderwijs – Algemeen vormend secundair onderwijs – Wettigheidstoezicht – Art. 3 K.B. 28 juni 1983 1337

Rb. Gent, 31 juli 1996 (*met noot van R. Verstegen, «Niet gemengd onderwijs en de wet gelijke behandeling (Wet van 4 augustus 1978) – Legaliteitscontrole op het uitvoeringsbesluit»*) 1337

Aanneming van werk – Aansprakelijkheid aannemer – Opdrachtgever die geen beroep doet op architect – Gevolgen
Kh. Hasselt, 23 januari 1996 1342

Huur – Woninghuur – Huur van korte duur – Opzegging in de loop van het contract – Ongeldig – Minnelijke beëindiging – Door beide partijen ondertekende plaatsbeschrijving bij het einde van de huur 1342

Vred. Gent, 5 mei 1995 1342

Rechtspraak in kort bestek

Verzekering – Motorrijtuigen – Overdracht van eigendom van het voertuig – Behoud van verplichtingen ten aanzien van de benadeelde – Termijn van zestien dagen – Aanvang – Dag van de rechtshandeling inbegrepen
Cass., 2 oktober 1996 1343

Geneeskunde – Tuchtprocedure – Verzoek tot opschorting wegens strafonderzoek – Weigering – Geen schending van recht op eerlijk proces of van recht van verdediging – Art. 4 V.T.Sv. niet toepasselijk 1343

Cass., 17 oktober 1996 (*met noot*) 1343

Wegverkeer – Naar links afslaan – Tegenligger met voorrang – Begrip – Tegenligger die onder dekking van een groene pijl welke tegelijk met een rood of oranjegeel licht brandt, op het kruispunt in de door die pijl aangeduide richting voortrijdt
Cass., 12 november 1996 1344

Inkomstenbelastingen – Termijn van beroep bij het hof van beroep overschreden – Beroep niet ontvankelijk tenzij in geval van overmacht – Verkeerde inlichting van de kant van het bestuur 1344

Cass., 21 november 1996 1344

Voorrechten – Kosten gemaakt tot behoud van de zaak – Personenwagen van kaderlid – Geen onroerend goed door bestemming – Noodzakelijke kosten 1345

Kh. Kortrijk, 16 september 1996 1345

Europese rechtspraak in kort bestek

Sociale zekerheid van migrerende werknemers – Erkenning van arbeidsongeschiktheid – Controle 1345

H.v.J., 2 mei 1996 (*door Y. Jorens*) 1345

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Werkloosheidsuitkeringen – Export – Bijzondere bepaling voor België 1346

H.v.J., 13 juni 1996 (*door Y. Jorens*) 1346

Sociale zekerheid van migrerende werknemers – Materiële werkingssfeer – Uitkeringen bij vervroegde uittreding 1346

H.v.J., 11 juli 1996 (*door Y. Jorens*) 1346

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofredacteuren: 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 Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

Beneluxrecht

Alain De Nauw, Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland 1347
B.T.M. van der Wiel, Afdeling Privaatrecht: de afwikkeling van de schade geleden of veroorzaakt door niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers 1348
T.B. Trotman, Afdeling Strafrecht: witwassen en voordeelsontneming 1349
A. Bijleveld, Afdeling Publiekrecht: de staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen 1349

Boeken

L. Vael, Privaatrechtelijke veinzing. Omtrent gesluierde rechtshandelingen, juridische zinsbegoocheling en verschalkte derden (door R. Van Ransbeeck) 1350
W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.), Regresrechten: afschaffen, handhaven of uitbreiden (door Bruno Lietaert) 1350
I.J.F.A. van Vijfeijken. Inkomsten uit vermogen - Capita selecta (door F. Mortier) 1351
Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (red.), Verzekeringen en gerechtelijke procedures (door G. Schoorens) 1351
P. De Waart, Mensenrechten mensenwerk (door Marc Cogen) 1352

Mededelingen

Eerste prijs Yvan Berghmans

1352



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05

Fax (02) 466 63 24

Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77

rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

DE REKENING VAN HET KIND: AANSPRAKELIJK VOOR «WRONGFUL BIRTH»

I. De zaak

Onder verwijzing naar het Hof Arnhem heeft de Hoge Raad der Nederlanden ¹ een (tussen)arrest gecasseerd van het Hof Leeuwarden in de zaak van mevrouw O. tegen de gynaecoloog B. De zaak lag als volgt. De gynaecoloog heeft tijdens een operatie in maart 1986 bij O. een spiraaltje verwijderd en niet teruggeplaatst. Hij heeft haar daarover niet geïnformeerd, hoewel hij wist dat dat spiraaltje twee jaar eerder door hemzelf was geplaatst, omdat het echtpaar uitdrukkelijk geen kinderen meer wilde; hetgeen hij achteraf erkent als een beroepsfout. In augustus 1986 blijkt mevrouw O. (gehuwd, 2 kinderen, toentertijd 11 en 6 jaar) zwanger. Op 1 mei 1987 wordt, gezond en wel, het kind geboren. Het echtpaar leeft dan van een RWW-uitkering aan de man. Deze laatste lijdt aan een chronische ziekte. De gynaecoloog erkent aansprakelijkheid en zijn verzekeraar keert als voorschot onder algemene titel een bedrag uit van f 10.000,-. O. echter vordert voor de rechtbank een vergoeding voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind tot zijn achttiende jaar, alsmede een vergoeding voor inkomensderving en immateriële schade. De rechtbank wijst de eerste post toe, de laatste twee af. O. gaat in beroep bij het Hof, alwaar zij op nog meer bedenkingen stuit. Het Hof onderschrijft in beroep niet alleen het oordeel van de Rb inzake immateriële schade, maar stelt ook dat inkomensderving hier niet aan de orde is, omdat deze het gevolg is van een keuze van de vrouw om te stoppen met werken en voor haar kind te gaan zorgen. Bovendien meent het Hof dat slechts in bijzondere omstandigheden (met name een ernstige verlaging van de levensstandaard van betrokkene(n) gedurende een bepaalde periode) plaats is voor vergoeding van de kosten voor opvoeding en verzorging. Het stelt pp. in de gelegenheid deze bijzondere omstandigheden te bewijzen dan wel te betwisten. Het Hof overweegt daarbij dat van de vrouw weliswaar niet gevergd kan worden het kind, omwille van schadebeperking, te laten aborteren of af te staan, maar dat kosten voor verzorging en opvoeding van kinderen niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komen, daar het nu eenmaal de natuurlijke en door de wet opgelegde plicht van ouders is om hun kinderen te verzorgen en op te voeden.

Deze laatste redenering van het Hof blijkt een voorzet die door het cassatiemiddel succesvol wordt ingekopt: als mevrouw door een beroepsfout binnen het kader van een overeenkomst is opgezadeld met een nogal dure wettelijke plicht waar ze uitdrukkelijk niet om gevraagd heeft, dan heeft ze evident recht op schadevergoeding tot een redelijk bedrag van wat het vervullen van die plicht met zich meebrengt. De HR volgt deze redeneerlijn voluit, zij het met de kleine waarschuwing dat dit niet betekent dat elke rekening ten behoeve van verzorging en opvoeding voortaan naar de dokter gestuurd kan worden.

Wat betreft de vergoeding van schade wegens inkomensderving verloopt de procedure op ongeveer dezelfde manier. Het Hof had de Rb ondersteund in zijn afwijzing door te stellen dat in het algemeen aan het opvoeden van een kind het hebben van een (volledige) werkkring niet in de weg staat. Als de vrouw niet kan aantonen dat zij gedwongen is van werk af te zien en ervoor kiest om gedurende de eerste levensjaren van het kind niet te werken, dan komt dat voor haar rekening. Ook dat geeft volgens de HR blijk van een onjuiste rechtsopvatting, gelijk het middel stelt. Beoordeeld moet worden of haar keuze om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Daarbij zal enerzijds gewicht moeten worden toegekend aan de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar goedgevindt, onverlet haar plicht tot schadebeperking. Anderzijds spelen de specifieke gezinsomstandigheden een belangrijke rol: aantal en leeftijd van de kinderen, de positie van de echtgenoot op de arbeidsmarkt, de financiële middelen van het gezin in het algemeen.

Aan vergoeding van immateriële schade brandt de HR zijn vingers niet. Het Hof meende dat de gang van zaken misschien tot min of meer sterk psychisch onbehagen had geleid, maar in ieder geval niet tot geestelijk letsel van een aard die schadevergoeding indiceert. De HR. laat dit oordeel voor wat het is, omdat het te zeer met feitelijke waarderingen verweven is om in cassatie ten toets te komen en in ieder geval niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

II. De discussie

Dit arrest van de HR inzake zgn. 'wrongful birth' - het eerste in Nederland - zou misschien nauwelijks de aandacht hebben getrokken als het hierbij gebleven was. Maar de HR gaat een uitgebreid debat aan over een aantal denkmogelijkheden van principiële aard die door A.G. Vranken in zijn rijk gedocumenteerde conclusie naar voren zijn gebracht. ² Het rechtscollege had zich daar op een meer apodictische manier vanaf kunnen maken, maar - gelukkig - verschaft het ons deze keer een kijkje in de keuken van de juridische benaderingswijze. Vranken heeft de HR voor een uitdaging geplaatst en de HR is erop ingegaan. Dat is ook de reden waarom de redactie van het NJB onmiddellijk een handvol reacties over het arrest heeft uitgelokt en gepubliceerd. ³ In de meeste ervan overweegt het oordeel dat de A.G. er met zijn «overdreven» (Legemaate) en «tobberige» (Verdonk) conclusie flink naast zat. Alleen Nieuwenhuis is genuanceer-

² Conclusie, *RvdW*, 1997, 54, p. 213 vv. Ik ben collega Vranken dank verschuldigd voor de wijze waarop hij mij inzage en inzicht in de zaak heeft gegeven.

³ Zie *Nederlands Juristenblad*, 72, 1997, nr. 11, met reacties van Sutorius en Lijftogt, Leijten, Hirsch Ballin, Nieuwenhuis, Legemaate, Verdonk en Cobben.

¹ *H.R.*, 21 februari 1997, *RvdW*, 1997, nr. 54.

der.⁴ Wat hem betreft ligt de grond voor de toekenning van schadevergoeding niet zonder meer bij de geringere financiële speelruimte die het echtpaar heeft gekregen door de ongeplande geboorte van het derde kind. Met Stolker⁵ is hij van mening dat in dit geval, zoals bij mislukte sterilisatie, de aansluiting bij het systeem van de wet een meer specifieke grondslag impliceert dan het algemene aansprakelijkheidsrecht: een onderhoudsuitkering met alimentatie (dus: draagkracht-)trekken. Hij had dan ook van de HR willen vernemen «(...) of het gezin voor het geval schadevergoeding achterwege zou blijven, genoeg zou moeten nemen met een aanmerkelijke verlaging van zijn levensstandaard»⁶ en hij had het in principe niet onredelijk gevonden als de aansprakelijkheid van de arts was beperkt tot de periode waarin door zijn fout drie, in plaats van de geplande twee, kinderen moesten worden onderhouden. Dat de ouders dan voor een langere periode voor twee kinderen moeten zorgen acht hij een mogelijke teleurstelling waarvoor de aansprakelijkheidsassuradeur van de arts niet hoeft op te draaien.

Daarmee is overigens nog niet gezegd dat Nieuwenhuis tot zijn inzicht komt om dezelfde redenen als die Vranken aandraagt. Nieuwenhuis redeneert vooral vanuit een betere afstemming van datgene waarop de HR zich ook op zegt te beroepen: het systeem van de wet. Vranken brengt wat hij noemt «ethische» redenen naar voren om te stellen dat schadevergoeding niet geïndiceerd is tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die de draagkracht van het gezin aanmerkelijk zwaarder belasten dan zonder het handelen van een derde het geval zou zijn geweest. Zulke bijzondere omstandigheden spelen volgens hem als er sprake is van verkrachting, van een gehandicapt kind, van bijkomende materiële kosten (de noodzaak van uitzet, een groter huis (!), extra hulp, inkomstenderving door de keuze het kind te verzorgen) en ten slotte van armlastigheid. Ik meen te moeten opmerken dat, zeker in de omstandigheden van het geval voorzover uit het arrest kenbaar – via deze lijnen hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt als via de lijnen die de HR uitzet. De gedachte dat de HR de lijn van de sociale bewegingheid tegenwoordigt versus een A.G. die de «ieder voor zich» benadering voorstaat, moet m.i. worden afgewezen. Het gaat om een verschil in fundamentele optiek, die wellicht in andere gevallen, maar waarschijnlijk niet in dit geval, tot andere uitkomsten zou leiden.

De HR wijst Vrankens benadering vooral af door haar te overdrijven. Hij overdrijft haar door ze terug te voeren naar het punt waarvandaan Vranken om retorische redenen ver-

trokken is: de zienswijze van Picker in een AcP-artikel uit 1995.^{6bis} Deze laatste wijst het onderscheid af tussen enerzijds het bestaan en de waarde van het kind als persoon en anderzijds de opvoedings- en verzorgingskosten als schadepost. Het «hebben» van een kind brengt nu eenmaal onverbrekelijk verzorging en opvoeding met zich mee. Wie opvoeding en verzorging als schade betitelt teneinde die vergoed te krijgen, betitelt ook het hebben van het kind, ja het bestaan van dat kind als «schade». Dat is in strijd met de waardigheid van de menselijke persoon en kan ook nog eens psychisch belastend zijn voor het kind. De HR debatteert vooral met deze opvattingen, wijst ze af en trekt één lijn met zijn Duitse partner, het BGH. Daardoor gaat echter de nuance in het standpunt van Vranken verloren voor het oog van de haastige lezer. Vranken immers is van mening dat het standpunt van Picker in zijn radicaliteit *niet* deugt. Vanuit dat standpunt zou er immers geen ruimte zijn voor vergoeding van opvoedingskosten t.b.v. een kind dat geboren wordt na verkrachting, van extra verzorgingskosten t.b.v. een gehandicapt kind dat door een fout van een derde geboren wordt, van vergoeding van allerlei materiële kosten en eventuele immateriële schade. Zijn argument is eigenlijk dat onze rechtsintuïties op deze punten niet gedekt worden door de principes die Picker verkondigt (nr. 26). Echter: *precies hetzelfde* is het geval met de principes van een louter schadevergoedingsrechtelijk standpunt (nr. 25). Deze kunnen geen verklaring geven voor rechtsintuïties als:

- dat de schade beperkt zou moeten blijven tot de gemiddelde opvoedingskosten;
- dat de vrouw geen plicht heeft tot schadebeperking via abortus of afstand;
- dat de schade voortduurt tot het kind meerderjarig is, onverschillig of het achteraf wel of niet als gewenst en geliefd behandeld wordt;
- eventuele immateriële schade niet kan bestaan in het loutere ongenoegen bij de vrouw dat zij een kind heeft op te voeden dat zij niet gewenst heeft en waarop zij niet had gerekend;
- dat het kind zelf geen «wrongful life»-vordering toekomt.

Vrankens vraag, liever gezegd: zijn uitdaging, is: als noch een zuivere *Wertungsjurisprudenz*, noch een loutere schadevergoedingsrechtelijke benadering onze rechtsintuïties verklaren, welke principes zitten er dan wel achter een beslissing tot schadevergoeding? En zijn suggestie is: heeft Picker toch niet een klein beetje gelijk, omdat bij al deze rechtsintuïties het morele besef een rol lijkt te spelen dat het bestaan van een kind nooit en te nimmer als een vermogensrechtelijke schadepost mag worden beschouwd?

III. Kanttekeningen

Kennisname van dit arrest en de conclusie, alsmede de eerste commentaren, bezorgt mij een gevoel van grote vreemding. Deze wordt niet zozeer gevoed doordat het juridisch kennelijk doorzichtig is om onder de noemer «*wrongful birth*» schadeveroorzakend handelen te scharen dat nu eens gepleegd wordt door een verkrachter, dan weer door

⁴ Ook Cobben zegt – uit ethische overwegingen – te voelen voor de positie van het Hof (en van de A.G.): geen schadevergoeding tenzij in bijzondere omstandigheden, met name verminderde draagkracht, maar ten eerste zie ik niet hoe dit voortvloeit uit zijn redenering en ten tweede laat hij die conclusie voorafgaan door een andere (waarvan ik de gevolgelijkheid al evenmin inziet) dat er plaats is voor ruim bemeten vergoeding van immateriële schade omdat de arts de vrouw «gedwongen heeft tot een existentiële keuze die ze zelf had willen voorkomen», nl. de beslissing zich als liefdevol opvoedende ouder tot een derde kind te gaan verhouden. Deze rechtstreekse doorvertaling van ethische in juridische termen lijkt mij de zaak niet te dienen.

⁵ Zie diens proefschrift *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988.

⁶ *Ibid.*, p. 479 l.

^{6bis} E. PICKER, Schadenersatz für das unerwünschte Kind ('wrongful birth'), *Medizinischer Fortschritt als Zivilatorischer Rückschritt*, *Archiv für civilistische Praxis*, 195, 1995, pp. 483-547.

een fabrikant die een geneesmiddel produceert dat niet deugt, dan weer door een arts die – heel vervelend – in een ogenblik van onoplettendheid een fout maakt. Een dergelijke bonte verzameling dwingt immers tot aanvaarding van een welbepaald perspectief op de zaak: het vermogensrechtelijke. Des te meer echter verbaast het mij dat er aan dit arrest allerlei morele aspecten worden vermoed die ik alsmaar niet in het oog krijg. De oud-A.G. Leijten – toch niet voor een kleintje vervaard – heft zelfs zijn handen ten hemel bij het zien van het morele Salomonsoordeel waartoe de rechter heden ten dage geroepen wordt en neemt zich ter plekke voor, er na lange studie en contemplatie elders (vermoedelijk in *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*) op terug te zullen komen.⁷

Ik maak enige kanttekeningen, al was het maar om van mijn verbazing te bekomen. De samenvattende portee ervan is, dat Vrankens weergave van onze rechtsintuities op de zo-even genoemde punten voor discussie vatbaar is, en dat dus de vraag welke andere dan schadevergoedingsrechtelijke principes ons denken beheersen, in het gegeven geval nauwelijks aan de orde komt. Ik pleit voor een scherpere doordenking van de rechtsleer in plaats van een vlucht vooruit in de ethiek.

A. Met de HR ben ik van mening dat het toekennen van schadevergoeding aan iemand die door een (erkende) beroepsfout van een arts zwanger wordt, in weerwil van het feit dat met deze persoon overeengekomen behandeling in het teken stond van het voorkomen van zwangerschap, niet impliceert dat het kind dat geboren wordt op wens van de ouders, als een schadepost wordt aangemerkt. De redenering die achter deze laatste zienswijze steekt, lijkt immers ongeveer de volgende te zijn:

- om schade te vergoeden, moet er eerst schade zijn;
- er is geen schade, want het enige dat er is, is een gezond kind;
- dus valt er geen schade te vergoeden.

De redenering is geldig, maar levert geen juiste conclusie op, omdat de tweede premisse onjuist is. Als het kind, of het bestaan van het kind zelf, werkelijk als schade zou moeten worden opgevat, dan zijn er nog veel onzinniger redeneringen mogelijk. Wat te denken van de volgende:

- de arts heeft de schade veroorzaakt;
- omdat de schade identiek is aan het bestaan van het kind, betekent dit dat de arts een kind veroorzaakt heeft;
- tegen de arts is een vaderschapsactie in te stellen.

Filosofen zouden deze knoop ontwarren door te wijzen op het feit dat verschillende omschrijvingen naar dezelfde entiteit kunnen verwijzen zonder hetzelfde te betekenen: «de morgenster is de avondster» is geen tautologische mededeling, hoewel de gebruikte beschrijvingen beide naar de planeet Venus verwijzen. Zo ook kunnen de uitdrukkingen «het geliefde derde kind van het echtpaar O.» en «de grootste kostenpost voor het echtpaar O.» naar hetzelfde kind verwijzen, zonder dat men daaruit kan afleiden dat het kind op die manier voor het oog van de hele samenleving wordt gereduceerd tot een negatieve economische grootheid.

We moeten inderdaad beseffen dat het hier om een vermogensrechtelijk perspectief gaat dat alleen maar tot gelding kan komen als we niet te snel naar een morele versnel-

ling schakelen. Om de veroorzaakte schade in het juiste licht te zien zouden we dan ook in de eerste plaats vergelijkingen moeten zoeken met vermogensrechtelijke contexten. Stel bijvoorbeeld dat ik een overeenkomst sluit met een makelaar die mijn situatie zeer goed kent. Ik draag hem op tegen een bepaalde vergoeding, mijn huis aan de Tilburgse grachten-gordel te verkopen en een eenvoudig appartement in dezelfde buurt aan te kopen, omdat ik de lasten van het huis niet meer kan of wil dragen. De makelaar verkoopt mijn huis, maar omdat hij bij het maken van de afspraken juist terug was van een alcoholische lunch, geen notities heeft genomen, noch mijn bevestigingsbrief van de afspraak heeft gelezen, koopt hij vervolgens voor mij geen simpel appartement, maar een nog groter huis, dat mij nog meer zal gaan kosten. In dat geval veroorzaakt hij schade, hoezeer het ook waar is dat het huis op zich piekfijn in orde is en een belangrijk onderdeel zou kunnen vormen van mijn vermogen. Het feit dat hij aanbiedt de overdrachtskosten voor zijn rekening te nemen, doet daar niet aan af, gegeven dat ik duidelijk kenbaar heb gemaakt het tegenovergestelde te willen van waar hij mee aankwam. Terug nu naar de casus: de schade bestaat erin dat er op de begroting van het echtpaar een post uitgaven is geforceerd die er eerst niet op stond en die het echtpaar er ook duidelijk niet op wilde hebben, door toedoen van iemand die uit een eerdere overeenkomst met dezelfde partij diende te begrijpen dat deze laatste er veel aan gelegen was om het ontstaan van die post te voorkomen.

B. Om een benadering vanuit het schadevergoedingsrecht af te wijzen is ook geargumenteed dat het kind gekwetst zou kunnen worden wanneer het door het leven moet met het besef niet gewenst te zijn geweest, ja zijn voortbestaan eigenlijk te danken te hebben aan de geldelijke steun van derden. Vanwaar deze roerende juridische zorg voor de kinderziel? In dit geval was gezinsuitbreiding niet gewenst, maar het kind kennelijk wel. Er is voldoende empirische steun, zou ik menen, voor de hypothese dat kinderen, mits verder niet te zeer gekoeieneerd, betrekkelijk weinig last hebben van het besef dat hun geboorte niet direct in de bedoeling van de ouders lag – wat heel iets anders is dan niet gewenst te zijn. Als alle kinderen die zich in het verleden hebben gerealeiseerd dat hun conceptie «een ongelukje was» (of in Roomse tijden: een vurige wens van de pastoor) gekweld zouden worden door groot psychisch leed, had men daar – bijvoorbeeld te Nijmegen – al lang onderzoek naar gedaan. En wat de geldelijke ondersteuning betreft: het zal de ouders – die blijkens de data van het arrest toch al een jaar of tien op een schadeloosstelling zitten te wachten – weinig moeite kosten om het betreffende kind duidelijk te maken dat voor zijn levensonderhoud niet is betaald door een boosdoener of wel-doener in persoon, maar door een verzekering waar uiteindelijk een groot gedeelte van de samenleving aan meebetaalt. Wat dat betreft verschilt hun situatie niet van ouders die voor het onderhoud van hun kinderen gebruik maken van sociale voorzieningen als – ik noem eens wat – de kinderbijslag.

C. Dat in gevallen als deze het schadevergoedingsrecht in de sleutel komt te staan van de alimentatieverplichting, en dat dus het draagkrachtprincipe een belangrijke rol gaat spelen, komt mij al evenzeer raadselachtig over. Alimentatieverplichtingen lijken mij daar te ontstaan waar ter fine van

⁷ LIJTEN, *ibid.*, p. 477.

liquidatie van een plicht tot (wederzijdse) ondersteuning in de materiële lasten van het samenleven, continuering van de levensstandaard van betrokkene(n) vereist kan worden nadat partijen de lusten tot samenleven zijn vergaan. Een geneeskundige behandelingsovereenkomst heeft niet die verbintenis tot steun in zich die een samenlevingsovereenkomst dan wel een huwelijk of in het algemeen een familiere relatie kenmerkt. Het opvallendste aan een overeenkomst tot geneeskundige behandeling is naar mijn smaak dat er een sterke inspanningscomponent aan de verbintenis zit. Zo willen sterilisaties wel eens mislukken – alle gevallen in Nederland die de A.G. noemt⁸ betreffen inderdaad mislukte sterilisatie – om dezelfde reden als andere operaties wel eens niet het gewenste resultaat hebben: al zijn de dokters knap, het menselijk lichaam blijft een ingewikkeld organisme. Omdat in onze samenleving de overtuiging is gegroeid dat er ondanks alle onzekerheid ruimte moet zijn om de aansprakelijkheid voor het risico aan de kant van de (verzekerde) arts te leggen, terwijl het anderzijds onbillijk is om het onzekere resultaat geheel en al voor zijn rekening en risico te laten komen, zoekt men voor het bepalen van de hoogte van een *beperkte* schadevergoeding aansluiting bij andere gevallen waarin het om levensonderhoud gaat. Maar dat wil nog niet zeggen dat er nu «alimentatierechtelijke» facetten geslepen kunnen worden aan de rechtsbetrekking die hier aan de orde is: een geneeskundige behandelingsovereenkomst. In het gegeven geval is een dergelijke analogie extra vreemd, omdat het niet gaat om een minder wenselijk resultaat van een overigens goed uitgevoerde behandeling, maar om een evidente wanprestatie in de behandeling zelf: er bleek in de operatie helemaal geen contraceptieve maatregel toegepast waar die in een eerder stadium juist gewenst was gebleken. Dat verschil spreekt des te meer, wanneer men zich realiseert wat de rechtsgevolgen zouden zijn wanneer wij een ander verzekeringsregime zouden prefereren. Het zou immers denkbaar zijn dat patiënten zich voor bepaalde operaties als sterilisatie zouden moeten bijverzekeren. Zo'n verzekering zou overeenkomsten vertonen met een reisverzekering: er volgt een uitkering als zich bepaalde risico's verwezenlijkt hebben die nu eenmaal nooit geheel uit te sluiten zijn. In het gegeven geval echter zou er onmiskenbaar geen beroep op zo'n verzekering kunnen worden gedaan, althans niet zonder verhaalsmogelijkheid op de verzekering van de arts. Want het handelen zelf van de arts staat ter discussie, niet het resultaat ervan.

D. Het enige punt dat niet verklaard lijkt te kunnen worden vanuit een schadevergoedingsrechtelijk standpunt is dat de vrouw niet geacht wordt de schade te beperken door de zwangerschap te laten afbreken dan wel afstand te doen van het kind. Dit is een belangrijk punt, want als deze overweging niet uit een zuiver schadevergoedingsrechtelijk oogpunt verklaard kan worden, heeft Vranken in ieder geval in beginsel gelijk dat hier de ethiek met kracht het recht binnenkomt. De suggestie van die tweede mogelijkheid wekt overigens verwondering, omdat afstanddoen nauwelijks aangemerkt kan worden als schadebeperking. Immers, het kind is er, het zal verzorgd en opgevoed moeten worden en of die

kosten nu door de vrouw of door een tehuis worden gemaakt, maakt in wezen niets uit.

De andere mogelijkheid van schadebeperking is abortus. Laten we nog even terugkeren naar de vergelijking met de makelaar die mij tegen mijn wil een groter huis koopt dan waarvoor ik wens op te draaien. In het geval van het huis kan het kwaad misschien gekeerd worden doordat de makelaar het ongewenste pand vliegensvlug weer van de hand doet. In ieder geval zal ik de makelaar niet kunnen laten opdraaien voor de kosten door achteraf toch maar te besluiten het grotere huis te houden. Stel echter dat ik voor langere tijd op reis ben gegaan en de makelaar het huis in mijn naam geleverd heeft gekregen, dan zal hij mij toch minstens de kosten moeten vergoeden die gedurende mijn afwezigheid zijn ontstaan. Een kind vliegensvlug van de hand doen zo gauw het zich aankondigt, is een vorm van schadebeperking die in onze maatschappij (gelukkig) niet als vanzelfsprekend wordt beschouwd, al zal de vrouw die in de gegeven situatie voor een abortus zou kiezen, misschien weinig moreel verwijt vanuit de maatschappij treffen. Als men deze maatschappelijke opvattingen het ethische aspect van de casus wil noemen, dan mag dat wat mij betreft, maar het gaat hier wel om «een ethiek van twee kwartjes», om een staande uitdrukking van wijlen Nico Luijpen te gebruiken. Veeleer zou ik menen dat er dogmatisch onzindelijk geredeneerd wordt. Anders dan Vranken (nr. 23) ben ik dan ook van mening dat de dogmatiek van het schadebegrip ons hier wel degelijk verder helpt. Wat is het verschil tussen de twee gevallen die ik vergeleken heb? In het geval van de huisaankoop is het huis het rechtsobject dat in mijn vermogen valt. In het geval van het kind gaat het om een rechtssubject voor wie de ouders met hun vermogen hebben in te staan. Schade beperken kan niet betekenen: de positie van het rechtssubject aantasten (laat staan vernietigen) terwille waarvan de kosten gemaakt worden die tot vergoeding aanleiding geven want het begripsonderscheid rechtssubject-rechtsobject is constitutief voor het begrip 'schade'. Mijn makelaar kan ook niet eisen dat ik – om zijn schade te beperken – mij met terugwerkende kracht krankzinnig laat verklaren, zodat mijn opdracht alsnog nietig zal blijken. Dit principe zou overigens ook gelden wanneer dat rechtssubject een rechtspersoon was; bijvoorbeeld, een patiënt die door een arts wordt aangesproken tot vergoeding van schade kan moeilijk van de arts eisen dat hij de schade aan zijn maatschap toegebracht beperkt door de maatschap op te heffen.

Het is dus eerder de logica van de juridische begrippen dan ons hoogstaand moreel besef over de waarde van het menselijk leven die hier zijn werk doet. Overigens wil ik graag toegeven dat iets van dit moreel besef in die logica is neergeslagen, maar het is er al lang niet meer in zuivere vorm uit te distilleren. Tenslotte: er rust op de vrouw volgens de HR wel degelijk een plicht tot schadebeperking in vermogensrechtelijke zin. En vermogensrechtelijk is het kind niet de schade, zoals we al gezien hebben, maar de kosten die ten behoeve van het kind moeten worden gemaakt.

E. Een les in juridische moraal lijkt vooral het Hof Leeuwarden te krijgen, en wel op twee punten. Ten eerste had het Hof niet het standpunt mogen betrekken dat, grof gezegd, kinderen krijgen een gezonde zaak is en dat dus alleen in bijzondere omstandigheden, met name de draagkracht betreffende, de arts voor vergoeding van kosten aangesproken kan

⁸ *Ibid.*, p. 214, nr. 10.

worden. Ten tweede had het Hof niet de opvatting mogen huldigen dat het in zulke omstandigheden in beginsel voor rekening van de vrouw komt om gedurende kortere of langere tijd haar baan op te geven en voor het kind te zorgen. Wat het eerste betreft zou ik menen dat het Hof een juridische, geen morele black-out moet hebben gehad door te pogen aansprakelijkheid voor zo'n zuivere beroepsfout te keren door een argument (wettelijke plicht) dat als een boemerang zou werken. Wat het tweede betreft mag men met enige nieuwsgierigheid uitzien naar het besluit van het Hof Arnhem dat de zaak gaat afhandelen: hier zullen immers door de vrouw wel «bijzondere omstandigheden» moeten worden aangevoerd, met name de gezinssituatie betreffende. Het valt op dat het Hof Leeuwarden niet op *beide* punten de gelegenheid gaf tot het aanvoeren van bijzondere omstandigheden: als dat t.a.v. het eerste punt het spoor was, zou men verwachten dat t.a.v. tweede punt datzelfde spoor gevolgd zou worden. Het lijkt erop dat het Hof met (rechts)politiek gemotiveerde vastbeslotenheid de vrouw de weg naar een hoge schadevergoeding heeft willen versperren en in zijn drift enkele juridische evidenties over het hoofd heeft gezien.

F. Dan is er ook nog een en ander op te merken over het ethisch gehalte van de beslissing van de HR zelf. Ik vind het arrest op dat punt enige tegenstrijdige aspecten hebben. Het zoeken naar een grens aan de vergoeding doet wat vreemd aan wanneer men het arrest leest als een eerbetoon aan «de waarde van nieuw leven in de rechtsorde».⁹ De HR waarschuwt dat de ouders niet alles zullen kunnen declareren en dat uitgaven die het gemiddelde overstijgen hun eigen keuze zullen zijn, waarvoor zij zelf hebben te betalen. Ongetwijfeld zou dit anders hebben gelegen wanneer het kind gehandicapt zou zijn geweest en bijzondere zorg nodig zou hebben gehad. Maar stel nu eens dat het kind op jonge leeftijd over zeer uitzonderlijke muzikale gaven blijkt te beschikken, waar geen enkele NIBUC-norm op berekend is. Binnen de kortste keren moet er een reuzenharp worden aangeschaft, moeten er pedagogen van naam worden ingehuurd en moeten er buitenlandse verblijven worden georganiseerd. Dan wordt, niet vanwege de spijlucht van de ouders, maar vanwege hun plicht dit derde kind zich ten volle te laten ontplooiën naar zijn persoonlijke, maar toevallig wel dure mogelijkheden,¹⁰ de vraag naar de grens heel wat interessanter. De arts zelf zou zijn eigen kind onmiddellijk deze ontplooiingsmogelijkheden gunnen en geven. Zou het aansprakelijkheidsrecht hem niet moeten dwingen open te staan voor schadevergoeding van dergelijke, nog niet bekende kosten? Waarom zouden de kosten van een handicap wel en de kosten van een talent niet vergoed moeten worden, als in de opvoeding niet «het gemiddelde», maar het respect voor de persoonlijkheid van het kind de norm is?

⁹ Aldus Hirsch Ballin in de titel van zijn eerder geciteerde reactie, p. 477 r.

¹⁰ Op dit punt is een blik over de grens interessant. Art. 2, Abs. 1 Gg luidt: «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.»

Opvallend is ook – en hierin verschil ik lichtelijk van mening met Tutorius en Lijftogt¹¹ – dat de HR ter inperking van de schadevergoedingsplicht zich verschuilt achter de Rb die de meerderjarigheid (18 jaar) als grens heeft genomen, terwijl de «onderhoudsgerechtigde leeftijd» bij 21 jaar ligt (art. 1:385a BW), zoals de A.G. opmerkt. Hoewel de HR de limiet niet uitdrukkelijk bekrachtigt, zet hij er ook geen vraagtekens bij, wat uit een oogpunt van consistentie voor de hand had gelegen. Het gaat immers van meet af aan om een aanspraak op vergoeding voor kosten voortvloeiend uit de onderhoudsplicht zoals de wet die voorschrijft. Dat is immers wat de HR het Hof heeft ingepeperd.

Een derde onevenwichtigheid wordt gevormd door de wijze waarop de HR omgaat met het laatste element van het cassatiemiddel, dat zich keert tegen het afwijzen van vergoeding van immateriële schade. Dit punt wordt op de bekende wijze «dichtgetimmerd». Het oordeel van het Hof lijkt de HR dermate «met feitelijke waarderingen verweven» dat het in cassatie niet ten toets hoeft te komen. Deze snelle toverformule staat in duidelijk contrast met de vrij uitvoerige beschouwingen die de HR zich veroorlooft ten aanzien van andere aspecten van de zaak die niet minder met de feiten verweven zijn (zoals met name de inkomstenderving). De peremptoire wijze waarop het Hof «min of meer sterk psychisch onbehagen» omtrent een in beginsel niet gewenste zwangerschap (met alle consequenties van dien voor bijvoorbeeld het arbeidsperspectief van de vrouw) onderscheidt van «psychisch letsel» door die ervaring opgelopen, terwijl het bovendien fijntjes opmerkt dat juist dit laatste niet is gesteld, lijkt mij in beginsel vatbaar voor een correctie analoog aan die n.a.v. het tweede onderdeel: het zou juist zijn geweest de vrouw in de gelegenheid te stellen aannemelijk te maken dat dit onbehagen zo sterk was dat van letsel van enige duur en ingrijpendheid kan worden gesproken. Psychisch incasseringsvermogen is immers geen voldoende grond om vergoeding van gederfde levensvreugde te onthouden, zoals financiële draagkracht geen reden is om vergoeding van schade aan eigendommen te ontzeggen.

4. Ten slotte: het arrest staat voor mij sterk in het teken van wat ik de assurantie-ethiek in onze samenleving zou willen noemen. Aan de ene kant zorgt die assurantie-ethiek ervoor dat rechtsaanspraken tot schadevergoeding zich ontwikkelen in een gevecht tussen enerzijds een particulier die zijn schade vergoed wil hebben en anderzijds een verzekeringsconcern dat primair winst wil maken en kijkt wat op termijn daartoe de beste tactiek is. Die laatste positie is een fundamenteel andere dan die van degene die de schade veroorzaakt heeft en misschien zoveel mogelijk buiten schot wil blijven. Zowel morele als economische handelingsmotieven liggen anders (bv. de vrees voor precedentwerking). Misschien heeft de arts zich wel zeer geschaamd dat zijn assuradeur in eerste instantie op de propfen kwam met het aanbod van 10.000 gulden schadevergoeding onder algemene titel. Ik krijg in ieder geval sterk de indruk dat de arts door de verzekeringsmaatschappij het veld ingestuurd is om er zo goedkoop mogelijk vanaf te komen. Het zou mij ook niet verwonderen als de vrouw pas juridische hulp is gaan inroepen en dus (DUS) op het idee gebracht werd van een schadevergoeding naar Amerikaans voorbeeld (een houding die de

¹¹ *NJB*, 72, 1997, p. 476 r.

verbetenheid van het Hof zou kunnen verklaren), toen zij zich met de aangeboden 10.000 gulden voor het lapje gehouden voelde (en terecht). Dan zou dus de verzekeraar wind gezaaid en storm geoogst hebben – een storm die de HR uiteindelijk enigszins binnen de perken moest houden door toepassing van enige inconsistenties nadat het Hof te grof geschut had gebruikt. In de tweede plaats heeft de assurantie-ethiek tot gevolg dat juridische aansprakelijkheid nagenoeg los komt te staan van maatschappelijke verantwoordelijkheid: het bruikbaar houden van juridische aansprakelijkheid wordt eerder congruent met het in stand houden van de economische voorwaarden voor het continueren van bepaalde verzekeringstechnieken dan met het bevorderen van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De uitspraak van de HR lijkt mij niet in de eerste plaats, en misschien wel helemaal niet, op het conto te schrijven van een moreel gefundeerd zorgvuldigheidsbesef dat het bestaande recht openbreekt. Ons moreel besef in dezen is vooral afhankelijk van de mate waarin conflicten kunnen worden afgedempt en ingedamd doordat de schadegevolgen in termen van vermogen verzekeringstechnisch oneindig kunnen worden verdund over de hele samenleving.¹² Stel dat de arts met zijn persoonlijk inkomen had moeten instaan

voor risico's als zich in het gegeven geval hebben verwerkt: het risico is onverzekerbaar, zijn maatschap betaalt niet en hij kan geen hogere rekeningen schrijven voor zijn behandelingen. In dat geval zou de vrouw het waarschijnlijk hebben moeten stellen met een bloemetje van de arts bij de geboorte van het derde kind. De HR zou geredeneerd hebben: als we artsen met dergelijke risico's opzadelen, dan zijn er binnenkort geen artsen meer (iets wat mevrouw, gelet op haar kennelijke behoefte aan medische hulp, zelf ook niet zou willen). Het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw zou dan gediend zijn met het niet-honoreren, ja zelfs het inslikken van de eis tot schadevergoeding. Alleen doordat onze samenleving een uitgebreid verzekeringsinstrumentarium heeft ontworpen waar nagenoeg alle leden van die samenleving aan meebetalen, kunnen wij ons een moreel besef permitteren dat de arts voluit aansprakelijk stelt, *voor zover* hij althans verzekerd is (zie rechtsoverweging 3.11). Echter: niet de waarde van een kind, maar de waarde van een arts komt daarin tot uitdrukking.

Bert van Roermund

¹² Zie hiervoor F. EWALD, *L'état providence*. Paris, Grasset, 1986, en «A concept of social law», in G. TEUBNER (red.), *Dilemma's of law in the welfare state*, Berlin – New York, De Gruyter, 1986, pp. 40-75.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

19 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. Stranard

Openbaar ministerie: de h. Mok

Advocaten: mrs. Verkade en Huydecoper

Intellectuele eigendom – Merk – Vervallen merkrecht – Tweede depot – Geldigheidsvereisten

Een tweede depot van hetzelfde teken voor dezelfde waar of waren als waarop een eerder depot door dezelfde deposant betrekking had, verricht nadat het recht uit dat eerdere depot ingevolge het bepaalde in art. 5, aanhef en onder 3 (oud), BMW vervallen is, dient als rechtsgeldig te worden aangemerkt indien voldaan is aan de voor elk depot geldende voorwaarden.

Die deposant kan geen enkel recht van voorrang ontleen aan zijn vervallen merkrecht, zodat voor de beantwoording van de vraag of goede trouw in de zin van art. 4, aanhef en onder 6 (oud), BMW ontbreekt, niet van belang is of de voorgebruiker het merkrecht uit het eerdere depot kende dan wel had behoren te kennen.

Van diegene die in het Benelux-gebied te goeder trouw een teken in gebruik heeft genomen, kan in de regel niet worden gevergd dat hij nadien het Benelux-register raadpleegt om na te gaan of inmiddels een derde een met dat teken overeenstemmend merk heeft gedeponneerd.

Zaak A 95/3

Conclusie van de plaatsvervangend advocaat-generaal M.R. Mok

1. Korte beschrijving van de zaak

1.1. Het verwijzingsarrest is – deels veronderstellenderwijs – uitgegaan van de hierna samengevatte feiten.

1.2. In 1979 is Perner in het Beneluxgebied te goeder trouw (in de zin van art. 4, onder 6°, sub a, BMW) het teken Triomino gaan voeren voor een gezelschapsspel met driehoekige dominostenen;¹ zij heeft dit teken in het Beneluxgebied niet als merk gedeponneerd, noch vóór het in § 1.3 bedoelde depot, noch nadien.

1.3. Op 19 maart 1981 heeft Pressman het woordmerk Tri-Ominos voor de waren spellen en speelgoederen (klasse 28) bij het Benelux Merkenbureau gedeponneerd; dit depot is aldaar ingeschreven onder nr. 373.625.

Voor zover uit dit depot een recht op het merk Tri-Ominos is verkregen, is dit recht in de jaren nadien door niet-gebruik vervallen, en wel vóór het hierna (§ 1.5) bedoelde tweede depot, op 19 maart 1984.

1.4. Perner heeft niet op de voet van art. 4, aanhef en onder 6°, in samenhang met art. 14B van de BMW op grond van haar in § 1.2 vermelde gebruik van het teken Triomino

¹ Zie de fotokopie van de gebruiksaanwijzing, opgenomen in de memorie van de raadsman van Perner aan het BenGH, p. 3.

binnen vijf jaar na het in § 1.3 bedoelde depot, de nietigheid daarvan ingeroepen.

Ook na dit depot is Perner het teken Triomino in het Benelux-gebied blijven gebruiken voor het in § 1.2 genoemde spel, zulks in aansluiting op haar gebruik van dat teken elders.

Zij deed dat bij de aanvang van dit geding nog steeds en op aanzienlijke schaal.

1.5. Op 15 april 1988 heeft Pressman het woordmerk Tri-Ominos voor de waar speelgoederen (klasse 28) opnieuw bij het Benelux Merkenbureau gedeponneerd; dit depot is ingeschreven onder nr. 450.443.

Pressman laat in elk geval sedertdien in het Benelux-gebied onder licentie op aanzienlijke schaal een gezelschapsspel met driehoekige dominostenen aanbieden en verhandelen onder het merk Tri-Ominos.

1.6. Pressman heeft voor de rechtbank in Den Haag – kort samengevat – tegen Perner een merkinbreukactie ingesteld. De rechtbank heeft Perner tot bewijslevering toegelaten.

Tegen dit vonnis heeft Perner hoger beroep ingesteld, terwijl Pressman incidenteel heeft geappelleerd. Het gerechtshof in Den Haag heeft in het principaal beroep het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. In het incidenteel beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het heeft Perner verboden verder inbreuk te maken op de rechten die Pressman kan ontlenen aan het (tweede) Benelux merkdepot.

Perner heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft de hierna te noemen vragen van uitleg aan het BenGH gesteld.

2. Het geding voor het BenGH

2.1. De door de Hoge Raad gestelde vragen van uitleg luiden als volgt:

«(1) Dient een (tweede) depot voor hetzelfde teken voor dezelfde waar of waren als waarop een eerder depot door dezelfde deposant betrekking had, verricht nadat het recht uit dat eerdere depot ingevolge het bepaalde in art. 5, aanhef en onder 3°, BMW, is vervallen, in beginsel – dat wil zeggen onder voorbehoud van de voor *elk* depot geldende voorwaarden – als rechtsgeldig te worden aangemerkt óf gelden ten aanzien van zulk een (herhalings)depot bijzondere, respectievelijk bijkomende regels?

(2) Zo vraag (1) in laatstbedoelde zin moet worden beantwoord, wordt door een dergelijk (herhalings)depot dan *slechts* merkrecht ten aanzien van het gedeponeerde teken verkregen indien (a) de deposant het teken na het (herhalings)depot normaal is gaan gebruiken dan wel indien (b) het (herhalings)depot plaatsvond nadat de deposant het teken normaal is gaan gebruiken?

(3) Maakt het voor de beantwoording van vraag (2) verschil of het teken dan wel een daarmede overeenstemmend teken na het verval en vóór het (herhalings)depot binnen het Benelux-gebied door een derde in gebruik is genomen en zo ja, welk? Is in dit verband van belang of het gebruik van de derde als te goeder trouw in de zin van art. 4, aanhef en onder 6°, BMW valt aan te merken?

(4) Ontbreekt goede trouw in de zin van art. 4, aanhef en onder 6°, BMW als het gaat om feiten die de voorgebruiker had behoren te kennen, en meer in het bijzonder, indien de voorgebruiker het merkrecht waarmede voortgezet gebruik van zijn teken overenigbaar is, door raadpleging van het Benelux-register had kunnen kennen?

(5) Zo vraag (4) bevestigend wordt beantwoord, geldt deze regel dan algemeen dan wel zijn daarop uitzonderingen mogelijk?

(6) Zo vraag (5) in laatstbedoelde zin wordt beantwoord, valt een dergelijke uitzondering dan aan te nemen voor geval de voorgebruiker ten tijde van de inschrijving in het Benelux-register van een ander depot van het door hem gebruikte teken of van een daarmede overeenstemmend teken te goeder trouw was en goede redenen aannemelijk maakt waarom hij het Benelux-register niet heeft geraadpleegd? Zo ja, zijn dan (a) dwaling van de voorgebruiker ten aanzien van de vraag of het gedeponeerde teken louter beschrijvend is, en (b) niet normaal gebruik van het gedeponeerde teken te beschouwen als zulke goede redenen? Maakt het bij een en ander nog verschil of de voorgebruiker in het Benelux-gebied dan wel daarbuiten is gevestigd en of hij zijn teken al buiten dat gebied gebruikte toen hij zijn gebruik in het Benelux-gebied begon?

(7) Zo vraag (5) in eerstbedoelde zin wordt beantwoord, «herleeft» dan de goede trouw van de voorgebruiker wanneer het recht uit het depot ingevolge het bepaalde in art. 5, aanhef en onder 3°, BMW vervalt? Maakt het in dit verband verschil – en zo ja welk – of het gaat om een eerste depot, dan wel om een herhalingsdepot als omschreven in vraag (1), dan wel om een zogeheten wederopnemingsdepot als bedoeld in art. 4, aanhef en onder 4°, BMW?»

2.2. In de procedure voor het BenGH hebben beide partijen door een advocaat memories doen indienen.

De partijen hebben hun standpunten niet mondeling doen toelichten.

2.3. In deze conclusie zal ik de gestelde vragen bespreken aan de hand van de tot 1 januari 1996 geldende tekst van de BMW, derhalve zonder rekening te houden (afgezien van een enkele verwijzing) met de daarin op grond van het Protocol van 2 december 1992² aangebrachte wijzigingen.

Toepassing van het huidige recht zou neerkomen op terugwerkende kracht en de overgangsbepalingen van het wijzigingsprotocol voorzien daarin niet.³ Ik wijs erop dat het oude recht in sommige gevallen, waaronder dat, bedoeld in art. 5, lid 3 (oud) zonder vaste einddatum van toepassing blijft.⁴

3. Vragen 1 en 2

3.1. Volgens art. 5, aanhef en sub 3 (oud) BMW vervalt het recht op een merk voor zover er, hetzij binnen drie jaren volgend op het depot, hetzij gedurende een ononderbroken tijd van vijf jaren, noch door de merkhoudster, noch door een licentiehouder, zonder geldige reden, enig normaal gebruik van is gemaakt binnen het Benelux-gebied;⁵

² Tractatenblad 1993, 12; bijlage bij IER 1993, afl. 1; in Van Kaam/Molijn, *Merkenbescherming in de Benelux*, 1994, bijlage 1, p. 161, zijn de geldende en de toekomstige tekst artikelsgewijs naast elkaar afgedrukt. Het Protocol strekte tot aanpassing van de BMW aan de EEG-Merkenrichtlijn (Eerste richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten (89/104/EEG), *PbEG* L40 van 11 februari 1988).

³ Artt. II-V van het Protocol. Zie over het Protocol Van Kaam/Molijn, *a.w.*, voor zover hier van belang: pp. 83-85.

⁴ Protocol, art. IV.

⁵ Artikel 5, lid 2 aanhef en sub a, kent thans ook voor de periode direct na het depot een termijn van vijf jaar.

3.2. Bij de beantwoording van vraag 1 dienen m.i. twee situaties te worden onderscheiden:

a. het tweede depot wordt onmiddellijk in aansluiting aan de expiratie door non usus van het eerste verricht;

b. het tweede depot wordt enige tijd nadat het eerste vervallen is verricht.

3.3. De grond van de in § 3.1. genoemde bepaling was volgens het Benelux-Gerechtshof in de zaak Whiston/Winston⁶ «de gedachte dat de vergaande bescherming welke de wet aan het uitsluitend recht op het merk verbindt, alléén dan gerechtvaardigd is, indien het desbetreffende teken in het economisch verkeer ook metterdaad wordt gebezigd om de waren van een onderneming te onderscheiden».

3.4. In zijn conclusie in deze zaak merkte A-G Berger op dat het merk als drager van recht slechts aanvaardbaar is indien het daadwerkelijk zijn functies in het handelsverkeer vervult. «Zo niet dan dient dat merk van het (concurrentie-)strijdtoneel te verdwijnen ten behoeve van anderen, die dat merk of een soortgelijk merk overeenkomstig zijn aard zijn rol in het handelsverkeer willen laten vervullen.»⁷

3.5. Het zou in strijd zijn met deze ratio indien de merkhouder aan de gevolgen van het niet-gebruik van zijn merk zonder dat daarvoor een geldige reden was zou kunnen ontkomen door het merk opnieuw te deponeren.⁸

De literatuur stelt zich dan ook in hoofdzaak op het standpunt dat de merkhouder deze mogelijkheid niet heeft, omdat het nieuwe depot niet te goeder trouw zou zijn.⁹ Anders dan de raadsman van Pressman in zijn memorie stelt (nr. 14, p. 12), heeft deze literatuur niet slechts betrekking op de situatie waarin verval van het merk dreigt.

3.6. Enkele schrijvers zijn van mening dat een nieuw depot wel mogelijk is. Dit nieuwe depot zou dan echter niet het verval van het oude depot sauveren: gebruik door anderen of inmiddels verrichte depots door anderen beletten de merkhouder zijn positie te herstellen.¹⁰ Dat impliceert dat het nieuwe depot niet, althans niet met rechtsgevolg, onmiddellijk na het vervallen van het vorige kan geschieden.

⁶ BenGH 27 januari 1981, zaak A 80/1, *Jur.*, 1980-1981, p. 23, aldaar p. 32, *NJ*, 1981, 333 m.nt. L. Wichers Hoeth, *BIE*, 1981, 33; bevestigd in BenGH 18 november 1988, zaak A 87/2 (KIM), *Jur.*, 1988, p. 63, aldaar pp. 68-69 (ro. 14), *NJ*, 1989, 299 m.nt.E.A. van Nieuwenhoven Helbach, *BIE*, 1989, 82.

⁷ *Jur.*, 1980-1981, p. 38.

⁸ Aldus ook A-G Koopmans bij de Hoge Raad, in zijn conclusie voor het verwijzingsarrest, §§ 13-14.

⁹ In deze zin A. Komen/D.W.F. Verkade, *Het nieuwe merkenrecht*, 1970, nr. 122, p. 102; A. Braun, *Précis des marques de produits et de service*, 1987, nr. 520, pp. 411-412, waarnaar wordt verwezen in A. Braun, *Précis des marques*, 1995, nr. 520, p. 450; Van Nieuwenhoven Helbach (*Nederlands Handels- en Faillissementsrecht II*) 1989, nr. 873; Gielen/Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, 1992, nr. 646, p. 260, en M.J.M. van Kaam/H. Molijn, *Merkenbescherming in de Benelux*, 1994, p. 88-89. Zie over verval wegens non usus voorts P. Eeckman, in *Algemene problemen van merkenrecht/Problèmes généraux du droit des marques*, 1994, p. 230 e.v. en A. Braun, *Précis des marques*, 1995, nr. 194 e.v., nr. 512 e.v., p. 442 e.v.

¹⁰ M. Gotzen, *Van Belgisch naar Benelux merkenrecht*, 1969, nr. 136-137, pp. 158-160; W. van Dijk, *Merkenrecht in de Beneluxlanden*, (1973), pp. 68-69; Zie ook *Merkenrecht in Beneluxverband* (1971), pp. 23-24. In deze zin waarschijnlijk ook E.J. Arkenbout, *Handelsnamen en merken* (diss. KUN 1991), 1991, pp. 156-157.

3.7. Een blik over de Benelux-grenzen levert hetzelfde beeld op. In het, ook voor de harmonisatie in EG-verband, op het punt van verval wegens non usus vergelijkbare Franse recht¹¹ wordt een nieuw depot vóór het verval van het oude om aan de gevolgen van verval wegens non usus te voorkomen als *fraus legis* beschouwd. De Cour d'appel van Parijs heeft hetzelfde aangenomen voor een nieuw depot na het verval.¹² Ook in het Duitse recht, zoals dit luidde tot de aanpassing aan richtlijn 89/104/EEG, nam men rechtsmisbruik aan wanneer een merk opnieuw werd ingeschreven zonder dat de inschrijver het oogmerk had het merk te gaan gebruiken.¹³

3.8. Uit het voorgaande volgt dat een nieuw depot van hetzelfde merk niet als resultaat mag hebben dat de gevolgen van het verval van het merkrecht wegens non usus ongegaan worden gemaakt.

Men zou kunnen overwegen of een nieuw, aansluitend, depot door de oorspronkelijke deposant toelaatbaar zou kunnen zijn indien deze het merk op dat moment daadwerkelijk gaat gebruiken. Ik zou echter menen dat de oorspronkelijke deposant, als hij dat effect wil bereiken, ook wel voor het eind van de vervaltermijn tot daadwerkelijk gebruik kan overgaan.

Uit een en ander volgt dat een nieuw depot dat onmiddellijk volgt op het verval van het oude voor hetzelfde merk, niet toelaatbaar is. Indien dit wel zou gebeuren, zouden de gevolgen van het verval immers niet kunnen intreden doordat andere geïnteresseerden niet de gelegenheid zouden krijgen het merk te goeder trouw te gaan gebruiken of te laten inschrijven.

Daarmee is het antwoord op vraag 1 voor de in § 3.2 bedoelde situatie a gegeven.

3.9. In situatie b, enige tijd na het verval van het eerste depot, ligt de zaak m.i. anders. Derden hebben dan de gelegenheid gehad het teken te goeder trouw en op normale wijze te gebruiken en te laten inschrijven. Er is dan geen reden de oorspronkelijke merkhouder blijvend van een nieuw depot van hetzelfde teken uit te sluiten.

De oorspronkelijke merkhouder zou m.i. na een dergelijke wachttijd het recht moeten hebben, onder de voorwaarden van art. 4 BMW, waaronder m.n. die van het zesde lid daarvan, een nieuw depot te verrichten.

3.10. Men zou kunnen overwegen een additionele eis aan de oorspronkelijke merkhouder te stellen, nl. dat hij het merk werkelijk gaat gebruiken, dit om te voorkomen dat hij het teken opnieuw bevriest. Ik zou daar echter weinig voor voelen. Na een wachttijd moet men de oorspronkelijke depothouder beschouwen als een nieuwe deposant en daarbij past het stellen van bijzondere eisen niet.

Om dezelfde reden mag de oorspronkelijke deposant het teken, in de periode onmiddellijk op het verval volgend, in beginsel, m.n. rekening houdend met inmiddels ontstane rechten van anderen, gebruiken. Zoals in § 3.8 al aan de orde

¹¹ Zie daarover A. Bertrand, *La propriété intellectuelle*, livre II, *Marques et brevets, dessins et modèles*, (1995), p. 422 e.v. en P. Mathély, *Le nouveau droit français des marques*, 1994, p. 243 e.v.

¹² Zie Chavanne/Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 1993, nr. 1075, e.v., p. 584 e.v., i.h.b. nr. 1092, p. 598 en P. Mathély, *a.w.*, pp. 256-257.

¹³ Zo Baumbach/Hefermehl, *Warenzeichenrecht*, 1985, § 5 WZG 53, en Busse/Starck, *Warnzeichengesetz*, 1990, § 5, 65.

kwam kan hij dat echter net zo goed, dus (voor hem) beter, vóór afloop van de vervalperiode doen, zodoende de non usus tijdig beëindigend.

3.11. Degenen die het teken na het verval van het eerste merkrecht maar vóór een geldig hernieuwd depot hebben gedeponeerd, hebben in dit systeem een beter recht dan degene die het hernieuwd depot verricht.

Daarmee sluit het systeem aan op de regel van het nieuwe (sinds 1 januari 1996 geldende) recht volgens welke de deposant aan het gevolg van het verval van zijn merk kan ontkomen door het merk alsnog in het economisch verkeer te gaan gebruiken, maar waarbij hij niet kan optreden tegen een tussentijds (vóór zijn gebruik en na het vatbaar worden van zijn merk voor vervallenverklaring) verricht depot of tegen het gebruik van het merk uit hoofde van dit depot.¹⁴

3.12. De vraag is dan nog hoe lang een dergelijke wachttijd zou moeten duren.

Art. 4 noemt enige malen een termijn van drie jaar. In het onderhavige verband lijkt mij dat langer dan nodig. Een vrije periode van een jaar zou voldoende moeten zijn om derde geïnteresseerden een reële kans te geven.

Een wachttijd als hier bedoeld komt als zodanig niet in de BMW voor. Zij past naar mijn inzicht echter wel in het stelsel. Bovendien gaat het om een oplossing van een aflopend probleem. Dit zal zich bij gevallen waarop het nieuwe recht van toepassing is immers niet meer voordoen.¹⁵

3.13. Een alternatief zou zijn hernieuwd depot zonder wachttijd toe te laten, doch daaraan eerst rechtsgevolgen toe te kennen nadat de deposant het teken is gaan gebruiken. In de periode tussen het nieuwe depot en het gebruik door de (her)deposant zouden anderen het teken niet alleen mogen gebruiken, maar ook deponeren.

Het bezwaar hiertegen is dat depot door een derde zou moeten meebrengen dat de (tweede) inschrijving van de oorspronkelijke deposant in die eventualiteit zou vervallen, ook zonder dat de vervallstermijn wegens niet-gebruik, na het tweede depot, nog niet vervallen is. Bovendien zou men, in strijd met de bedoeling van art. 5, lid 2, BMW het Benelux-merkenregister opnieuw belasten met een niet-niet gebruikt teken, waarvan het depot al eerder wegens non usus vervallen is.¹⁶

Het bezwaar tegen het wachttijdstelsel, nl. dat dit in de BMW niet voorzien is, zou voor dit alternatief voorts evenzeer gelden.

Ik zou dan ook aan een wachttijdstelsel, als eerder geschetst, de voorkeur geven.

3.14. Het bovenstaande leidt ertoe dat ik vraag 1 als volgt zou willen beantwoorden.

Een tweede depot van hetzelfde teken door dezelfde deposant, nadat het recht uit het eerdere depot door non usus is vervallen, is binnen een jaar na het bedoelde verval niet rechtsgeldig. Een tweede depot dat onder deze omstandigheden na verloop van meer dan een jaar na het verval van

het recht uit het eerdere depot wordt verricht, is rechtsgeldig, voor zover het aan de in de Eenvormige Beneluxwet op de merken aan een depot gestelde vereisten voldoet.

3.15. Bovenstaand antwoord maakt afzonderlijke beantwoording van vraag 2 overbodig.

4. Vraag 3

Ervan uitgaand, zoals hiervoor verdedigd, dat voor een tweede depot dezelfde eisen gelden als voor het eerste depot, maakt het zeker verschil of het teken na het verval en vóór het (herhalings)depot door een derde in gebruik is genomen.

Hieruit volgt welk dat verschil is:

Indien het gebruik door de derde te goeder trouw is, zal het depot jegens deze derde te kwader trouw zijn in de zin van art. 4, aanhef (oud) en onder 6°, BMW.

5. Vragen 4-7

5.1. In een situatie als zich hier heeft voorgedaan, en waarvan moeilijk geheel geabstraheerd kan worden, kan men onderscheid maken tussen de periode tijdens de geldigheid van het eerste depot, die na het verval daarvan en die na het tweede depot.

Aangezien Pressman het teken noch voor het eerste depot noch tijdens de gelding daarvan gebruikt heeft, was het gebruik door Perner vóór het eerste depot in elk geval te goeder trouw.

5.2. Op het moment waarop iemand een teken (als merk) in de Benelux gaat gebruiken, mag men van hem verlangen dat hij het Benelux-merkenregister raadpleegt om zich ervan te vergewissen of niet een ander dit, of een daarmee overeenstemmend, teken als merk heeft gedeponeerd.

Indien Perner dit gedaan zou hebben, dan zou hij hebben vastgesteld dat er geen depot in deze zin bestond.

Men kan, zonder bijzondere aanleiding, van iemand die in de geschetste omstandigheden een teken gebruikt, niet verlangen dat hij regelmatig het register raadpleegt om vast te stellen of inmiddels een ander dit of een overeenstemmend teken als merk heeft gedeponeerd.

Een bijzondere omstandigheid zou met name kunnen zijn dat blijkt dat een ander een dergelijk teken is gaan gebruiken. Op die casuspositie heeft de vraagstelling echter geen betrekking, aangezien Pressman het teken destijds niet heeft gebruikt.

Uitgaande van de formulering van de vragen 4 en 5 kan men dit ook omdraaien en vraag 4 bevestigend beantwoorden, waarbij dan het niet-gebruik als uitzondering kan gelden.

5.3. Dwaling ten aanzien van de aard van het gedeponeerde teken (vraag 6) is een vraag die in de gevolgde redenering, waarin de voorgebruiker niet-verwijtbaar onkundig van het depot is, niet relevant is, om welke reden ik daaraan voorbijga.

Daarentegen is, zoals in de vorige paragraaf bleek, niet normaal gebruik van een gedeponeerd teken door de deposant voor een voorgebruiker een goede reden om het merkenregister (na het depot) niet te consulteren.

5.4. Door het eerste depot van Pressman en doordat de nietigheid daarvan niet ingeroepen was, had Pressman zich – zolang zijn recht niet vervallen was – tegen het gebruik van een overeenstemmend teken kunnen verzetten.

Tengevolge daarvan was de vraag naar de goede trouw van Perner in die periode niet van belang.

¹⁴ Zie art. 5, lid 2, aanhef en sub a, BMW io art. 14 C, sub 1 en 2, BMW. De huidige bepalingen zijn een gevolg van art. 12, lid 1, Merkenrichtlijn. Zie daarover Gielen/Wichers Hoeth, *a.w.*, nr. 647, p. 260, en E.J. Arkenbout, *a.w.*, p. 156-157.

¹⁵ Zie echter de memorie aan het BenGH van de raadsman van Perner, § 8.4, p. 35.

¹⁶ In die zin ook de memorie aan het BenGH van de raadsman van Perner, § 2.5, pp. 17-18.

5.5. Ik zie geen redenen om verschil te maken (vraag 6, slot) al naar gelang de voorgebruiker in of buiten het Benelux-gebied gevestigd is en afhankelijk van de vraag of hij, toen hij zijn gebruik in het Benelux-gebied begon, het teken al buiten dat gebied gebruikte.

5.6. Door het vervallen en vervolgens opnieuw verrichten van het depot kan de vraag naar de goede trouw van het (voor)gebruik zich weer voordoen (vraag 7).

Van «herleving» van goede trouw zou ik niet willen spreken. Ik zou menen dat in beginsel eenieder een teken, waarvoor een merkdepot heeft bestaan dat door non usus is vervallen, mag gebruiken, ook al is hij van het (eerste) depot op de hoogte geweest. Zou het anders zijn, dan zou het vervallen merkrecht, in strijd met het stelsel van de BMW, naderwerking worden toegekend.

5.7. Bij een heropnemingsdepot is dit anders. Daar zal het voorgebruik in verband met de registratie van het vervallen merk in beginsel niet te goeder trouw zijn. In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het aan het BenGH stellen van de hier behandelde vragen was overigens geen heropneming aan de orde.¹⁷

Het tweede gedeelte van vraag 7 behoeft derhalve, gezien art. 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Instelling en het Statuut van een Benelux-gerechtshof, geen beantwoording.

5.8. De vragen 4-7 zou ik als volgt willen beantwoorden:

4. Goede trouw in de zin van art. 4, aanhef en onder 6° BMW ontbreekt als het gaat om feiten die de voorgebruiker had behoren te kennen, onder meer indien de voorgebruiker het merkrecht door raadpleging van het Benelux-register had kunnen kennen.

5. Op de onder 4 geformuleerde regel zijn uitzonderingen mogelijk.

6. Een uitzondering valt aan te nemen in het geval waarin de voorgebruiker ten tijde van de inschrijving van een teken te goeder trouw was en goede redenen aannemelijk maakt waarom hij het Benelux-register niet raadpleegde. Tot die goede redenen behoort dat de rechthebbende op het gedeponeerde merk dat – in het Benelux-gebied – niet werkelijk gebruikt heeft. Op de vestigingsplaats van de voorgebruiker en op de vraag of hij het teken al elders gebruikte toen hij het gebruik in het Benelux-gebied begon, komt het in dit verband niet aan.

7. In het geval van een tweede depot van een eerder gedeponeerd merk, dat door non usus is vervallen, is alleen de goede trouw van een voorgebruiker op het moment van het tweede depot van belang.

6. Mijn conclusie luidt dat de door de Hoge Raad gestelde vragen dienen te worden beantwoord als hiervóór, in de paragrafen 3.14, 4 en 5.8, is aangegeven.

Den Haag, 17 juni 1996

Arrest

1. Gelet op het op 22 september 1995 door de Hoge Raad der Nederlanden uitgesproken arrest in de zaak nr. 15.722 van de vennootschap naar Oostenrijks recht Erich Perner Kunststoffwerke, gevestigd te Scharnstein, Oostenrijk, en de

vennootschap naar het recht van de staat New York Pressman Toy Corporation, gevestigd te New York, Verenigde Staten van Amerika, waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan dit Hof vragen van uitleg van de Een-vormige Beneluxwet op de merken (BMW) worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de Hoge Raad de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt heeft omschreven:

(i) in 1979 is Perner in het Benelux-gebied te goeder trouw (in de zin van artikel 4 onder 6 sub a BMW) het teken Triomino gaan voeren voor een gezelschapsspel met driehoekige dominostenen; zij heeft dit teken in het Benelux-gebied *niet* als merk gedeponeerd, noch vóór het onder (ii) bedoelde depot, noch nadien;

(ii) op 19 maart 1981 heeft Pressman het woordmerk Tri-Ominos voor de waren spellen en speelgoederen (klasse 28) bij het Benelux-Merkenbureau gedeponeerd; dit depot is aldaar ingeschreven onder nr. 373.625;

(iii) Perner heet *niet* op de voet van artikel 4, aanhef en onder 6, in verbinding met artikel 14B van de BMW op grond van haar onder (i) vermelde gebruik van het teken Triomino binnen vijf jaar na het onder (ii) vermelde depot, de nietigheid daarvan ingeroepen;

(iv) voor zover uit het onder (ii) vermelde depot een recht op het merk Tri-Ominos is verkregen, is dit recht in de jaren nadien door niet-gebruik vervallen, en wel vóór het onder (vi) bedoelde depot, te weten op 19 maart 1984;

(v) ook na het onder (ii) bedoelde depot is Perner het teken Triomino in het Benelux-gebied blijven gebruiken voor het onder (i) bedoelde spel, zulks in aansluiting op haar gebruik van dat teken elders; zij deed dat bij de aanvang van dit geding nog immer en op aanzienlijke schaal;

(vi) op 15 april 1988 heeft Pressman het woordmerk Tri-Ominos voor de waar speelgoederen (klasse 28) opnieuw bij het Benelux-Merkenbureau gedeponeerd; dit depot is ingeschreven onder nr. 450.443;

(vii) Pressman doet in elk geval sedertdien in het Benelux-gebied onder licentie op aanzienlijke schaal een gezelschapsspel met driehoekige dominostenen aanbieden en verhandelen onder het merk Tri-Ominos.

3. Overwegende dat de Hoge Raad de volgende vragen van uitleg van de BMW heeft gesteld:

(1) Dient een (tweede) depot voor hetzelfde teken voor dezelfde waar of waren als waarop een eerder depot door dezelfde deposant betrekking had, verricht nadat het recht uit dat eerdere depot ingevolge het bepaalde in artikel 5, aanhef en onder 3, BMW is vervallen, in beginsel – dat wil zeggen onder voorbehoud van de voor *elk* depot geldende voorwaarden – als rechtsgeldig te worden aangemerkt óf gelden ten aanzien van zulk een (herhalings)depot bijzondere, respectievelijk bijkomende regels?

(2) Zo vraag (1) in laatstbedoelde zin moet worden beantwoord, wordt door een dergelijk (herhalings)depot dan *slechts* merkrecht ten aanzien van het gedeponeerde teken verkregen indien (a) de deposant het teken na het (herhalings)depot normaal is gaan gebruiken dan wel indien (b) het (herhalings)depot plaatsvond nadat de deposant het teken normaal is gaan gebruiken?

(3) Maakt het voor de beantwoording van vraag (2) verschil of het teken dan wel een daarmee overeenstemmend

¹⁷ Zie ook de memorie aan het BenGH van de raadsman van Perner, § 7.6, p. 33.

teken na het verval en vóór het (herhalings)depot binnen het Benelux-gebied door een derde in gebruik is genomen en zo ja, welk? Is in dit verband van belang of het gebruik van de derde als te goeder trouw in de zin van artikel 4, aanhef en onder 6, BMW valt aan te merken?

(4) Ontbreekt goede trouw in de zin van artikel 4, aanhef en onder 6, BMW als het gaat om feiten die de voorgebruiker had behoren te kennen, en meer in het bijzonder, indien de voorgebruiker het merkrecht waarmee voortgezet gebruik van zijn teken onverengbaar is, door raadpleging van het Benelux-register had kunnen kennen?

(5) Zo vraag (4) bevestigend wordt beantwoord, geldt deze regel dan algemeen dan wel zijn daarop uitzonderingen mogelijk?

(6) Zo vraag (5) in laatstbedoelde zin wordt beantwoord, valt een dergelijke uitzondering dan aan te nemen voor geval de voorgebruiker ten tijde van de inschrijving in het Benelux-register van een ander depot van het door hem gebruikte teken of van een daarmee overeenstemmend teken te goeder trouw was en goede redenen aannemelijk maakt waarom hij het Benelux-register niet heeft geraadpleegd? Zo ja, zijn dan (a) dwaling van de voorgebruiker ten aanzien van de vraag of het gedeponeerde teken louter beschrijvend is, en (b) niet normaal gebruik van het gedeponeerde teken te beschouwen als zulke goede redenen? Maakt het bij een en ander nog verschil of de voorgebruiker in het Benelux-gebied dan wel daarbuiten is gevestigd en of hij zijn teken al buiten dat gebied gebruikte toen hij zijn gebruik in het Benelux-gebied begon?

(7) Zo vraag (5) in eerstbedoelde zin wordt beantwoord, «herleeft» dan de goede trouw van de voorgebruiker wanneer het recht uit het depot ingevolge het bepaalde in artikel 5, aanhef en onder 3, BMW vervalt? Maakt het in dit verband verschil – en zo ja welk – of het gaat om een eerste depot, dan wel om een herhalingsdepot als omschreven in vraag (1), dan wel om een zogeheten wederopnemingsdepot als bedoeld in artikel 4, aanhef en onder 4, BMW?

...

Ten aanzien van het verloop van het geding

Ten aanzien van het recht

A. Ten aanzien van de eerste drie vragen tezamen

7. Overwegende dat noch het systeem van de BMW, noch het in die wet bepaalde zich ertegen verzet dat degene wiens recht op een merk ingevolge artikel 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW is vervallen, na dit verval opnieuw het desbetreffende teken als merk deponeert en dat hij door dit depot een uitsluitend merkrecht verkrijgt, mits het voldoet aan de in de BMW voor de rechtsgeldigheid van een depot gestelde vereisten;

8. dat immers artikel 4, in verbinding met artikel 14 (oud) BMW, een uitputtende regeling geeft van de gevallen waarin door een depot niet een geldig merkrecht wordt verkregen, welke regeling niet omvat het geval dat de deposant het door een eerder depot verkregen recht op hetzelfde merk heeft verloren overeenkomstig artikel 5, aanhef en onder 3, (oud) BMW;

9. Overwegende dat het verval van het recht op een merk ingevolge artikel 5, aanhef en onder 3 (oud) BMW tot gevolg heeft dat de houder van dit merk de bescherming verliest welke de wet aan het uitsluitend recht op een gedeponeerd merk verbindt, en dat de houder ook overigens niet op grond van het oorspronkelijk depot aanspraak kan ma-

ken op enigerlei voorrang boven anderen die het desbetreffende teken als merk willen gebruiken;

10. dat zulks voortvloeit uit de ratio van deze bepaling, die, zoals het Hof heeft overwogen in zijn arrest van 27 januari 1981 in de zaak A 80/1 (Turmac/Reynolds, *Jurisprudentie*, 1980-1981, blz. 23 e.v., aldaar blz. 32), haar grond vindt in de gedachte dat de vergaande bescherming welke de wet aan het uitsluitend recht op een gedeponeerd merk verbindt, alleen dan gerechtvaardigd is, indien het desbetreffende teken in het economische verkeer ook metterdaad wordt bezigd om de waren van een onderneming te onderscheiden;

11. dat dan ook voor de beantwoording van de vraag of voor de toepassing van het bepaalde in artikel 4, aanhef en onder 6 sub a, (oud) BMW het aan een tweede depot voorafgegane voorgebruik van een overeenstemmend merk door een derde moet worden aangemerkt als gebruik te goeder trouw in de zin van die bepaling, geheel buiten beschouwing behoort te blijven dat het merk eerder gedeponeerd is geweest;

B. Ten aanzien van de afzonderlijke vragen

12. Overwegende dat uit het hiervoor overwogene volgt dat de eerste vraag in die zin moet worden beantwoord dat een tweede depot als in die vraag bedoeld rechtsgeldig kan geschieden zonder dat daarvoor bijzondere dan wel bijkomende regels gelden;

13. dat hieruit volgt dat de tweede en de derde vraag geen beantwoording behoeven;

14. Overwegende dat de vierde vraag in het bijzonder ziet op de gebruiker van een teken die dit gebruik voortzet nadat een ander hetzelfde of een daarmee overeenstemmend teken als merk heeft gedeponeerd, terwijl het voortgezette gebruik onverenigbaar is met het door het depot verkregen merkrecht;

15. dat, zolang aanwijzingen voor een dergelijk depot ontbreken – hetgeen in de regel het geval zal zijn indien de deposant het merk niet in het economisch verkeer gebruikt – van voormelde voorgebruiker niet kan worden gevergd dat hij het Benelux-register raadpleegt om na te gaan of een ander het door hem gebruikte of een daarmee overeenstemmend teken inmiddels als merk heeft gedeponeerd;

16. dat, zoals uit het onder 11 overwogene volgt, voor de beantwoording van de vraag of bij voortgezet gebruik van een merk door een derde nadat het recht op dat merk overeenkomstig artikel 5, aanhef en derde lid, (oud) BMW is vervallen, de goede trouw in de zin van artikel 4, aanhef en onder 6 (oud) BMW ontbreekt, niet van belang is of deze gebruiker op de hoogte was of behoorde te zijn van het depot van dit merk;

17. dat uit het vooraangaande volgt dat de vijfde, de zesde en de zevende vraag geen beantwoording behoeven;

...

verklaart voor recht

23. Een tweede depot van hetzelfde teken voor dezelfde waar of waren als waarop een eerder depot door dezelfde deposant betrekking had, verricht nadat het recht uit dat eerdere depot ingevolge het bepaalde in artikel 5, aanhef en onder 3 (oud) BMW is vervallen, dient als rechtsgeldig te worden aangemerkt indien is voldaan aan de voor elk depot geldende voorwaarden.

24. De hiervoor onder 23 bedoelde deposant kan geen enkel recht van voorrang ontleen aan zijn vervallen merk-

recht, zodat voor de beantwoording van de vraag of goede trouw in de zin van artikel 4, aanhef en onder 6 (oud) BW ontbreekt, niet van belang is of de voorgebruiker het merkrecht uit het eerdere depot kende dan wel had behoren te kennen.

25. Van degene die in het Benelux-gebied te goeder trouw een teken in gebruik heeft genomen kan in de regel niet worden gevergd dat hij nadien het Benelux-register raadpleegt om na te gaan of inmiddels een derde een met dat teken overeenstemmend merk heeft gedeponeerd.

ARBITRAGEHOF

28 NOVEMBER 1996

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Boel en Cerexhe

Advocaten: mrs. Van Orshoven, Verdussen en Thiry

Arbitragehof – Vordering tot schorsing – Begrotingsdecreet – Norm die identiek is met een eerder door het Hof vernietigde norm

Luidens art. 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 kan tot schorsing worden besloten als een beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met een reeds door het Hof vernietigde norm en die door dezelfde wetgever is aangenomen. In een dergelijk geval behoeft de vordering niet het risico van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen en evenmin het bestaan van ernstige middelen bedoeld in art. 20, 1°, van voormelde bijzondere wet.

De voorwaarde van opvolging in de tijd, vervat in art. 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 is niet vervuld, wanneer op het ogenblik waarop de betrokken wetgever de bepalingen waarvan de schorsing wordt gevorderd, heeft aangenomen, de identieke norm nog niet door het Hof was vernietigd.

Arrest nr. 67/96

In rechte

B.1. De Vlaamse Regering vordert op grond van artikel 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof de schorsing van programma 3 van organisatie-afdeling 61 van tabel II, gevoegd bij het decreet van de Franse Gemeenschap van 20 december 1995 houdende de algemene uitgavenbegroting van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1996 en bij het decreet van de Franse Gemeenschap van 25 juli 1996 houdende aanpassing van de algemene uitgavenbegroting van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1996, alsmede van artikel 1 van elk van die decreten in zoverre het betrekking heeft op voornoemd programma.

B.2. Artikel 1 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 20 december 1995 houdende de algemene uitgavenbegroting van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1996 (*Belgisch Staatsblad* van 5 april 1996) bepaalt:

«Er worden niet-gesplitste kredieten en gesplitste kredieten, bestemd voor het dekken van de uitgaven van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1996, geopend overeenkomstig de programma's die opgesomd zijn in de bij dit

decreet gevoegde tabel en waarvan de synthese hierna vermeld is [...]»

Programma 3 van organisatie-afdeling 61 («Algemene Zaken») van de sector «Cultuur en Communicatie» in «Tabel II – Ministerie van Cultuur en Sociale Zaken» betreft een niet-gesplitst krediet van 10,5 miljoen frank voor:

«Steun voor de Franstalige verenigingen van de gemeenten met een speciale taalregeling.»

B.3. Artikel 1 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 25 juli 1996 houdende aanpassing van de algemene uitgavenbegroting van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1996 (*Belgisch Staatsblad* van 20 september 1996) bepaalt:

«De kredieten uitgetrokken op de begroting van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1996, worden aangepast volgens de gegevens die in de bij dit decreet gevoegde tabellen nader bepaald zijn, ten bedrage van [...]»

Programma 3 van organisatie-afdeling 61 («Algemene Zaken») van de sector «Cultuur en Communicatie» in «Tabel II – Ministerie van Cultuur en Sociale Zaken» betreft een aangepast niet-gesplitst krediet van 10,5 miljoen frank voor:

«Steun voor de Franstalige verenigingen van de gemeenten met een speciale taalregeling.»

B.4. Luidens artikel 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 kan tot schorsing worden besloten als een beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met een reeds door het Hof vernietigde norm en die door dezelfde wetgever is aangenomen. In een dergelijk geval behoeft de vordering niet het risico van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen en evenmin het bestaan van ernstige middelen bedoeld in artikel 20, 1°, van voormelde bijzondere wet.

De bijzondere wetgever heeft met artikel 20, 2°, beoogd te waarborgen dat het miskende gezag van een arrest van het Arbitragehof onmiddellijk kan worden hersteld, mocht een wetgever na de vernietiging van een van zijn normen een identieke norm aannemen.

B.5. De bepalingen waarvan de schorsing wordt gevorderd zijn aangenomen bij de decreten van de Franse Gemeenschap van 20 december 1995 en 25 juli 1996. De inhoud ervan is identiek met die van de bepalingen die door de wetgever van de Franse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 1995 waren aangenomen.

De decreten zijn aangenomen vóór het arrest nr. 54/96 van 3 oktober 1996, dat voormelde bepalingen van de begroting 1995 heeft vernietigd. Op het ogenblik waarop de betrokken wetgever de bepalingen waarvan de schorsing wordt gevorderd, heeft aangenomen, was de identieke norm van de begroting 1995 nog niet door het Hof vernietigd.

Hieruit volgt dat de voorwaarde van opvolging in de tijd, vervat in artikel 20, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, niet is vervuld.

ARBITRAGEHOF

11 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: mevr. Delruelle en de h. Boel

Advocaten: mrs. M. Baltus, Fr. Baltus, De Broe, Kerfs, Kirkpatrick, Verdussen, Druart, Goblet en Forestini

1. Inkomstenbelastingen – Aftrek van beroepsverliezen – Bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten – Federale overheid – Fiscaliteit – Vennootschappen – Aftrek van beroepsverliezen – Evenredigheidsbeginsel – 2. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Fiscaliteit – Inkomstenbelastingen – Vennootschapsbelasting – Aftrek van beroepsverliezen

1. Met de invoering van de artt. 4, 2°, en 10, derde lid, van de wet van 4 april 1995 houdende fiscale en financiële bepalingen die betrekking hebben op de aftrek van beroepsverliezen, heeft de federale wetgever een bevoegdheid uitgeoefend die hem eigen is, namelijk zijn fiscale bevoegdheid op het stuk van de vennootschapsbelasting. De weerslag van die belasting op het beleid van de gewesten is te onrechtstreeks en wisselvallig dan dat zij de federale overheid kan worden verweten dat zij de uitoefening van de bevoegdheid van de gewesten inzake hulp aan de ondernemingen onmogelijk of overdreven moeilijk maakt.

2. De bestreden bepaling schendt de artt. 10, 11 en 172 G.W. Met het criterium dat de wetgever heeft aangewend, worden wellicht sommige van de vennootschappen getroffen die slapend zijn, maar de betwisten bepaling treft eveneens vennootschappen die in ontwikkeling zijn of die om redenen eigen aan hun activiteitssector over omvangrijke activa beschikken zonder de door die bepaling beoogde omzet te kunnen verwezenlijken. Het onderscheid dat uit de bekritiseerde bepaling voortvloeit, is niet in redelijkheid verantwoord nu het steunt op een criterium dat niet relevant is.

Arrest nr. 70/96

In rechte

Ten gronde

B.2. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet. In haar memorie voert de Waalse Regering een nieuw middel aan dat is afgeleid uit de schending van de bevoegdheidsregels.

B.3. Het onderzoek van de overeenstemming van een bestreden bepaling met de bevoegdheidsregels moet het onderzoek van de bestaanbaarheid ervan met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voorafgaan.

Ten aanzien van het middel aangevoerd door de Waalse Regering

B.4.1. De Waalse Regering leidt een middel af uit de schending van artikel 39 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 1°, en vierde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. In dat middel wordt betoogd, niet dat de federale wetgever wetgevend is opgetreden in een aangelegenheid die vreemd is aan zijn bevoegdheden, maar dat hij, in de uitoefening van zijn bevoegdheid, inbreuk heeft gemaakt op de bevoegdheid van de gewesten inzake economie (eerste onderdeel) en heeft nagelaten de instemming van de gewesten te verkrijgen alvorens de algemene regels vast te stellen betreffende de maxima voor hulp aan de ondernemingen op het gebied van de economische expansie (tweede onderdeel).

B.4.2. Met de bestreden bepaling heeft de federale wetgever een bevoegdheid uitgeoefend die hem eigen is, namelijk zijn fiscale bevoegdheid op het stuk van de vennootschapsbelasting. Weliswaar kan de bestreden maatregel een onrechtstreekse weerslag uitoefenen op het beleid van de ge-

westen inzake hulp aan de ondernemingen, doordat sommige van die ondernemingen, die door middel van die hulp investeringen hebben gedaan, aan de bestreden bepaling kunnen worden onderworpen. Die weerslag van de bestreden maatregel is evenwel te onrechtstreeks en wisselvallig opdat de federale overheid kan worden verweten de uitoefening van de bevoegdheid van de gewesten inzake hulp aan de ondernemingen onmogelijk of overdreven moeilijk te maken.

Het middel, in zijn eerste onderdeel, is niet gegrond.

B.4.3. De bestreden bepaling, die enkel over het stelsel van de fiscale aftrekbaarheid van de verliezen handelt, heeft noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks betrekking op de algemene regels betreffende de maxima voor de hulp aan ondernemingen op het gebied van de economische expansie.

Het middel, in zijn tweede onderdeel, is niet gegrond.

Ten aanzien van de middelen aangevoerd door de verzoekende partijen

B.5.1. De verschillende middelen die de verzoekende partijen aanvoeren, zijn afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet.

B.5.2. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan. Zij zijn eveneens toepasselijk in fiscale aangelegenheden, wat overigens wordt bevestigd door artikel 172 van de Grondwet, dat een bijzondere toepassing inhoudt van het in artikel 10 vervatte gelijkheidsbeginsel.

B.6.1. Artikel 206 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 staat, sedert de wijziging ervan bij artikel 1 van de wet van 6 augustus 1993, in paragraaf 1 ervan toe de vorige beroepsverliezen achtereenvolgens af te trekken van de winst van elk volgend belastbaar tijdperk, binnen de perken vastgesteld bij het tweede lid ervan, dat bepaalde:

«De aftrek mag per belastbaar tijdperk in geen geval meer bedragen dan 20 miljoen frank of, wanneer de winst na toepassing van de artikelen 202 tot 205, meer dan 40 miljoen frank bedraagt, de helft van die winst.»

Paragraaf 2 van die bepaling voorziet in bijzondere regels voor de vennootschappen die een inbreng verkrijgen of een andere vennootschap overnemen.

Artikel 4, 1°, van de wet van 4 april 1995 houdende fiscale en financiële bepalingen heeft het tweede lid van paragraaf 1 op en schaft bijgevolg de perken af die op algemene wijze aan de aftrek van de vorige beroepsverliezen waren gesteld. Overeenkomstig artikel 10, eerste en tweede lid, van de wet treedt dat artikel in werking vanaf het aanslagjaar 1998, en bovendien werd voor het aanslagjaar 1997 voorzien in bijzondere bepalingen.

Artikel 4, 2°, van diezelfde wet vult artikel 206 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 aan met een paragraaf 3, die, in afwijking van de paragrafen 1 en 2, de aftrek van de vorige beroepsverliezen verbiedt «wanneer het gemiddelde van de omzet en de financiële opbrengsten die zijn geboekt tijdens de boekjaren welke verbonden zijn met de drie vorige belastbare tijdperken, minder bedraagt dan 5 pct. van het gemiddelde van het totaal bedrag van de activa, zoals dat voorkomt in de jaarrekeningen van die boekjaren». In het tweede lid van die bepaling zijn de bedragen gepreciseerd die in aanmerking moeten worden genomen, in de plaats van de omzet en de financiële opbrengsten, voor de vennootschappen die onderworpen zijn aan de wet van

22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen (1°) en voor de in artikel 56, § 2, 2°, h, vermelde verzekeringsondernemingen (2°). Overeenkomstig artikel 10, derde lid, van de wet treedt dat artikel in werking vanaf het aanslagjaar 1996.

De verzoekende partijen vorderen allen de vernietiging van artikel 4, 2°, van de wet van 4 april 1995. Sommige verzoekende partijen vorderen bovendien de vernietiging van artikel 10, derde lid, van diezelfde wet.

B.6.2. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepalingen vloeit voort dat de wetgever, enerzijds, de perken heeft willen afschaffen die aan de aftrek van de vroegere verliezen waren gesteld om de ondernemingen niet langer een gedeelte van hun investeringsmiddelen te ontfangen, hetgeen schadelijk was voor de economie en voor de ontwikkeling van grote investeringsprojecten, maar dat hij, anderzijds, de bedoeling heeft gehad de «slapende» of «sluimerende» vennootschappen de mogelijkheid te ontnemen vorige verliezen nog aan te rekenen op de positieve resultaten in de toekomst (*Gedr. St.*, Senaat, 1994-1995, nr. 1304/2, pp. 14 tot 17). Die tweede maatregel wordt verantwoord door «de wil om te beletten dat van nu af aan vorige verliezen nog worden gebruikt als middel om geen belasting te betalen op de winsten uit een activiteit die nieuw en op kunstmatige wijze in een 'lege schelp'-onderneming is ondergebracht» (*idem*, p. 16).

B.7.1. Aan de wetgever komt het toe te bepalen welke doelstellingen hij op fiscaal vlak wil nastreven. Hij vermag zich terzelfder tijd erom te bekommeren de investeringen aan te moedigen en de eruit voortvloeiende budgettaire weerslag te beperken door een oneigenlijk gebruik tegen te gaan dat van de mogelijkheid om verliezen af te trekken zou kunnen worden gemaakt. Aldus is het legitiem dat de wetgever het voordeel van de aftrek van de vroegere beroepsverliezen weigert aan vennootschappen die geen daadwerkelijke economische activiteit uitoefenen en kunstmatig in leven zouden worden gehouden opdat uit een fiscale gunstmaatregel voordeel kan worden gehaald. Het Hof dient evenwel te onderzoeken of de maatregel die de wetgever heeft genomen, objectief en in redelijkheid kan worden verantwoord ten aanzien van die doelstelling. Het Hof moet met name onderzoeken of de criteria om te bepalen of een vennootschap een «slapende» vennootschap is, objectief en relevant zijn.

B.7.2. De bestreden bepaling wendt in dat verband een objectief cijfercriterium aan dat verkregen wordt door het gemiddelde van de omzet en de financiële opbrengsten die in de loop van de boekjaren gekoppeld aan de drie vorige belastbare tijdperken werden geboekt, in verhouding te plaatsen tot het gemiddelde totale bedrag van de activa dat vermeld is in de jaarrekeningen van die boekjaren. Indien de teller 5 pct. bedraagt van de noemer, is de aftrek van de vorige verliezen toegestaan. In het tegenovergestelde geval is hij verboden.

B.7.3. Weliswaar beoogt de fiscale wet tegelijk belastingplichtigen met verschillende inkomensposities en vermogenstoestanden en kan zij die diversiteit aan toestanden opvangen door gebruik te maken van algemene categorieën, maar zij vermag daarbij niet, om de misbruiken van sommige vennootschappen te voorkomen, andere vennootschappen te treffen waartegen een dergelijk verwijt niet kan worden gericht. Nu kunnen met het criterium dat de wetgever

te dezen heeft aangewend, wellicht sommige van de vennootschappen worden getroffen die «slapend» zijn, doch de betwiste bepaling treft eveneens vennootschappen die in ontwikkeling zijn of die om redenen eigen aan hun activiteitssector over omvangrijke activa beschikken zonder de door die bepaling beoogde omzet te kunnen verwezenlijken. De wetgever heeft weliswaar rekening gehouden met een zekere evolutie in de tijd, aangezien hij zich op resultaten baseert die aan de drie vorige belastbare tijdperken gekoppeld zijn. Maar die correctie volstaat niet voor de vennootschappen die, met toepassing van een louter mathematisch criterium, ten onrechte als «slapende» vennootschappen worden beschouwd.

B.7.4. Het onderscheid dat uit de bekritiseerde bepaling voortvloeit is niet in redelijkheid verantwoord nu het steunt op een criterium dat niet relevant is. Het strekt ertoe vennootschappen die, ten aanzien van de beschouwde maatregel, zich in verschillende situaties bevinden, op identieke wijze te behandelen.

Het middel is gegrond.

Om die redenen,
het Hof

vernietigt de artikelen 4, 2°, en 10, derde lid, van de wet van 4 april 1995 houdende fiscale en financiële bepalingen.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 6 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Echement

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Casnot

Opschorting, uitstel en probatie – Motivering

Krachtens art. 3 van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, moet de beslissing waarbij de opschorting wordt gelast of geweigerd, met redenen omkleed zijn overeenkomstig artikel 195 Sv.

B. t/ H.

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 3 van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, de beslissing waarbij de opschorting gelast of geweigerd wordt, met redenen moet omkleed zijn overeenkomstig artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering;

Overwegende dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 16 februari 1995 blijkt dat eiser subsidiair om de gewone opschorting van de uitspraak van de veroordeling heeft verzocht;

Overwegende dat het hof van beroep nergens in de redengeving aangeeft op welke gronden het die maatregel weigert;

Dat het middel gegrond is;

NOOT – *Nogmaals over de motivering van de beslissing nopens de opschorting en het uitstel*

1. Bovenstaand arrest vernietigt een beslissing van het Hof van Beroep te Brussel op grond van de bijzondere motiveringsverplichting waaraan de strafrechter, sinds de inwerkingtreding van de wetwijziging van 10 februari 1994, krachtens de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie dient te voldoen. Bij toepassing van de artikelen 3 en 8 van de wet van 29 juni 1964 dient de beslissing waarbij de opschorting of het uitstel wordt toegestaan of geweigerd, inderdaad met redenen omkleed te zijn overeenkomstig de bepalingen van artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering (cf. hieromtrent de eerdere bespreking n.a.v. het cassatie-arrest van 17 mei 1995, *R.W.*, 1996-97, 1057).

2. In het onderhavige geval had het Hof van Beroep te Brussel, bij arrest van 24 april 1995, eiser in cassatie veroordeeld tot een gevangenisstraf met uitstel en een effectieve geldboete. Hoewel eiser in subsidiaire orde de appelrechters had verzocht om hem de gunst van de opschorting toe te staan, had het hof van beroep hem dit zonder nadere motivering geweigerd, met onvermijdelijk de vernietiging van de bestreden beslissing tot gevolg.

3. Het valt op dat het Hof van Cassatie erop wijst dat eiser expliciet een verzoek tot het gelasten van de opschorting tot de appelrechters had gericht. Hierbij rijst de vraag of de toestand vanuit het oogpunt van de bijzondere motiveringsverplichting anders zou zijn geweest, wanneer eiser dienaangaande geen uitdrukkelijk verzoek tot de rechter had gericht.

4. In elk geval dient de beklaagde zijn toestemming te geven voor het gelasten van de *opschorting* (art. 3 van de wet van 29 juni 1964; Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, 1990, 515, nrs. 949-951; Hennau, C. en Verhaegen, J., *Droit pénal général*, 1995 (2de ed.), 428-429, nr. 520 *in fine*); wanneer hij met geen woord rept over een eventuele opschorting, is hij er zelf mede verantwoordelijk voor dat een essentiële voorwaarde voor het opleggen van de opschorting, nl. zijn instemming ermee, niet blijkt, zodat de strafrechter er dan niet toe gehouden is te motiveren waarom de gunst van de opschorting niet wordt toegestaan.

5. M.b.t. het *uitstel* is de toestand enigszins anders. Wanneer de beklaagde de rechter niet verzoekt om in voorkomend geval het *uitstel* van de tenuitvoerlegging van de straf te gelasten, staat het de strafrechter vrij om dit uitstel tóch op te leggen: de wet laat hem daartoe m.a.w. de «vrije beoordeling» over. Kan dan worden beweerd dat de strafrechter die geen uitstel toestaat hoewel per hypothese wel aan de toepassingsvoorwaarden ervan is voldaan, dit uitstel «weigert» in de zin van artikel 8 van de wet van 29 juni 1964, zodat hij dient te motiveren waarom hij een *effectieve* straf oplegt? Ietwat voortvarend suggereerden we eerder van wel (cf. de noot onder Cass., 17 mei 1995, *R.W.*, 1996-97, 1058, nr. 8 *in fine*): wanneer uit de gegevens van het dossier blijkt dat aan de wettelijke vereisten voor het uitstel is voldaan, neemt de strafrechter die een effectieve straf oplegt, noodzakelijk een negatieve beslissing nopens het uitstel. Zou men dan kunnen aannemen dat hij het uitstel «geweigerd» heeft?

De wetgever had duidelijker kunnen zijn: hoewel in artikel 8 van de wet van 29 juni 1964 enerzijds niet met zoveel woorden wordt bepaald dat de rechter zijn beslissing waar-

bij hij het uitstel toestaat «of niet toestaat» met redenen moet omkleeden, wordt anderzijds evenmin voorgeschreven dat de rechter dient te motiveren waarom hij het uitstel toestaat «of waarom hij weigert *in te gaan op een verzoek* van de beklaagde» in dit verband (vgl. evenwel met de samenvatting onder punt 1° boven het geannoteerde arrest in *A.C.*, 1995, nr. 530). Er wordt letterlijk voorgeschreven dat de rechter moet motiveren waarom hij het uitstel toestaat «of weigert». Vanuit praktisch oogpunt kan men zich afvragen of het niet de bedoeling is dat de rechter een negatieve beslissing in dit verband slechts hoeft te motiveren wanneer dienaangaande een uitdrukkelijk verzoek van de beklaagde voorligt.

6. Hierbij moet worden aangetekend dat de politierechtbanken in de artikelen 3 en 8 van de wet van 29 juni 1964 niet met een afzonderlijke regeling werden bedacht, zodat de bijzondere motiveringsverplichting m.b.t. het uitstel en de opschorting ook op deze rechtbanken van toepassing is. De omstandigheid dat de bijzondere motivering bij toepassing van de aangehaalde artikelen 3 en 8 dient te geschieden «overeenkomstig de bepalingen van artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering» (vgl. met de Nederlandse vertaling in het geannoteerde arrest), zou in dit verband wel eens verwarring kunnen stichten, nu artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering de politierechtbanken slechts verplicht een in voorkomend geval opgelegd verval van het recht tot sturen te motiveren. Met «de bepalingen van artikel 195» bedoelt de wetgever in de wet van 29 juni 1964 o.i. evenwel slechts het tweede lid van dit artikel, zodat de bijzondere motiveringsverplichting m.b.t. het uitstel en de opschorting onverkort op de politierechtbanken van toepassing is (cf. overigens de verwijzing naar de nieuwe wetbepalingen in voetnoot (2) onder Cass., 3 januari 1995, *A.C.*, 1995, (nr. 2), p. 4, waarin uitspraak werd gedaan over een vonnis van de correctionele rechtbank, zitting houdende in hoger beroep).

7. Tot slot kan men zich afvragen of de appelrechters de opgelegde straf niet met redenen hadden omkleed, zoals vereist door artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering. Wanneer deze motivering de opgelegde straf regelmatig verantwoordt, lijkt het niet uitgesloten dat impliciet maar zeker ook werd gemotiveerd waarom geen opschorting werd toegestaan (cf. de noot onder Cass., 17 mei 1995, *R.W.*, 1996-97, 1059, nrs. 10-12). In het bovenstaande arrest werden de overwegingen m.b.t. de motivering van de straf evenwel niet opgenomen.

Steven Van Overbeke

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 4 NOVEMBER 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Simont

1. Wetten, decreten en besluiten – Interpretatieve wet – Beslechting rechtspunt – Taak van de rechter – Europese Gemeenschappen – Richtlijn – 2. Pensioen werknemers – Mannen en vrouwen – Ongelijke berekeningswijze – Pensioenleeftijd – Richtlijn 79/7/EEG – Strijdigheid – Prejudiciële vraag

1. De wet van 19 juni 1996 tot interpretatie van de wet van 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers bindt als uitleggingswet de rechter in alle zaken waarin het rechtspunt niet definitief beslecht is, maar vermag geen afbreuk te doen aan de bepalingen van een hiërarchisch hogere EEG-Richtlijn, waarover het Hof van Cassatie in casu een prejudiciële vraag dient te stellen.

2. Aan het Hof van Justitie moet een prejudiciële vraag worden gesteld teneinde na te gaan of het Belgisch wettelijk pensioenstelsel voor werknemers na de uitleggingswet van 19 juni 1996 verenigbaar is met het beginsel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid en met de uitzonderingsregel inzake een naar het geslacht verschillende pensioenleeftijd als bepaald door de Richtlijn 79/7/EEG betreffende de gelijke behandeling in de sociale zekerheid.

D. / Rijksdienst voor Pensioenen

Gelet op het bestreden arrest, op 8 september 1995 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Overwegende dat, krachtens artikel 4 van de richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen inhoudt dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht uitgesloten is, in het bijzonder met betrekking tot de werkingsfeer van de regelingen en de berekening van de prestaties; dat dit artikel, zoals het uitgelegd is door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in een arrest van 1 juli 1993, elke vorm van discriminatie op grond van geslacht met betrekking tot de berekening van de prestaties, waaronder de prestaties wegens ouderdom, verbiedt;

Dat, zoals door het Hof van Justitie reeds is geoordeeld in het arrest van 4 december 1986, particulieren zich sedert 23 december 1984 op artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG voor de nationale rechter kunnen beroepen om de toepassing van elke met dat artikel strijdige nationale bepaling te beletten;

Overwegende dat, krachtens artikel 7, lid 1, van de genoemde richtlijn, «deze richtlijn geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de Lid-Statens om van haar werkingsfeer uit te sluiten: a) de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties (...);»;

Dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het arrest van 7 juli 1992 gezegd heeft dat dit laatste artikel aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen de vaststelling van een naar geslacht verschillende wettelijke pensioengerechtigde leeftijd voor de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen, noch tegen bepaalde accessoire discriminaties die noodzakelijkerwijs met dat verschil verband houden;

Dat het doel van die uitzonderingsbepaling, zoals door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen omschreven in het voornoemd arrest, hierin bestaat dat het financieel evenwicht van de socialezekerheidsstelsels niet overmatig mag worden verstoord, inzonderheid als er een band

bestaat tussen de pensioengerechtigde leeftijd en de duur van de bijdragen tot het pensioenstelsel;

Dat de richtlijn zelf aldus ertoe strekt geleidelijk de gelijkheid tot stand te brengen in het bijzonder in het pensioenstelsel, waarbij, uit het oogpunt van de Europese wetgever, de nationale wetgever de bestaande ongelijkheid in elk geval niet mag vergroten;

Overwegende dat, krachtens artikel 2, § 1, van de wet van 20 juli 1990, het rustpensioen ingaat op de eerste dag van de maand volgend op die tijdens welke de belanghebbende het aanvraagt en op zijn vroegst de eerste dag van de maand die volgt op de maand waarin hij de leeftijd van 60 jaar bereikt;

Dat, hangende het geding voor het Hof, de wet van 19 juni 1996 tot interpretatie van de wet van 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn, tot stand is gekomen; dat artikel 2 van die wet luidt: «Voor de toepassing van de artikelen 2, §§ 1, 2, 3, en 3, §§ 1, 2, 3, 5, 6, 7, van de wet van 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn wordt onder het woord 'rustpensioen' verstaan het vervangingsinkomen dat toegekend wordt aan de gerechtigde die wordt geacht door ouderdom arbeidsongeschikt te zijn geworden, welke toestand voor de mannelijke gerechtigden wordt geacht te ontstaan op de leeftijd van 65 jaar en voor de vrouwelijke gerechtigden op de leeftijd van 60 jaar»;

Overwegende dat de voornoemde wet van 19 juni 1996 een rechtsvraag oplost, waarvan het antwoord onzeker of betwist was, en door de rechter kon worden gevonden;

Dat die wet derhalve een uitleggingswet is;

Overwegende dat, krachtens artikel 7 van het Gerechtelijk Wetboek, de rechters gehouden zijn zich naar de uitleggingswetten te gedragen in alle zaken waarin het rechtspunt niet definitief beslecht is op het tijdstip waarop die wetten bindend worden; dat de wet van 19 juni 1996 in het Belgisch Staatsblad is verschenen op 20 juli 1996 en bindend is geworden op 30 juli 1996;

Dat de federale wetgever evenwel door middel van een uitleggingswet in rechte afdwingbare normen die een hogere hiërarchische waarde hebben dan de wet, niet ter zijde kan stellen en artikel 2 van de wet van 20 juli 1990, als uitgelegd door de wetgever, moet worden getoetst aan de richtlijn 79/7/EEG;

Overwegende dat uit de uitleggingswet van 19 juni 1996 volgt dat het Belgisch wettelijk pensioenstelsel voor werknemers op de volgende beginselen berust: a. onder het begrip «rustpensioen» wordt verstaan het vervangingsinkomen dat toegekend wordt aan de gerechtigde die wordt geacht door ouderdom arbeidsongeschikt te zijn geworden; mannen die 65 jaar oud zijn en vrouwen die 60 jaar oud zijn, zijn in verband met hun recht op een rustpensioen, geacht door ouderdom arbeidsongeschikt te zijn vanaf die leeftijd (wet van 20 juli 1990 en wet van 19 juni 1996); b. zowel mannen als vrouwen zijn gerechtigd vanaf de eerste dag van de maand die volgt op de maand waarin zij de leeftijd van 60 jaar bereiken een rustpensioen aan te vragen (art. 2, § 1, wet van 20 juli 1990); c. het rustpensioen wordt berekend op grond van het aantal loopbaanjaren; een volledig pensioen wordt toegekend aan mannen die een loopbaan hebben van 45 jaar (effectief gewerkt of gelijkgesteld) en aan vrouwen die een

loopbaan hebben van 40 jaar (effectief gewerkt of gelijkgesteld); bij onvolledige loopbanen wordt slechts een hiermede overeenstemmend deel van het volledig pensioen toegekend (art. 3, § 1, wet 20 juli 1990); d. de werknemers die werkloos zijn of arbeidsongeschikt wegens ziekte en die een vervangingsinkomen willen blijven genieten in een stelsel van sociale zekerheid, hebben alleen de mogelijkheid hun pensioen aan te vragen als zij 65 jaar, respectievelijk 60 jaar oud zijn, naargelang het een man of een vrouw betreft (art. 64 Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991; art. 108, 1°, van de op 14 juli 1994 gecoördineerde Wet Geneeskundige Verzorging en Uitkering; art. 9, § 4, koninklijk besluit 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers); e. het stelsel omschreven sub b geldt niet voor conventioneel bruggepensioneerden: voor mannelijke bruggepensioneerden treedt het rustpensioen in op zijn vroegst de eerste dag van de maand volgend op die waarin zij de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt (art. 2, § 2, 1°, wet 20 juli 1990);

Dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever in 1990 de bedoeling heeft gehad zowel de ongelijkheid van behandeling tussen man en vrouw te verminderen als een maatregel te nemen die de werkgelegenheid kan bevorderen;

Overwegende dat dit stelsel ten minste voor een deel een onderscheid handhaaft dat in de regel, volgens artikel 4 van de genoemde richtlijn, moet worden verwijderd;

Dat de vraag evenwel rijst of het stelsel bewaard kan blijven op grond van de uitzonderingsbepaling van artikel 7 van de richtlijn;

Dat die vraag slechts kan worden opgelost door een uitlegging van dit artikel, en inzonderheid van het begrip «pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen», (in het Frans: «La fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite»; in het Engels: «The determination of pensionable age for the purposes of granting old age and retirement pensions») waarvoor het Hof van Justitie bevoegd is; dat het Hof op grond van artikel 177, lid 3, van het EG-verdrag in de regel een prejudiciële vraag moet stellen aan het Hof van Justitie;

...

om die redenen,

...

Houdt iedere nadere uitspraak aan tot het Hof van Justitie over de hierna volgende vragen uitspraak zal hebben gedaan:

1. Moet artikel 7 van de richtlijn van de Raad 79/7/EEG van 19 december 1978 aldus worden uitgelegd dat, krachtens dit artikel, de Lid-Staten bevoegd blijven om de vermoede leeftijd waarop mannen respectievelijk vrouwen geacht worden in verband met de aanspraak van werknemers op een rustpensioen door ouderdom arbeidsongeschikt te zijn, gedifferentieerd vast te stellen naar gelang van het geslacht en hierbij aansluitend ook een gedifferentieerde berekening te maken van de pensioenen, zoals in dit arrest omschreven?

2. Moet dit artikel aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat mannen en vrouwen, die geacht worden respectievelijk op 65 en 60 jaar door ouderdom arbeidsongeschikt te zijn en ook vanaf die leeftijden hun rechten op sociale zekerheidsuitkeringen verliezen, zoals voor werk-

loosheid, een onvoorwaardelijk recht op pensioenen kunnen doen gelden vanaf hun zestig jaar, waarbij het bedrag van hun pensioen anders wordt berekend naargelang het een man of een vrouw betreft?

3. Moet inzonderheid het begrip «pensioengerechtigde leeftijd» (in het Frans: «l'âge de la retraite»; in het Engels: «pensionable age») gebruikt in artikel 7 van de richtlijn van de Raad 79/7/EEG van 19 december 1978 aldus worden begrepen dat het slaat op de leeftijd waarop een rustpensioen kan worden toegekend, dan wel op de leeftijd waarop een werknemer geacht wordt, volgens de nationale maatstaven, door ouderdom arbeidsongeschikt te zijn, en een vervangingsinkomen geniet dat andere uitkeringen van sociale zekerheid die als vervangingsinkomen worden omschreven, uitsluit?

Kan dit begrip aldus worden uitgelegd dat het de twee hiervoren gegeven definities kan omvatten?

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 NOVEMBER 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Bützler

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Verkiezing personeelsafgevaardigden – Geschillen – Vonnis – Vatbaarheid voor hoger beroep – Werkgever – Verplichtingen tot informatie en raadpleging voorafgaand aan verkiezing – Vonnis – Beroepbaarheid

De regel bepaald in art. 78, 6°, K.B. 12 augustus 1994, volgens welke vonnissen betreffende bepaalde geschillen naar aanleiding van de verkiezing van de personeelsafgevaardigden voor de ondernemingsraad en het veiligheidscomité niet vatbaar zijn voor hoger beroep, vindt geen toepassing op de geschillen die rijzen omtrent aan de verkiezingsprocedure voorafgaande verplichting van de werkgever tot informatie en raadpleging, bepaald bij de artt. 6 en 7 K.B. 12 augustus 1994.

Gewestelijk Verbond van Christelijke Vakverenigingen t/
B.V.B.A. B.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 oktober 1995 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat, naar luid van artikel 616 van het Gerichtlich Wetboek, tegen ieder vonnis hoger beroep kan worden ingesteld, tenzij de wet anders bepaalt;

Overwegende dat, krachtens de artikelen 24, § 2, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven en 1, § 4, i, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, de Koning in bijzondere regelen van rechtspleging kan voorzien, voor de geschillen in verband met de toepassing van de wetgeving betreffende de ondernemingsraden en de veiligheidscomités;

Dat, ter uitvoering van die bepalingen, artikel 78, 6°, van het koninklijk besluit van 12 augustus 1994 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, bepaalt dat alleen de vonnissen in het kader van geschillen bedoeld bij de artikelen 9, 29 en 37 van dat besluit niet vatbaar zijn voor hoger beroep of verzet;

Dat de geschillen, bedoeld in de evengenoemde artikelen, hetzij beslissingen betreffen die genomen zijn na het verrichten van bepaalde handelingen die aan de procedure met het oog op de verkiezing van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad of het veiligheidscomité voorafgaan, hetzij beslissingen of handelingen betreffen die met de verkiezingsprocedure zelf verband houden; dat daaruit volgt dat artikel 78, 6°, geen toepassing vindt, met name op geschillen die rijzen over het feit dat de werkgever de aan de verkiezingsprocedure voorafgaande handelingen, omschreven in de artikelen 6 en 7 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1994, niet heeft verricht;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser voor de arbeidsrechtbank vorderde dat aan verweerster zou worden bevolen over te gaan tot het verrichten van alle door het koninklijk besluit van 12 augustus 1994 opgelegde handelingen, met het oog op de verkiezing van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad en het veiligheidscomité;

Dat het arrest oordeelt dat, nu eisers vordering «eveneens en in de eerste plaats» ertoe strekte te horen zeggen voor recht dat verweerster één juridische en technische entiteit vormt die gewoonlijk en gemiddeld ten minste honderd werknemers tewerkstelt, die vordering onder de toepassing valt van artikel 78, 6°, van het koninklijk besluit van 12 augustus 1994;

Dat het arrest, door op die grond, die een voorwaarde betreft waaronder het instellen van overlegorganen en derhalve het houden van verkiezingen verplicht wordt gesteld, te beslissen dat het vonnis van de arbeidsrechtbank dat uitspraak doet over eisers vordering, overeenkomstig artikel 78, 6°, niet vatbaar is voor hoger beroep, en mitsdien het hoger beroep van eiser niet ontvankelijk te verklaren, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 NOVEMBER 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid – Recht op uitkering – Staking – Toekenning – R.V.A. – Beheerscomité – Toestemming – Voorwaarde – Criteria

Art. 73 Werkloosheidsbesluit 1991 verleent het beheerscomité van de R.V.A. de beoordelingsbevoegdheid om, met betrekking tot een bijzondere situatie, niet alleen in het raam van de artt. 7 Wetsbesluit 1944 en 44 Werkloosheidsbesluit feitelijk vast

te stellen of de betrokken werknemer aan de staking heeft deelgenomen ofwel ten gevolge van de staking werkloos was wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, maar ook om in het laatste geval te beoordelen of een toelating om een uitkering te genieten dient te worden verleend.

Daarbij moet inzonderheid rekening worden gehouden met het feit of de werknemer niet behoort tot de arbeidseenheid waarin zich stakende werknemers bevinden, en of hij geen belang heeft bij de inwilliging van de eisen van de stakers (art. 73, derde lid, Werkloosheidsbesluit).

R.V. A. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 december 1995 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat artikel 7, § 1, eerste lid, i, van de besluitwet van 28 december 1994 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders aan de onvrijwillige werklozen een subjectief recht op uitkeringen verleent, onder de door de Koning te bepalen voorwaarden;

Overwegende dat artikel 44 van het koninklijk besluit van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, genomen ter uitvoering van voormeld artikel 7, bepaalt dat, om uitkeringen te genieten, de werkloze zonder arbeid en zonder loon moet zijn wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil;

Overwegende dat evenwel, krachtens de bijzondere regeling van artikel 73, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 november 1991, de voorwaarden waaronder uitkeringen worden toegekend aan werknemers die aan een staking deelnemen, door de Koning worden bepaald, na advies van het beheerscomité; dat, krachtens artikel 73, tweede lid, de werknemers wier werkloosheid het rechtstreekse of onrechtstreekse gevolg is van een staking slechts uitkeringen kunnen genieten met toelating van het beheerscomité;

Overwegende dat voormeld artikel 73 een bepaling is die aan het beheerscomité de beoordelingsbevoegdheid verleent om, met betrekking tot een bijzondere situatie, niet alleen in het raam van de voormelde artikelen 7 van de besluitwet van 28 december 1944 en 44 van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991 feitelijk vast te stellen of de betrokken werknemer aan de staking heeft deelgenomen ofwel ingevolge de staking werkloos was wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, maar ook om in het laatste geval te oordelen of een toelating tot het genieten van een uitkering dient te worden verleend, waarbij overeenkomstig artikel 73, derde lid, inzonderheid rekening moet worden gehouden met het feit of de werknemer niet behoort tot de arbeidseenheid waarin zich stakende werknemers bevinden en of hij geen belang heeft bij de inwilliging van de eisen van de stakers;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerster op 26 november 1993 niet deelnam aan de staking maar dat haar werkloosheid het rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg was van een staking; dat het arrest beslist dat verweerster gerechtigd is op werkloosheidsuitkeringen op de enkele grond dat zij door omstandigheden onafhankelijk van haar wil werkloos was; dat het arrest aldus geen rekening houdt met de bepalingen van artikel 73, tweede en derde lid, van het Werkloosheidsbesluit 1991, mitsdien deze bepalingen schendt;

...

NOOT – In artikel 129 K.B. 20 december 1963 werd het recht op uitkeringen van werknemers wier werkloosheid (on)rechtstreeks het gevolg was van een werkstaking gekoppeld aan de toestemming van het beheerscomité van de R.V.A. Dit beheerscomité interpreteerde het artikel in die zin dat de uitkeringen konden worden geweigerd aan al wie een objectief belang had bij de staking (zie o.a. D. Simoens, «Gevolgen van de staking en lock-out voor het sociale zekerheidsrecht», in *Werkstaking, lock-out en arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht*, C. Engels (red.), RSR nr. 34, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988, 120-121). Het Hof van Cassatie daarentegen was van mening dat het beheerscomité moest nagaan welke werknemers als dan niet onvrijwillig werkloos waren (zie Cass., 18 mei 1981, *A.C.*, 1980-81, 1077, *Pas.*, I, 1981, 565, *R.W.*, 1981-82, 1117, met noot J. Van Langendonck, *T.S.R.*, 1981, 404; Cass., 22 juni 1981, *A.C.*, 1980-81, 1228, *Pas.*, I, 1981, 1076).

Ook in artikel 73 van het nieuwe Werkloosheidsbesluit (K.B. 25 november 1991) wordt bepaald dat uitkeringen slechts worden verleend met toelating van het beheerscomité. Er wordt nu echter uitdrukkelijk bepaald dat dit orgaan bij zijn oordeelsvorming rekening moet houden met het feit of de werknemers al dan niet behoren tot de arbeidseenheid waarin zich stakende werknemers bevinden en of zij geen belang hebben bij de inwilliging van de eisen van de stakers (artikel 73, derde lid, Werkloosheidsbesluit). Het feit dat de werknemer werkloos is door omstandigheden onafhankelijk van zijn wil is m.a.w. niet langer relevant.

Het belang van het tweede en derde lid van het artikel 73 Werkloosheidsbesluit is niet zo meteen duidelijk voor werkwillige werknemers in wier bedrijf wordt gestaakt. De kans dat het beheerscomité de uitkering zal toekennen is zeer gering. Werknemers zullen immers slechts zeer uitzonderlijk geen belang hebben bij een staking. Een verbetering van de arbeidsvoorwaarden, een loonsverhoging, enz., raakt in de regel elk personeelslid dat een uitvoerende functie heeft. Daarnaast is het beheerscomité een paritair samengesteld orgaan waarin ook de werknemersorganisaties zitting hebben. Deze koesteren waarschijnlijk weinig sympathie voor werkwilligen, zodat een toestemming veeleer hypothetisch is.

Wat is dan het belang van de regeling? D.m.v. de procedure hebben de representatieve werknemersorganisaties een stok achter de deur om wilde stakingen, georganiseerd door dissidente splintergroepen, te breken. Indien de werkwilligen een uitkering krijgen, is de kans op slagen van een actie immers gering. Een dergelijk mechanisme bestendigt dus de macht van de bestaande werknemersorganisaties. Het is de vraag of dit niet in strijd is met de wijze waarop de Internationale Arbeidsorganisatie de vakbondsvrijheid ziet (zie, m.b.t. favoritisme van de overheid t.o.v. representatieve werknemersorganisaties, o.a. *La liberté syndicale*, Genève, B.I.T., 1988, 41-42; *Liberté syndicale et négociation collective*, Genève, B.I.T., 1994, 48-49).

P.H.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 17 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Muls

Omkoping – Rechter

In art. 252 Sw. zijn onder «een ambtenaar, een openbaar officier, een met een openbare dienst belast persoon» de rechters van de rechterlijke orde begrepen.

Van der W.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 december 1996 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbesluidigstelling;

...

Over het eerste middel:

Overwegende dat artikel 252 Strafwetboek onder «een ambtenaar, een openbaar officier, een met een openbare dienst belast persoon» de rechters van de rechterlijke orde begrijpt;

Dat artikel 139, § 4, van de wijzigingsbepalingen van artikel 3 van de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek, niet, zoals eiser stelt, aan de opsomming van personen vermeld in artikel 252 Strafwetboek het woord «rechter-assessor» heeft toegevoegd, maar slechts het woord «werkrechter» – dat ingevolge de afschaffing van de werkrechtshraden en de instelling van de arbeidsgerechten niet meer correct was – heeft vervangen door het woord «rechter-assessor»;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – *Over de omkoping van rechters*

1. De openbare officier of ambtenaar en ieder met een openbare dienst belast persoon die zich laat omkopen riskeert, luidens de artikelen 246 en 247 Sw., een correctionele gevangenisstraf van acht dagen tot zelfs drie jaar, naar gelang van de aard der gewraakte handelingen. Rechters, rechters-assessoren en scheidsrechters die zich laten omkopen worden overeenkomstig de artikelen 249 en 251 Sw. respectievelijk bedreigd met criminele straf of met een gevangenisstraf van een tot vijf jaar.

2. Wie «een ambtenaar, een openbaar officier, een met een openbare dienst belast persoon, een gezworene, een scheidsrechter of een rechter-assessor» omkoopt wordt krachtens artikel 252 Sw. gestraft met dezelfde straf als de «ambtenaar, officier, gezworene, scheidsrechter of rechter-assessor» die zich liet omkopen.

3. Het hoeft geen betoog dat de redactie van artikel 252 Sw. enigszins te wensen overlaat: niet alleen wordt er geen gewag gemaakt van de rechters, maar bovendien wordt bij de strafbepaling zelfs «de met een openbare dienst belast persoon» uit het oog verloren. Nu, in afwijking van de artikelen 249 en 251 Sw., de «rechters» niet meer uitdrukkelijk werden gevisieerd in artikel 252 Sw., was de verdachte van mening dat de omkoping van magistraten niet onder de toe-

passing van deze strafbepaling kon vallen.

4. Terecht besliste het Hof van Cassatie dat onder «een ambtenaar, een openbaar officier, een met een openbare dienst belast persoon» artikel 252 Sw. ook de rechters van de rechterlijke orde begrijpt.

Deze opvatting vindt niet alleen steun bij de rechtsleer (R.P.D.B., v° *Forfaiture*, nr. 129; M. Rigaux en P.E. Trousse, *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, 311; A. Marchal en J.P. Jaspas, *Droit criminel*, 3e ed., I, p. 334, nr. 1108), maar de wetgever heeft in de parlementaire voorbereiding uitdrukkelijk bepaald dat het zijn bedoeling was onder de term «ieder met een openbare dienst belast persoon» ook personen te doen vallen die niet onder de categorie «ambtenaren» konden worden ondergebracht (J.J. Nypels, *Législation criminelle de la Belgique*, II, pp. 367 en 369).

5. Ook in de artikelen 177 en 178 van het Franse Strafwetboek werden de magistraten beschouwd als «personen belast met een openbare dienst» en deze interpretatie werd zowel door de rechtspraak (Cass.fr., 27 augustus 1896, *Bull.crim.*, nr. 277; Cass.fr., 28 januari 1897, *D.*, 1897, I, 240; Cass. fr., 13 januari 1916, *D.*, 1921, I, 63) als door de rechtsleer (G. Le Poittevin, *Dictionnaire-formulaire des parquets*, 8e ed., v° «Corruption et trafic d'influence», nr. 5; E. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 177-178, nrs. 34-35; J. Vassogne en C. Bernard, *Corruption*, nr. 16 in *Encycl.Dalloz*; R. Merle en A. Vitu, *Droit pénal spécial*, I, p. 289) aanvaard.

6. Beweren dat de omkoping van rechters niet onder de toepassing van de strafbepaling valt omdat ze niet nominatim worden vermeld in artikel 252 Sw. is uiteraard een absurditeit die de wetgever niet kan worden aangewreven.

Beaucoup de gens ont l'oreille juste, mais chantent faux...

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE GENT

6e KAMER – 21 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Decorte

Raadsheren: de hh. Beaucourt en Van Damme

Openbaar ministerie: de h. Cool

Advocaten: mrs. Van Eeckhaut, Delaperre loco Delagrangé, Bouten, Soete, Storme, Decock, Moeykens, De Wispelaere, Blomme, Moentjens en Brondel

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Scoutsleiders – Dropping voor 17-jarigen die zich voorbereiden op leiderschap – Verkeersongeval – Gebrek in organisatie – Veiligheid van deelnemers – Inspanningsverbintenis – Toezicht – Niet nemen van ongewone of ongebruikelijke voorzorgsmaatregelen

Wanneer scoutsleiders voor zeventienjarige scouts die zich voorbereiden op het leiderschap een dropping organiseren die in het verleden reeds viermaal werd gelopen, zonder dat toen opmerkingen werden geformuleerd omtrent mogelijke tekorten, gebreken of gevaren van de tocht, kan aan die scoutsleiders geen gebrek in de organisatie worden verweten.

De verplichting van scoutsleiders om te zorgen voor de veiligheid van de deelnemers aan een dropping, is een inspanningsverbintenis.

Zeventienjarige scouts die zich voorbereiden op het leiderschap in de scoutsbeweging hebben reeds een voldoende verantwoordelijkheidsbesef om te weten wat zij bij een dropping dienen te doen om hun eigen veiligheid te waarborgen, mits zij de veiligheidsvoorschriften naleven die hun ter kennis zijn gebracht. In die omstandigheden kan van de scoutsleiding niet worden geëist dat zij permanent toeziet in hoeverre die deelnemers aan de dropping de hun bekende veiligheidsvoorschriften naleven.

Het nalaten een ongewone en ongebruikelijke voorzorgsmaatregel te nemen, waarvan achteraf zou kunnen blijken dat deze het ontstaan van de schade had kunnen voorkomen, maakt geen fout uit die bestaat in een gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg.

D'H e.a. t/ F. e.a.

De beoordeling van de aansprakelijkheden voor het dramatisch verkeersongeval dat zich op 29 september 1991 omstreeks 00.50 uur te Zuienkerke voordeed spitst zich toe, gezien het voorwerp van de telastleggingen ten aanzien van de respectieve beklaagden, allereerst op de vraag in hoeverre zij een fout hebben begaan die een gebrek aan voorzichtigheid of aan voorzorg aantoonde, in oorzakelijk verband met de dood, de slagen en verwondingen van de slachtoffers van ditzelfde verkeersongeval: vervolgens op de vraag in hoeverre de beklaagden de voorzichtigheids- en voorzorgsmaatregelen hebben genomen die, onder dezelfde feitelijke omstandigheden, van een normaal voorzichtig en redelijk mens te verwachten waren. Hierbij moet rekening worden gehouden met het beginsel dat men een beklagde niet kan verwijten niet deze gedraging te hebben gehad of die maatregel te hebben genomen, waarvan achteraf en bij het tot stand komen van de schade zou zijn gebleken dat deze het meest opportuun was ter voorkoming van diezelfde schade.

Het nalaten een ongewoon en ongebruikelijke voorzorgsmaatregel te nemen, waarvan achteraf zou kunnen blijken dat deze het ontstaan van de schade had kunnen voorkomen, maakt geen fout uit.

...

1. De telastleggingen A1° en A2° en B ten aanzien van de derde tot en met de zevende beklagde, komen naar het oordeel van het Hof niet bewezen voor.

2. Het tegenovergesteld besluit van de eerste rechter, gezien de beweegredenen eraan ten grondslag, hield niet in het minst rekening met de navolgende feitelijke gegevens.

Het ongevalsgebeuren van 29 september 1991 te Zuienkerke, is niet vreemd aan de dropping die georganiseerd werd door de «jinwerking» van de scoutsbeweging, waaromtrent niet betwist wordt dat diezelfde «jinwerking» staat voor scoutsleden die de groep, en de daarbij behorende begeleiding, van verkenners en gidsen hebben doorlopen om zichzelf op het «leidinggeven» voor te bereiden; hetgeen in de praktijk hierop neerkomt dat het 17-jarige jongelingen betreft.

Voormeld gegeven stemt overeen met de feitelijke vaststelling dat de slachtoffers van het verkeersongeval (...) inderdaad 17 jaar oud waren op het ogenblik dat zij, in het kader van hun opleiding tot het leiderschap in de scoutsbeweging, aan de gewraakte dropping deelnamen.

3. Binnen het kader van de activiteiten die de scoutsbeweging ontplooit, is het organiseren van een dropping nor-

maal, gezien de basisprincipes van scouting, waarvan sprake in de conclusie van de derde tot en met de zevende beklagde, er perfect in gerealiseerd kunnen worden.

Waar het niet betwist is dat de op 29 september 1991 georganiseerde dropping reeds in het verleden viermaal werd gelopen, en het bewijs niet voorligt dat destijds opmerkingen werden geformuleerd omtrent mogelijke tekorten, gebreken of gevaren van de tocht, dan ligt ook omtrent de dropping van 29 september 1991 naar het oordeel van het Hof al evenmin het bewijs voor dat deze gebrekkig werd georganiseerd.

Het Hof deelt het standpunt van de eerste rechter niet waar hij oordeelde dat de verbintenis tot garantie van de veiligheid van de deelnemers, die rust op de jeugdleiders-vrijwilligers een resultaatsverbintenis inhoudt; in dezen gaat het ontegenzeggelijk om een inspanningsverbintenis.

4. Alle gegevens zoals vervat in het strafdossier wijzen naar het oordeel van het Hof in rechte voldoende uit dat de derde tot en met de zevende beklagde in hun hoedanigheid van scoutsleider diezelfde inspanningsverbintenis naar best vermogen hebben uitgevoerd.

De deelnemers werden grondig op de deelname van de dropping voorbereid: expliciet werd gewezen op de noodzakelijk te nemen en ook na te leven veiligheidsvoorschriften, en maatregelen. Voormeld besluit wordt in rechte voldoende ondersteund door de verklaringen van alle scoutsleiders, zijnde V. (...).

Zeer belangrijk omtrent al het voorgaande is ook de verklaring van het slachtoffer Maaïke D'H., waarin zij onomwonden bevestigde dat het voor zichzelf spreekt dat iedereen de veiligheidsvoorschriften moest kennen. Uit de oprechtheid van diezelfde verklaring moet ook afgeleid worden dat «iedereen» ook diezelfde veiligheidsvoorschriften moest naleven, en dit uiteindelijk ter vrijwaring van zijn eigen persoon.

Uit de voorliggende jog-infokrant moet al evenzeer besloten worden dat de scoutsleden die aan een dropping-weekend deelnemen bijzonder goed wisten wat zij daarvoor als uitrusting, nodig hadden; hetgeen andermaal uitwijst dat zij voldoende bekend waren met de noodzakelijke na te leven veiligheidsvoorschriften in dit verband.

5. Tevergeefs wordt de derde tot en met de zevende beklagde een gebrek aan toezicht tijdens diezelfde dropping verweten.

Het zij herhaald dat de deelnemers aan diezelfde dropping 17-jarige jongelingen waren; hetgeen dan ook inhoudt dat zijzelf reeds een voldoende verantwoordelijkheidsbesef ontwikkelen, in 't bijzonder dat zij zeker wisten wat zijzelf dienden te doen teneinde hun eigen veiligheid te waarborgen; en dit mits de veiligheidsvoorschriften nageleefd worden die hun ter kennis werden gebracht, en waarvan zij de noodzakelijkheid ontegenzeggelijk beseften.

M.a.w. van de scoutsleiding kon in de gekende omstandigheden niet geëist worden, gezien de leeftijd van de deelnemers aan de dropping, die zich uiteindelijk ook op het leiderschap aan het voorbereiden waren, dat zij permanent toezagen in hoeverre de deelnemers aan de dropping de hun bekende veiligheidsvoorschriften naleefden.

Het opleggen van een dergelijke toezichtsverplichting zou in de gekende omstandigheden moeilijk verzoenbaar zijn met het opvoedings- en opleidingspatroon verbonden aan de inrichting en de organisatie van een dropping, waarvan 17-

jarige scoutsleden in het vooruitzicht van een later waar te nemen leiderschap, en de dienomtrent gevolgde opleidingsmethoden, deelnemen.

M.a.w. de scoutsleiders, zijnde de derde tot en met de zevende beklagde, mochten het rechtmatig vertrouwen koesteren dat de deelnemers van diezelfde dropping, zijnde 17-jarige jongelingen, de hun zeker bekende veiligheidsvoorschriften zouden naleven, in het bijzonder met betrekking tot het dragen van reflecterende kleding, alsook met betrekking tot de naleving van de verkeersreglementering (art. 42 AVR).

Naar het oordeel van het Hof begingen de scoutsleiders, die de groep van vier verdwaalde deelnemers voor de plaats van het verkeersongeval hebben ontmoet – waaruit volgt dat zij uiteindelijk zelf geen uitsluitel kunnen brengen omtrent het gedrag van diezelfde deelnemers op de plaats van de aanrijding zelf –, geen fout door er hen op het ogenblik van diezelfde ontmoeting niet andermaal erop te hebben gewezen dat zij de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen, zoals hierboven omschreven, dienden na te leven. Het hoeft geen verder betoog dat, indien diezelfde verdwaalde scoutsleden deel zouden hebben uitgemaakt van een «groep welpen» zoals in scoutstermen verstaan, de naleving van de toezichtsverplichting door diezelfde scoutsleiders aan striktere criteria zou zijn onderworpen.

Om alle redenen hierboven uiteengezet kan er naar het oordeel van het Hof aan de derde tot en met de zevende beklagde geen gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg worden verweten, van voldoende aard om de telastleggingen sub A1°, A2° en B bewezen te verklaren.

...

NOOT – *De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdleiders voor organisatie- en toezichtsfouten*

1. In bovenstaand arrest, waaraan in de pers ruime aandacht werd besteed, wordt uitspraak gedaan over de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van vijf scoutsleiders wegens hun beweerde organisatie- en toezichtsfouten bij een dropping waarbij in een verkeersongeval twee scoutsleden om het leven kwamen en één gewond werd. Dit arrest verdient nadere bespreking omdat het Hof van Beroep te Gent voor de beoordeling van die fouten, die *in abstracto* dient te gebeuren volgens het criterium van de normaal zorgvuldige en bedachtzame jeugdleider, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, een aantal concretiserende elementen aangeeft, waardoor het blijk geeft van veel realiteitszin (betreffende de concretisering van de fout bestaande in de inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm, zie vooral Dalcq, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, in *Les Nouvelles, Droit civil*, V-1, *Les causes de responsabilité*, Brussel, Larcier, 1967, p. 166, nrs. 262-264, en pp. 183 e.v., nrs. 314 e.v.; Vandenberghe, H., Van Quickenborne, M. en Hamelink, P., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, (1139), p. 1164-1168, nrs. 17-20; Vandenberghe, H. en Van Quickenborne, M., m.m.v. Geelen, K. en De Coster, S., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, (1255), pp. 1305-1311, nrs. 25-26; Vandenberghe, H., Van Quickenborne, M. en Wynant, L., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993)», *T.P.R.*, 1995, (1115), pp. 1204-

1209, nrs. 25-26).

Alvorens op dit arrest nader in te gaan, dient te worden aangestipt dat de beoordeling van organisatie- en toezichtsfouten van jeugdleiders in de regel eerder aan de orde komt in het raam van de contractuele aansprakelijkheid van de jeugdbewegingen waarvan de jeugdleiders de organen of de aangestelden zijn. Deze jeugdbewegingen hebben immers meestal een overeenkomst gesloten met de ouders van de minderjarige kinderen die bij hen zijn aangesloten, waardoor zij de contractuele verbintenis op zich hebben genomen om een behoorlijk toezicht uit te oefenen op de hun toevertrouwde kinderen. Aangezien in dit geval aan de scoutsleiders, als uitvoeringsagenten van de scoutsvereniging die de contractuele hoofdschuldenaar is, organisatie- en toezichtsfouten worden verweten die voor de uitvoeringsagenten jeugdleiders zowel een contractuele tekortkoming jegens de hoofdschuldenaar vormen als een misdrijf, namelijk onopzettelijke slagen en verwondingen en onopzettelijke doding (art. 418 Sw.), wordt aangenomen dat de benadeelde wederpartij van de hoofdschuldenaar tegen diens uitvoeringsagenten een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering kan instellen tot vergoeding van de door dat misdrijf geleden schade (Cass., 26 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 244, *Pas.*, 1991, I, 216, *R.C.J.B.*, 1992, 497, met noot Dalcq, R.O.).

2. De feiten die ten grondslag liggen aan het dramatische ongeval waarover het geannoteerde arrest uitspraak doet, kunnen als volgt worden samengevat.

Op 28 september 1991 werd door de scoutsleiding van Brugge een nachtelijke dropping georganiseerd voor de zgn. «jin-leden», zijnde scouts die de groep van de «verkenners» en «gidsen» hebben doorlopen en zich voorbereiden op het leiding geven; in de praktijk zijn dat, zoals ook in dit geval, 17-jarigen.

Het eerste gedeelte van de dropping verliep over een stuk terrein dat gevolgd diende te worden op de wijze van het «blinde-kaartlezen». De blinde kaart is een kaart zonder plaatsnamen, waarbij een doorzichtige polyesterfilm is gevoegd, waarop de te volgen route is uitgetekend. Door die film op de kaart te passen, kunnen de deelnemers aan de dropping uitmaken welke route moet worden gevolgd. De te volgen route was zo uitgestippeld dat zij volledig van de rijbaan wegging en eindigde op het kruispunt van de wegen Oostende-Brugge en Brugge-Wenduine. Op dat kruispunt stond een controlepost, waar zich een van de leiders bevond en waar de deelnemers aan de dropping aanvullende instructies kregen.

Elk gedropt groepje «jin-leden» bestond uit vier personen. Een van die groepjes had zich vergist van traject en was op de rijbaan Wenduine-Brugge terechtgekomen, op een drietal km van het referentiepunt, met als gevolg dat over die afstand de rijbaan moest worden gevolgd. Dit groepje werd aldaar opgemerkt door twee van de leiders die op dat ogenblik met hun voertuig een andere groep waren gaan ophalen. Die twee leiders spraken het verdwaalde groepje aan en gaven die «jin-leden» de nodige uitleg, zodat zij zich naar het controlepunt konden begeven.

Kort nadien werd het verdwaalde groepje aangereden door een wagen, komende uit de richting van Wenduine, met het reeds vermelde fatale gevolg. De strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van deze wagen blijft hier verder buiten beschouwing.

3. De vijf scoutsleiders die deze dropping hadden georganiseerd, werden strafrechtelijk vervolgd ter zake dat zij, wegens gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, onopzettelijk de dood hadden veroorzaakt van twee slachtoffers van dit verkeersongeval (art. 418 Sw. en art. 38, § 1, Wegverkeerswet) en onopzettelijk slagen en verwondingen hadden toegebracht aan het derde slachtoffer van dit verkeersongeval (art. 418 Sw. en art. 38, § 1, Wegverkeerswet). Bij vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brugge van 13 januari 1994 werden zij voor die feiten strafrechtelijk en burgerrechtelijk veroordeeld. In het hierboven afgedrukte arrest werden die telastleggingen tegen de scoutsleiders niet bewezen geacht en verklaarde het Hof van Beroep te Gent zich onbevoegd om te oordelen over de tegen hen ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen. Naar het oordeel van het hof kunnen aan de scoutsleiders noch organisatie- noch toezichtsfouten worden verweten. De daarop betrekking hebbende overwegingen van het geannoteerde arrest worden hieronder nader besproken.

4. In verband met de *organisatie* van de dropping wijst het Hof er in de eerste plaats en terecht op dat in het raam van de activiteiten die de scoutsbeweging ontplooit, een dropping een volledig normale activiteit is voor de «jin-werking» van de scouts. Een dropping draagt immers bij tot de verwezenlijking van de basisprincipes die aan de scoutswerking ten grondslag liggen, in het bijzonder de groepswerking en de zelfwerkzaamheid die hier centraal staat. Het principe van de zelfwerkzaamheid is erop gericht de kinderen en de jongeren te leren om zich op een zelfstandige manier te behelpen, rekening houdend met hun leeftijd, hun ervaring en hun capaciteiten.

Een organisatiefout bestaat in de tekortkoming aan de verplichting behoorlijk de belangen te behartigen van degenen over wie de organisatoren een zeker gezag uitoefenen. De naleving van deze verplichting houdt voor de organisatoren van jeugdactiviteiten in dat zij de nodige voorzorgen veiligheidsmaatregelen nemen, zodanig dat voorzienbare ongevallen worden vermeden. Wat dit *in concreto* betekent, hangt uiteraard af van de omstandigheden en in het bijzonder van de leeftijd, de ervaring en de capaciteiten van de deelnemers, maar in het algemeen kan men wel stellen dat een goede organisatie vooral impliceert dat de organisatoren goed de plaats leren kennen waar de activiteiten zullen plaatsvinden, om op basis van die kennis de nodige veiligheidsmaatregelen te kunnen nemen (Crab, P., «De burgerlijke aansprakelijkheid van de jeugdleiders», *Jura Falconis*, 1968-69, (243), pp. 250-251, nr. 5, met verwijzing naar Gent, 10 maart 1954, *R.W.*, 1954-55, 1209, en Brussel, 21 juni 1957, *Pas.*, 1958, II, 252).

Die criteria voor de beoordeling van een organisatiefout vindt men ook terug in het geannoteerde arrest. Zo hecht het hof terecht belang aan de kennis van de plaats waar de dropping werd gehouden: aangezien dezelfde dropping in het verleden al viermaal werd gelopen, zonder dat opmerkingen werden geformuleerd omtrent eventuele tekorten, gebreken of gevaren van de tocht, kan op dit punt aan de organisatoren geen fout worden verweten. Voorts is het hof, in navolging van de doctrine en de meerderheid van de rechtspraak (zie o.m. Dalcq, R.O., o.c., p. 562, nr. 1746; Gent, 8 mei 1973, *De Verz.*, 1974, 597, met noot Bogaert, R.; Antwerpen, 24 november 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9696, met noot; Brussel, 30 november 1983, *Pas.*, 1984, II, 57), terecht

van oordeel dat op de jeugdleiders geen resultaatsverbintenis rust om de veiligheid van de deelnemers aan de dropping te waarborgen, maar dat de jeugdleiders enkel een inspanningsverbintenis aangaan om naar best vermogen voor die veiligheid te zorgen, zeker wanneer het, zoals *in casu*, gaat om 17-jarigen. De nakoming van die verbintenis wordt dan door het hof getoetst door na te gaan op welke wijze de deelnemers aan de dropping op die activiteit werden voorbereid en of ze voldoende geïnformeerd werden over de veiligheidsvoorschriften die ze, ter vrijwaring van hun eigen persoon, in acht dienden te nemen.

5. Bij de beoordeling van de aan de scoutsleiders verweten *toezichtsfouten* geeft het Hof van Beroep te Gent in het geannoteerde arrest blijk van veel realiteitszin, door in de eerste plaats rekening te houden met de leeftijd van de deelnemers aan de dropping: van 17-jarigen mag worden verwacht dat zij reeds een voldoende verantwoordelijkheidsbesef hebben en dat zij weten wat zij moeten doen om hun eigen veiligheid te waarborgen, mits zij de veiligheidsvoorschriften naleven die hun ter kennis zijn gebracht. Om die reden kon in dit geval van de scoutsleiders niet worden geëist dat ze permanent erop zouden toezien of de deelnemers aan de dropping de hun bekende veiligheidsvoorschriften naleefden. *In casu* gebeurde de controle op de dropping op een tweevoudige wijze, namelijk enerzijds op permanente posten die zich bevonden op bepaalde plaatsen van het traject en waarlangs iedere groep diende te passeren en anderzijds via zgn. «vliegende patrouilles», die per auto over de rijbaan de controle uitoefenden. Het is juist door een aldus circulerende auto dat de groep, waartoe de slachtoffers behoorden, opgemerkt werd op een drietal km van een permanente controlepost.

In de hier beschreven omstandigheden een permanente toezichtsverplichting opleggen, zoals door de eerste rechter werd gedaan, zou verder gaan dan de zorgvuldigheidsverplichting die mag worden vereist van normaal zorgvuldige en redelijk handelende scoutsleiders, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden. Het nalaten om ongebruikelijke of buitensporige voorzorgsmaatregelen te nemen, die iedere realiteitszin missen, maar waarvan achteraf blijkt dat ze de schade hadden kunnen voorkomen, maakt immers geen inbreuk uit op de algemene plicht van voorzichtigheid en voorzorg (Henneau-Hublet, C., «L'action civile fondée sur le délit de coups et blessures par imprudence», *R.G.A.R.*, 1992, nr. 11.938/3, en de verwijzingen aldaar).

In de tweede plaats legt het Hof er terecht de nadruk op dat het opleggen van zo'n permanente toezichtsverplichting in de gegeven omstandigheden moeilijk te verzoenen is met het opvoedings- en opleidingspatroon waarbinnen de organisatie van deze dropping plaatsheeft, namelijk als onderdeel van de opleiding waaraan de 17-jarige scouts deelnemen in het vooruitzicht van de later zelf uit te oefenen jeugdleiderstaak. Daarom mochten de scoutsleiders ook het rechtmatig vertrouwen koesteren dat die categorie van jongeren de hun bekende veiligheidsvoorschriften zouden naleven.

6. Om te vermijden dat jeugdleiders, die zich vrijwillig en belangeloos inzetten, te snel aansprakelijk worden gesteld en dat hun optreden wordt getoetst aan dat van een soort «supermensen», is onlangs door senator B. Anciaux een wetsvoorstel ingediend dat ertoe strekt in een nieuw art. 1383bis B.W. te bepalen dat jeugdleiders, in afwijking van art. 1383 B.W., enkel aansprakelijk zijn «wanneer de nalatigheid of on-

voorzichtigheid het gevolg is van het niet uitoefenen van de organisatie- en toezichtsplicht», en in een nieuw art. 1384bis B.W. te bepalen dat jeugdleiders, in afwijking van art. 1384 B.W., enkel aansprakelijk zijn voor hun opzettelijke of zware fout (*Gedr. St., Senaat*, 1995-96, nr. 303/1).

De eerste van de twee voorgestelde wetswijzigingen lijkt me overbodig, omdat ze grotendeels neerkomt op een bevestiging van de bestaande rechtspraak, die laat zien dat nagenoeg alle gevallen waarin de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdleiders aan de orde komt, betrekking hebben op beweerde tekortkomingen aan hun organisatie- en/of toezichtsverplichtingen en dat die beweerde fouten worden beoordeeld volgens het criterium van de normaal zorgvuldige en omzichtige jeugdleider, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden (zie de rechtspraak geciteerd en besproken door Crab, P., o.c., *Jura Falconis*, 1968-69, pp. 250-252, nr. 5; *adde*: Gent, 8 mei 1973, *De Verz.*, 1974, 597, met noot Bogaert, R.; Antwerpen, 24 november 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9696, met noot; Rb. Brussel, 30 juni 1967, *J.T.*, 1968, 6).

De tweede voorgestelde wetswijziging lijkt me voorbarig, omdat het geannoteerde arrest en de in de vorige alinea vermelde rechtspraak geen grondslag bieden voor de vrees dat jeugdleiders al te gemakkelijk of te vlug aansprakelijk worden gesteld. Er worden in de toelichting overigens ook geen rechterlijke uitspraken geciteerd die deze vrees wel gegrond maken. Bovendien zijn de meeste jeugdorganisaties behoorlijk verzekerd voor de aansprakelijkheid die de leiders van de bij hen aangesloten jeugdverenigingen zouden kunnen oplopen wegens hun organisatie- en/of toezichtsfouten. Ten slotte bestaat het risico dat de voorgestelde wetswijziging door het Arbitragehof strijdig wordt bevonden met het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet neergelegde gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, omdat dan eventueel een niet te verantwoorden verschil in behandeling zou worden ingesteld met andere personen die toezicht uitoefenen op minderjarige kinderen, zoals ouders, gastouders, kinderoppassers, leerkrachten, enz. Zo oordeelde het Arbitragehof onlangs dat het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet neergelegde gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel wordt geschonden doordat enerzijds de artikelen 1382, 1383 en 1251, 3°, B.W. het voor de Belgische Staat mogelijk maken een rechtsvordering in te stellen tegen zijn orgaan wanneer wegens een door dat orgaan in het raam van zijn ambt toevallige begane lichte fout de Belgische Staat het slachtoffer heeft vergoed voor de schade waarvoor zijn orgaan aansprakelijk werd gesteld, en anderzijds artikel 18 van de Arbeids-overeenkomstenwet, dat de burgerlijke aansprakelijkheid van de werknemer voor de bij de uitvoering van zijn arbeids-overeenkomst aan de werkgever of aan derden berokkende schade beperkt tot de gevallen van bedrog, zware schuld en gewoonlijk voorkomende lichte fout (Arbitragehof, nr. 77/96, 18 december 1996, *B.S.*, 8 februari 1997, *R.W.*, 1996-97, 1252; zie over dit arrest Popelier, P., «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *R.W.*, 1996-87, 1249).

A. Van Oevelen

Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen
(U.I.A. en U.F.S.I.A.)

HOF VAN BEROEP TE GENT

16e KAMER – 17 MAART 1995

Voorzitter: de h. Meyer

Advocaten: mrs. Verhelst, Van Damme, Onbekent en Dhoest

Notaris – Informatie- en onderzoeksplicht – Omvang – Verkoop van onroerend goed – Voorkeursrecht door verkoper aan een derde toegestaan

De informatie- en onderzoeksplicht die op een notaris rust bij het verlijden van de authentieke verkoopakte van een onroerend goed is beperkt tot het onroerend goed waarvan wordt verwacht dat hij aan de onderhandse verkoop authenticiteit verleent. Deze onderzoeksplicht houdt niet in dat hij ook een voorkeursrecht dient te ontdekken dat meer dan zestien jaar geleden door de verkoper aan een derde werd toegestaan, wanneer hij daarvan slechts vier jaar vóór het verlijden van de litigieuze akte kennis kon krijgen bij het verlijden van een akte van vereffening en verdeling, naar aanleiding waarvan echter dit voorkeursrecht niet aan bod kwam.

G. t/ S., C., D. en H.

Appellant komt op 14 augustus 1992 op tegen het vonnis op 1 oktober 1987 uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Gent.

In dit vonnis wordt zijn aansprakelijkheid als notaris betrokken geacht bij de verkoop op 14 september 1984 door J. C. van een perceel grond aan de echtgenoten D.-H., omdat de rechter aanneemt dat de notaris kennis kon hebben van het aan I. S. op 14 februari 1968 toegekend voorkeursrecht bij verkoop van dit perceel, en omdat hij heeft nagelaten de partijen op 14 september 1984 daarop te wijzen.

De eerste rechter heeft de feiten die aan de basis liggen van onderhavige betwisting chronologisch uiteengezet in het vonnis van 7 mei 1987. Volstaan kan worden met naar die uiteenzetting te verwijzen.

In de akte van 14 februari 1968 is bedongen dat «voor zoveel de ten zuiden aanpalende strook niet moet dienen als uitweg voor aanpalend land, ten bate van de verkopers of afstammelingen, of ten bate van een verdere verkaveling van de ten zuiden liggende gronden, de koper voorkeur zal hebben tot aankoop van die strook tegen de prijs van negentigduizend frank, alle notariële kosten en metingskosten inbegrepen».

Op 17 juni 1980 heeft I. S. hetzelfde goed na echtscheiding aangekocht. Appellant was instrumenterende notaris. Op 14 september 1984 gebeurt de betwiste verkoop van C. aan de echtgenoten D. van het perceel grond ten zuiden van het eigendom S.

Overwegende dat de eerste rechter de aansprakelijkheid van appellant aanneemt daar deze bij de verrichtingen van de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel van I. S. kennis nam van de akte van 14 februari 1968 en dus diende af te weten van het bestaan van het voorkeursrecht dat hij bijgevolg op 14 september 1984 volgens de eerste rechter zowel C. als de echtgenoten D.-H. had moeten «voorlichten over de geldigheid, draagwijdte en gevolgen» van de voorgenomen handeling, inzonderheid de overdra-

ger (C.) wijzen op de juiste omvang en de beperkingen van zijn rechten;

Overwegende dat appellant opwerpt dat hij bij het verlijden van de akte van 14 september 1984 alle op hem rustende verplichtingen is nagekomen; dat volgens hem hij alleen tot plicht heeft de oorsprong van eigendom na te gaan van het goed voorwerp van de verrichting, d.w.z. de voorgaande titels van eigendom onderzoeken en de hypothecaire staat van het goed nagaan;

Overwegende dat met appellant moet worden beaamd dat de onderzoeksplicht die op hem rust, beperkt is tot het onroerend goed waarvan verwacht wordt dat hij authenticiteit verleent aan de onderhandse verkoop ervan; dat dit onderzoek niet kon leiden tot het ontdekken van een voorkeursrecht destijds door de verkoper toegestaan aan een derde;

Overwegende dat enkel de vaststelling dat appellant meer dan vier jaar voordien was opgetreden als notaris bij het verwerven door I.S. van het aanpalend onroerend goed toelaat aan te nemen dat hij toen, d.i. in juni 1980, kennis had of kon hebben van een voorkeursrecht dat in februari 1968 was toegekend, zonder dat echter ook maar iets toelaat te veronderstellen dat in juni 1980 door I. S. of door haar ex-echtgenoot de aandacht op dit voorkeursrecht in het bijzonder werd gevestigd; dat voor de partijen V. en S. dit voorkeursrecht toen immers het minste van hun zorgen was;

Overwegende dat de eerste rechter, door nochtans het verband te leggen tussen de akte van toewijzing van 17 juni 1980 en de akte van verkoop van 14 september 1984, aanneemt dat appellant als notaris «noodzakelijkerwijze» zich dient te herinneren dat in de bijzondere voorwaarden van een verkoop van een ander onroerend goed meer dan zestien jaar geleden een voorkeursrecht werd toegestaan, ook «noodzakelijkerwijze» omdat hij daarvan kennis kon nemen meer dan vier jaar vóór de litigieuze verkoop, naar aanleiding van een licitatie waarbij dit voorkeursrecht niet aan bod kwam, nog daargelaten dat hij daarenboven ervan moet uitgaan dat dit persoonlijk recht onveranderd is blijven bestaan, hoewel gebaseerd op een prijs van begin 1968, terwijl ten slotte niet voor betwisting vatbaar is dat de verkoper in 1984 (C.) evenmin met een woord repte omtrent dit voorkeursrecht;

Dat een dergelijke benadering niet steekhoudend is;

Dat appellant geenszins enig verband diende te leggen tussen een akte van september 1984 en een akte van juni 1980 betreffende onderscheiden onroerende goederen;

Dat hij in geen enkele verplichting als instrumenterende notaris is tekortgeschoten;

Dat zijn kritiek op het vonnis van 1 oktober 1987 gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. – 19 SEPTEMBER 1996

Voorzitter: de h. van Fraechem

Raadsheren: de hh. Mennes en Mertens de Wilmars

Openbaar ministerie: de h. Van der Straeten

Onderzoeksrechter – Hoger beroep – Strijdige beslissing

1. De procureur des Konings vermag steeds, totdat het gerechtelijk onderzoek is afgesloten door een beschikking van het onderzoeksgerecht, hoger beroep in te stellen tegen de weigering van de onderzoeksrechter tot het uitvoeren van een gevorderd onderzoek of van onderzoeksverrichtingen.

2. De onderzoeksrechter die de vordering tot onderzoek van de procureur des Konings afwijst, om reden dat er in het dossier vooralsnog geen enkele aanwijzing of vermoeden van bestaan van het ten laste gelegde misdrijf te vinden is, gaat zijn bevoegdheid manifest te buiten, nu hij juist tot opdracht heeft zelf de bewijzen aan te brengen of ten minste de nodige opsporingen daartoe te verrichten.

Het komt aan de raadkamer toe, op verslag van de onderzoeksrechter en op vordering van het openbaar ministerie, te oordelen of er al dan niet voldoende bezwaren tegen de verdachte bestaan en de onderzoeksrechter door zich dit recht aan te matigen, begaat een machtoverschrijding.

3. De onderzoeksrechter heeft tot taak alle bewijsmiddelen aan te wenden om de waarheid aan het licht te brengen en bij ontstentenis van enig nuttige onderzoeksdaad, schiet hij tekort in de uitvoering van de opdracht waarmee hij is belast.

4. De onderzoeksrechter heeft niet te oordelen over de opportuniteit van een vordering tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek.

Procureur des Konings t/ Van G. en W.

Gezien de vordering van de procureur des Konings te Turnhout van 7 mei 1996 tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek tegen de twee verdachten wegens de feiten van inbreuk op artikel 507 van het strafwetboek;

Overwegende dat het gerechtelijk onderzoek geopend werd door die vordering van de procureur des Konings te Turnhout;

Gezien de strijdige beschikking van de onderzoeksrechter te Turnhout, waarbij het dossier om de erin vermelde redenen zonder enige daad van onderzoek terug meegedeeld wordt aan de procureur des Konings;

Gezien het hoger beroep, ingesteld door de procureur des Konings te Turnhout tegen voormelde strijdige beschikking;

Overwegende dat de Procureur des Konings steeds, en zulks totdat het gerechtelijk onderzoek is afgesloten door de desbetreffende beschikking van het onderzoeksgerecht, vermag hoger beroep in te stellen tegen de weigering van de onderzoeksrechter tot het uitvoeren van een gevorderd onderzoek of van onderzoeksverrichtingen (zie R. Declercq, *Strafvordering*, I, blz. 153 en 154);

Overwegende dat het hoger beroep, regelmatig naar vorm en termijn, ontvankelijk is;

Overwegende dat de strijdige beschikking van de onderzoeksrechter in casu een afwijzing betreft van de vordering van de procureur des Konings tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek, wegens de beweerde ontstentenis van het bestaan van het wanbedrijf bedoeld in artikel 507 van het Strafwetboek (wegmaking van in beslag genomen goederen), gelet op het ontbreken van bewijzen omtrent een beslag op goederen in de door de procureur des Konings meegedeelde processtukken;

Overwegende dat de onderzoeksrechter die, ten einde de vordering van de procureur des Konings tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek af te wijzen, aanvoert dat er in het dossier vooralsnog geen enkele aanwijzing of vermoeden

den van bestaan van het misdrijf te vinden is, zijn bevoegdheid manifest te buiten gaat, nu hij juist tot opdracht heeft zelf die bewijzen aan te brengen of ten minste de nodige opsporingen daartoe te verrichten en het uiteindelijk aan de raadkamer toekomt, op verslag van de onderzoeksrechter en op vordering van het openbaar ministerie, te oordelen of er al dan niet voldoende bezwaren tegen de verdachten bestaan, en de onderzoeksrechter in casu door dit zelf te doen een machtovertreding begaat;

Overwegende dat de onderzoeksrechter tot taak heeft alle bewijsmiddelen aan te wenden om de waarheid aan het licht te brengen, en bij ontstentenis van enig nuttige onderzoeksdaad hij tekortkomt aan de opdracht waarmee hij belast is (zie K.I. Antwerpen 13 juni 1975, *R.W.*, augustus 1975-76, 753 e.v.; K.I. Gent, augustus 1975, *R.W.*, 1975-76, 753 e.v.);

Overwegende dat de onderzoeksrechter evenmin zelf vermag de opportuniteit van een vordering tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek te beoordelen (zie R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, blz. 136, nr. 315);

Overwegende dat het hoger beroep dan ook gegrond is;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

3e KAMER – 31 JULI 1996

Voorzitter: mevr. De Bauw

Advocaten: mrs. Cattoir en de Decker

Onderwijs – Gelijke behandeling – Niet gemengd onderwijs – Algemeen vormend secundair onderwijs – Wettigheidstoezicht – Art. 3 K.B. 28 juni 1983

Het algemeen vormend secundair onderwijs moet, gelet op de ontwikkelingen die zich onder invloed van het Europese recht dienaangaande hebben voorgedaan, worden beschouwd als beroepsonderwijs in de zin van de artt. 124 en 125 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, ook al is het uitvoeringsbesluit nog niet aan die ontwikkeling aangepast.

Art. 3, § 1, K.B. 24 juni 1983, dat toelaat dat jongens of meisjes doorverwezen worden naar een andere school met hetzelfde karakter, kan niet worden beschouwd als een beperking van de draagwijdte van art. 125 W. 4 augustus 1978. Het betreft veel eerder gevolgtrekkingen afgeleid uit het beginsel van de wet en uit haar algemene economie, daaruit natuurlijk voortvloeiend volgens de geest die aan het ontwerpen van de wet ten grondslag lag en de doeleinden die zij nastreeft.

L. e.a. t/ V.Z.W. H.

De feiten de de procedure

1. De rekwetranten zijn de ouders van respectievelijk (...).

Deze jongens gingen tot dusver naar school in het zesde leerjaar van de (gemengde) basisschool van (...).

2. Bij brief van 2 november 1995 vroegen (onder meer) de rekwetranten aan de directeurs van het instituut om hun zonen te laten inschrijven in deze school voor het schooljaar 1996-1997, dit met het oog op het volgen van het secundair onderwijs aldaar dat tot nog toe enkel aan meisjes wordt verstrekt.

Op 18 maart 1996 had in dat verband op het instituut klaarbijkelijk een vergadering plaats.

Ten gevolge daarvan richtten (onder meer) de rekwestranten op 5 april 1996 aan de directeurs van het instituut het volgend schrijven:

«Zoals ons meegedeeld op de vergadering die plaatsvond op maandag 18 maart ll. met U willen wij (ouders van leerlingen jongens 6de leerjaar basisschool S.F.I.) hiermede een definitieve inschrijving vragen voor onze jongens in het middelbaar S.F.I.

«Zoals door U gevraagd vindt U in bijlage een lijst met de namen plus de richting die ze willen volgen. Mogen wij U dan ook vragen onze jongens uit te nodigen op de kennismakingsnamiddag die plaatsheeft voor de meisjes van het zesde leerjaar op donderdag 18 april. Voor dit prachtig initiatief willen wij U van harte feliciteren. Zij zullen dan ook, net als de meisjes, met veel interesse uitkijken naar de grote school».

3. In haar brief van 23 april 1996 reageerde de directie evenwel als volgt op het voormeld verzoek:

«In tegenstelling met wat we U op maandag 18 maart 1996 lieten vermoeden, blijkt het toch nagenoeg onmogelijk te zijn om de jongens van het zesde leerjaar van de SFI-basisschool in het secundair onderwijs op te nemen. De problemen doen zich o.a. voor bij het Diocesaan Bureau dat geen jongens toelaat in een tot op heden ongemengde meisjesschool.

«Om alsnog naar een goede oplossing te zoeken en een definitieve stellingname te bepalen, nodigen wij U uit tot een samenkomst ouders-directie SFI-secundair op (...) om 19.30 uur in het vergaderlokaal van de school».

4. Op de desbetreffende vergadering van 29 april 1996 werden de rekwestranten in kennis gesteld van het definitieve standpunt van de gerekwestreerde, in die zin dat de toestemming tot inschrijving van hun jongens in het secundair onderwijs van het instituut voor het schooljaar 1996-1997 werd geweigerd om reden dat het onderwijs aldaar uitsluitend aan meisjes wordt verstrekt.

Dit laatste wordt door de gerekwestreerde niet betwist.

5. Op 6 mei 1996 richtten de rekwestranten via hun raadsman aan de gerekwestreerde een aangetekend klachtschrijven wegens inbreuk op de bepalingen van titel V van de Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering in toepassing van art. 134, eerste lid, van deze wet.

6. Op 7 mei 1996 gingen de rekwestranten over tot dagvaarding in kort geding met als voorwerp een soortgelijke gelijkaardige vordering als in het onderhavige geding, weliswaar provisoir en tot wanneer door de bevoegde rechter ten gronde op definitieve wijze zou zijn gestatueerd over de inschrijvingsvraag.

Bij beschikking in kort geding gewezen op 26 juni 1996 werd de vordering van de rekwestranten ontvankelijk verklaard, doch afgewezen als niet gegrond.

In de desbetreffende procedure kort geding werd door de rekwestranten aangevoerd dat de weigering door de gerekwestreerde tot inschrijving van de jongens in het secundair onderwijs van het instituut een flagrante inbreuk uitmaakt:

- niet alleen op de bepalingen van de artikelen 10 en 24, § 4, Gec. Gw.,

- maar ook op de bepalingen van titel V van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

In kort geding heeft de rechter de vordering ongegrond bevonden in het licht van een afweging van de belangen van de partijen en – in hoofdzaak – besloten wat volgt:

«De grondrechten van de zonen van de eisers op onderwijs en de vrije schoolkeuze van de eisers (zijn) niet geschon- den.

«De weigering van de verweerster de zonen van de eisers in te schrijven is gebaseerd op de organisatie van haar onderwijs en op het pedagogisch model dat zij verdedigt en maakt geen discriminatie uit.

«De eisers moeten de grondwettelijke vrijheid van de ouders die gekozen hebben voor niet gemengd onderwijs eerbiedigen, reden waarom er een aanbod van niet gemengde scholen moet blijven.»

De vraag over de al dan niet toepasselijkheid van de bepalingen van titel V van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering werd door de kortgedingrechter niet wezenlijk onderzocht.

...

Nopens de toepasselijkheid van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering

1. De gerekwestreerde betwist klaarblijkelijk niet:

- de bevoegdheid van deze rechtbank;
- de naleving van de procedurale voorschriften van art. 134, eerste en tweede lid Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

In de hypothese dat de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering van toepassing is, is deze rechtbank inderdaad bevoegd krachtens art. 578, 8°, in fine, Ger. W. en krachtens art. 134, tweede lid, in fine, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

De rekwestranten hebben, overeenkomstig art. 134, eerste lid, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering binnen vijf werkdagen vanaf de dag waarop zij kennis kregen van de beweerd discriminerende beslissing – op 29 april 1996 – een klachtschrijven aan de gerekwestreerde gericht op 6 mei 1996.

Aangezien binnen vijftien werkdagen na de verzending van het aangetekend klachtschrijven de beslissing blijkbaar niet werd gewijzigd is, overeenkomstig art. 134, tweede lid, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, de onderhavige procedure aanhangig gemaakt ingevolge verzoekschrift neergelegd ter griffie op 10 juni 1996.

Ingevolge art. 134, derde lid, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering werden de partijen bij gerechtsbrief opgeroepen om te verschijnen op de terechtzitting van de derde burgerlijke kamer van 27 juni 1996, waarop de zaak werd behandeld en in beraad werd genomen.

2. Inzake de problematiek van het gemengd onderwijs is tot op heden nog steeds de volgende regelgeving relevant:

- de richtlijn van de Europese Raad 76/207 van 9 februari 1976 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, de promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden (*Pb.*, 1976, L 39, 40);

- de Wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, titel V, artikelen 124 en 125, ter uitvoering van voormelde richtlijn (*B.S.*, 17 augustus 1978);

- het K.B. van 29 juni 1983 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten overstaan van de toegang tot de beroepsopleiding verstrekt in de onderwijsinstellingen, vastgesteld ter uitvoering van de artikelen 124 en 125 Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (Pletinck, B., «De discussie omtrent het gemengd onderwijs

in Vlaanderen of: 'Bepalen jongens de norm waaraan meisjes zich conformeren?', *T.O.R.B.*, 1993-1994/4, 272).

De richtlijn van de Europese Raad 76/207 verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te nemen om te bereiken dat «de beroepskeuzevoorlichting, de beroepsopleiding en de bij- en omscholing, onder voorbehoud van de autonomie die in sommige lidstaten wordt toegekend aan bepaalde privaatrechtelijke opleidingsinstellingen, toegankelijk zijn overeenkomstig dezelfde criteria en op dezelfde niveaus, zonder discriminatie op grond van het geslacht» (art. 4, c).

De artikelen 124-125 Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering verbieden voor de toegang tot de beroepsopleiding elke discriminatie gebaseerd op geslacht.

Het uitvoeringsbesluit van 29 juni 1983 definieert het begrip «beroepsopleiding» en opent de mogelijkheid om de gelijke toegang te garanderen, niet in elke school afzonderlijk, maar gezamenlijk over de scholen met eenzelfde karakter gelegen binnen eenzelfde gemeente (art. 3).

3. Er kan geen twijfel over bestaan dat de bepalingen van de wet van 4 augustus 1978 ook van toepassing kunnen zijn op de vrije onderwijsinstellingen (cf. art. 117, 3°, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering), hetgeen overigens door de gerekwestreerde niet wordt ontkend (Verstegen, R., «Kan een vrije onderwijsinstelling nog leerlingen (van de andere kunne) weigeren?', *T.O.R.B.*, 1991-1992/3, 204, 9. kortheidshalve hierna te noemen Verstegen, R., *o.c.*, (1)).

4. In het licht van de al dan niet toepasselijkheid van het discriminatieverbod op grond van geslacht uit hoofde van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering inzake het algemeen secundair onderwijs dient te worden onderzocht of het begrip «beroepsopleiding» het algemeen secundair onderwijs insluit.

Krachtens art. 124, tweede lid, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering bepaalt de Koning bij een in ministerraad overlegd besluit wat onder beroepsopleiding wordt verstaan.

Luidens art. 1.1 K.B. van 29 juni 1983 wordt onder «beroepsopleiding» verstaan het onderwijs met uitzondering van (ook) het algemeen secundair onderwijs van het type II (b) en de tweede en derde graad van het algemeen secundair onderwijs van het type I (c).

Door de invoering in de Vlaamse Gemeenschap van de eenheidsstructuur in de plaats van type I en type II door het decreet van de Vlaamse Raad betreffende het onderwijs II van 31 juli 1990 (art. 50. B.S. 18 augustus 1990) zijn de bepalingen van art. 1.1.b en c K.B. van 29 juni 1983 niet meer toepasselijk in de Vlaamse Gemeenschap.

De decreetgever heeft tot dusver nog geen duidelijkheid geschapen over het begrip «beroepsopleiding» in het eenheidstype.

Het Europees Hof van Justitie te Luxemburg heeft voor de invulling van het begrip «beroepsopleiding» van art. 128 (oud) E.E.G.-Verdrag bepaalde criteria aangereikt waardoor de nationale rechter zich moet laten leiden om te bepalen of een bepaalde opleiding niet als een beroepsopleiding kan worden gekwalificeerd (Verbruggen, M., «Europa, wel bevoegd voor onderwijs?', *T.O.R.B.*, 1991-1992/3, 135).

De wijzigingen ingevolge het E.U.-Verdrag – in die zin dat binnen het onderwijs een onderscheid wordt gemaakt tussen onderwijs en beroepsopleiding – doen geen afbreuk aan de eerder gegeven ruime interpretatie door het Hof van Jus-

titie van het begrip «beroepsopleiding», waardoor het onderscheid tussen «beroepsopleiding» en «onderwijs» is verwaagd.

Bovendien heeft de Raad van State geoordeeld dat het algemeen secundair onderwijs in zijn vernieuwde vorm als beroepsopleiding in de zin van het E.G.-Verdrag dient te worden beschouwd (R.v.St., nr. 32.987, 6 september 1989, *R.A.C.E.*, 1989, z.p.).

De beperkende interpretatie in het advies van de Raad van State bij het K.B. van 29 juni 1982 is aldus achterhaald door de latere ontwikkelingen, bevestigd in het voornoemd arrest.

De raad Secundair Onderwijs van de Vlaamse Onderwijsraad heeft er in zijn advies van 22 juni 1993 trouwens op gewezen dat ook het algemeen secundair onderwijs beroepsopleiding is in de zin dat ook het algemeen vormend onderwijs wordt gekwalificeerd als beroepsopleiding (Pletinck, B., *o.c.*, 273).

Het besluit dringt zich dan ook op dat in de Vlaamse Gemeenschap het algemeen secundair onderwijs beantwoordt aan het begrip «beroepsopleiding» van art. 124 Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (Jacqmain, J., «Discrimination dans l'accès à la formation professionnelle», *J.Dr.J.*, 1991, nr. 109, 31, en *Soc. Kron.*, 1991, 150; Verstegen, R., «Gemengd onderwijs. Elementen voor het juridisch debat», *T.O.R.B.*, 1994-1995/2, 132-133, hierna kortheidshalve te noemen Verstegen, R., *o.c.*, (2)).

5. Nu vaststaat dat de rekwesstranten zich in dezen kunnen beroepen, op de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, inzonderheid op art. 125, 3°, ervan, om de toegang te vragen voor hun jongens in het algemeen secundair onderwijs in de meisjesschool van de gerekwestreerde, rijst nog de vraag of de gerekwestreerde toch de inschrijving kan weigeren op grond van art. 3, § 1, K.B. van 29 juni 1983.

De inschrijving van een leerling mag, ingevolge voormelde bepaling, geweigerd worden indien er op het grondgebied van de gemeente – vanaf 1 januari 1990 worden de aangrenzende gemeenten niet meer meegeteld (Verstegen, R., *o.c.*, (1), 206 vn. 37, en art. 3, § 2, K.B. van 29 juni 1983) – een instelling met hetzelfde karakter en met de gevraagde beroepsopleiding voorkomt, waar leerlingen van het andere geslacht zich kunnen laten inschrijven.

De rekwesstranten beroepen zich, met toepassing van art. 159 Gec. Gw., op de onwettigheidsexceptie wat art. 3 van het voormeld K.B. betreft omdat:

- de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, inzonderheid art. 125, wat aangaat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot de beroepsopleiding, in de meest algemene bewoordingen is gesteld;

- in dit art. 3 K.B. van 29 juni 1983 duidelijk een beperking wordt ingevoerd ten aanzien van het voormeld wettelijk voorschrift, zonder dat daarvoor in de tekst van de wet enig aanknopingspunt is te vinden.

Het in art. 159 Gec. Gw. geregelde wettigheidsstoezicht betreft een onderzoek naar de externe en de interne wettigheid van de overheidsbeslissing.

Het onderzoek naar de externe wettigheid behelst de vraag of de overheid bevoegd was voor het treffen van de maatregel en of alle vorm- en procedurevereisten zijn nageleefd.

Nopens deze formele wettigheid van art. 3 van het K.B. van 29 juni 1989 – deze wordt door de rekwestranten niet aangevochten, doch dient ambtshalve ook door de rechtbank te worden onderzocht – bestaat er geen twijfel.

Het artikel behelst de tenuitvoerlegging door de Koning van een in art. 125 Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering vastgelegd beginsel, overeenkomstig zijn bevoegdheid bepaald in art. 67 (oud) Gw. – thans art. 108 Gec. Gw. – met inachtneming van de voorgeschreven vormen.

De controle op de interne wettigheid behelst het toetsen van art. 3 van het K.B. van 29 juni 1983 aan de wet.

Het betreft de vraag of de overheidshandeling naar inhoud in overeenstemming is met de wet en of in dit artikel het doel en de geest van de rechtsregel in acht zijn genomen.

Art. 3 van het K.B. van 29 juni 1983 geeft een compromis weer waarover in het parlement eensgezindheid bestond, daar waar het een weigering aanvaardt voor zover doorverwijzing naar een andere school met hetzelfde karakter mogelijk is.

Het is dus een adequate weergave van de bedoeling van de wetgever van 1978, hetgeen blijkt uit de parlementaire voorbereiding (Verstegen, R., *o.c.*, (2), 133-134, nrs. 3 en 4 en voetnoot 24, waarin een nuancering ten aanzien van de stelling door dezelfde auteur in zijn vorige bijdrage in het *T.O.R.B.* 1991-1992/3 (*o.c.*, (1)).

Deze uitwijkmogelijkheid mag dan ook niet beschouwd worden als een beperking van de draagwijdte van art. 125 Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.

Het betreft eerder gevolgtrekkingen afgeleid uit het beginsel van de wet en uit haar algemene economie, daaruit natuurlijk voortvloeiend volgens de geest die aan het ontwerpen van de wet ten grondslag lag en de doeleinden die zij nastreeft (Cass., 18 november 1924, *Pas.*, 1925, I, 25; Cass., 12 december 1963, *Pas.*, 1964, I, 398; Cass., 15 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 740).

Overigens vraagt de Europese richtlijn 76/207 niet dat elke instelling afzonderlijk wordt verplicht om jongens en meisjes te aanvaarden maar geeft zij de lidstaten de mogelijkheid om in dezen rekening te houden met de eigen tradities in het vrij onderwijs in sommige landen (Verstegen, R., *o.c.*, (2), 135).

Het voorgaande noopt de rechtbank ertoe te besluiten tot de wettigheid van art. 3 van het K.B. van 29 juni 1983.

Door dit artikel wordt de mogelijkheid opengelaten dat scholen van eenzelfde karakter onderling afspraken maken en jongens of meisjes doorverwijzen naar een andere school van dat net, waarin dezelfde opleiding voor dat geslacht wordt aangeboden (Verstegen, R., *o.c.*, (1), 206).

Welnu, de rekwestranten voeren in casu niet aan dat er in de gemeente M. geen instelling met hetzelfde karakter – dit is van hetzelfde net – en met de gevraagde beroepsopleiding bestaat waar zij hun zonen zouden kunnen laten inschrijven.

De vordering dient bijgevolg te worden afgewezen aangezien de weigering tot toegang van de gerekestreerde de rechtbank gerechtvaardigd voorkomt in toepassing van de uitzonderingsregel van art. 3, § 1, van het K.B. van 29 juni 1983.

Het feit dat de andere instelling met hetzelfde karakter en met het soortgelijk onderwijs een specifieke jongensschool – en geen gemengde school – zou betreffen doet geen

afbreuk aan de mogelijke toepassing van art. 3, § 1, van het voormeld K.B.

Aangezien de rechtsgrond van de vordering van de rekwestranten duidelijk titel V Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering is, laat de rechtbank zich niet verder in met een afweging van grondrechten (gelijkheidsbeginsel versus vrijheid van onderwijs).

Op die gronden,

Verklaart de vordering toelaatbaar en ontvankelijk, doch wijst ze af als niet gegrond.

NOOT – *Niet gemengd onderwijs en de wet gelijke behandeling (Wet 4 augustus 1978) – Legaliteitscontrole op het uitvoeringsbesluit*

1. Bovenstaand vonnis is bij ons weten de eerste rechterlijke uitspraak waarin de discussie over het gemengd onderwijs gesitueerd wordt op het terrein van de bepalingen omtrent de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsonderwijs en de beroepsopleiding in de wet van 4 augustus 1978. Het is o.i. een goede zaak dat de rechtspraak daarmee loskomt van het al te gemakkelijk argumenteren louter op basis van de grote principes (cf. Verstegen, R., «Gemengd onderwijs verplicht?», *R.W.*, 1996-97, 241-251; verdere rechtsleer meer bepaald over de toepasselijkheid van de wet van 4 augustus 1978 wordt aangehaald in het vonnis; recent ook over de algemene problematiek: Deli, D., «Wordt door een (eventuele) afschaffing van exclusieve meisjes/jongensscholen het kind niet met het badwater weggegooid?», noot onder Rb. Dendermonde (Kg.), 28 augustus 1995, Rb. Leuven (Kg.) en 25 augustus 1995, *T.O.R.B.*, 1995-96, 257-264 (vonnissen, 254-257). Hanson, K. en Veny, L., «Het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind of wanneer de kinderrechten in het onderwijs hun intrede doen...», noot onder Hof Brussel, 21 februari 1996, *T.O.R.B.*, 1995-96, 268-271 (arrest: 264-268); Jacquemain, J., noot onder Hof Brussel, 21 februari 1996, en Rb. Brugge (Kg.), 28 juli 1995, *J.Dr.J.*, 1996, 228-229).

2. Het lag in de lijn van de verwachtingen dat, na de ontwikkeling die zich in de rechtspraak van het Europees hof te Luxemburg inzake de interpretatie van het beroepsonderwijs heeft voorgedaan na de invoering van het eenheidstype in het secundair onderwijs in Vlaanderen en na de daarbij aansluitende rechtspraak van de Raad van State, ook het algemeen vormend secundair onderwijs als beroepsonderwijs zou worden beschouwd, ook al zijn de plannen om het uitvoeringsbesluit aan die ontwikkelingen aan te passen uiteindelijk niet uitgevoerd (cf. Verstegen, *l.c.*, 246, nr. 19). Dat het EG-verdrag na Maastricht een onderscheid maakt tussen onderwijs (art. 126) en beroepsopleiding (art. 127) lijkt hier niet bijzonder relevant gelet op de unanimiteit over het feit dat deze artikelen het «acquis communautaire» inzake onderwijs en beroepsopleiding bezegelen (cf. Lenaerts, K., «Subsidiarity and Community Competence in the Field of Education», in *Subsidiarity and Education. Aspects of Comparative Educational Law*, De Groof, J. (red.), Leuven-Amersfoort, Acco, [1994], 117).

3. Minder duidelijk was hoe de rechtspraak zou reageren op de legistiek gebrekkige wijze waarop de bedoeling van de wetgever in de wet van 4 augustus 1978 is neergelegd. Art.

125 van deze wet is in klare bewoordingen gesteld en verbiedt elke belemmering in de toegang:

«De gelijke behandeling moet voor iedereen gewaarborgd zijn in alle bepalingen en praktijken inzake de beroepskeuzevoorlichting, de beroepsopleiding, het leerlingenwezen, de voortgezette opleiding, de bij- en omscholing en de sociale promotie, ongeacht of zulks in overheids- of in particulier verband geschiedt (...)

Het is inzonderheid verboden: (...)

3° De toegang te ontzeggen of te belemmeren tot de beroepskeuzevoorlichting, de beroepsopleiding, het leerlingenwezen, de voortgezette opleiding of de bij- en omscholing en de sociale promotie om expliciete of impliciete redenen die rechtstreeks of onrechtstreeks met het geslacht van de persoon in verband staan.»

Maar de minister verklaarde dat een doorverwijzen van jongens of meisjes naar een andere school met eenzelfde karakter binnen dezelfde stad toch kan. Dit standpunt vond steun in een verklaring van de Europese ministerraad waarin gesteld werd dat de lidstaten bij de uitvoering van de richtlijn gelijke behandeling rekening konden houden met eigen tradities in het vrij onderwijs. Deze interpretatie blijft niettemin duidelijk achterop t.a.v. de klare formulering van art. 125 dat elke belemmering van de toegang verbiedt. De verklaring van de minister en het daaropvolgend koninklijk besluit heeft veel van een compromis dat in het parlement werd gemaakt, maar niet in de tekst van de wet werd vastgelegd. De regering wilde oorspronkelijk het onderwijs niet betrekken bij de regeling van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen. De Senaat kwam daar evenwel tegen in verzet en amendeerde het regeringsontwerp fors. In het debat werd nog wat getemperd om de twijfelaars ook te overtuigen. Aan de geamendeerde tekst werd niets meer gewijzigd of gepreciseerd (zie nog Verstegen, R., *T.O.R.B.*, 1994-95, 133-134).

4. De rechter in Gent heeft, onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Cassatie, duidelijk gekozen voor «de geest» van de wet boven de letter. Zij verwijst daarvoor naar enkele cassatiearresten die beslissen dat een uitvoeringsbesluit wel degelijk uit het beginsel van de wet en uit haar algemene economie gevolgtrekkingen mag afleiden, die daaruit natuurlijk voortvloeien volgens de geest die aan het ontwerpen van de wet ten grondslag lag en de doeleinden die zij nastreeft. Opvallend evenwel is dat alle aangehaalde arresten betrekking hebben op gevallen waarin de wet zelf uitdrukkelijk aan de Koning de opdracht gaf om uitvoeringsmaatregelen vast te stellen. Dit is in casu niet zo. Op meerdere plaatsen in de wet van 1978 worden aan de Koning wel duidelijke opdrachten gegeven. Zo kan de Koning, bij in ministerraad overlegd besluit de gevallen bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toelatingsvoorwaarden voor een betrekking of een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan (art. 122, eerste lid, Wet 4 augustus 1978). De tekst van art. 125 evenwel is in klare bewoordingen geschreven en vraagt geen modulering om uitvoerbaar te zijn. Op een punt is de wetgever wel van oordeel geweest dat uitvoeringsbesluiten nodig zijn: vaststellen wat onder beroepskeuzevoorlichting of beroepsopleiding moet worden verstaan (art. 124, tweede lid, Wet 4 augustus 1978). Dat doet het K.B. 29 juni 1983 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot de beroepsopleiding verstrekt in

de onderwijsinstellingen, vastgesteld ter uitvoering van de artikelen 124 en 125 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (*B.S.*, 25 augustus 1983). De Koning heeft bij de uitvoering van zijn opdracht in art. 124 meteen op zich genomen om het verbod van 125 te moduleren in overeenstemming met de daaromtrent in het parlement gemaakte afspraak. De wetgever had deze afspraak niet in de wet ingeschreven en ook niet aan de koning opgedragen de modulering in een besluit uit te schrijven.

5. Als we terugkeren naar de door de rechter aangehaalde arresten van het Hof van Cassatie, dan zijn er toch ook wel vragen. Dat jongens of meisjes naar een naburige school mogen worden gestuurd, zou een gevolgtrekking zijn uit het beginsel en de economie van de wet. Men komt wel iets verder met de geest die aan het ontwerpen van de wet ten grondslag lag en de doeleinden die zij nastreeft, maar toch. De doeleinden zijn ongetwijfeld: elke beroepsopleiding voor jongens en meisjes toegankelijk stellen. Toch kunnen sommigen van mening zijn dat het handhaven van gescheiden instellingen deze doelstelling onvoldoende realiseert. Het al of niet handhaven van afzonderlijke instellingen vraagt een beleidskeuze die nu door de Koning gemaakt wordt, zonder dat de wetgever hem daartoe in de wet opdracht gegeven heeft. Het becommentarieerde vonnis haalt de bewoordingen van het Hof van Cassatie aan uit het arrest van 18 november 1924. In een arrest van 15 december 1965 (*Pas.*, 1965, I, 741) wordt gewag gemaakt van gevolgen die natuurlijk voortvloeien uit de termen en de geest van de wet (*selon les termes et l'esprit*).

Uitgaande van de vaste regel dat een klare tekst geen interpretatie vraagt, kan men toch de vraag stellen of de Koning hier niet, onder de mom van een uitvoeringswijze, een restrictieve interpretatie van de wettekst heeft ingevoerd en zo het verbod van art. 159 Gec. Gw. heeft geschonden. Hij heeft als verontschuldiging dat in het parlement verklaard werd dat het de bedoeling was de wet in die zin te verstaan. De vraag blijft of de Koning wel in staat is om het onheil te repareren wanneer de wetgever legistiek een steek laat vallen.

6. Het is ondertussen overigens duidelijk geworden dat, als de wet uitdrukkelijk aan de Koning had opgedragen om de opengebleven beleidskeuze te maken, dit een delegatie zou zijn geweest die strijdig is met het legaliteitsbeginsel van art. 24 Gec. Gw. De te nemen optie raakt een essentieel aspect van enerzijds de vrije toegang tot het onderwijs, anderzijds het initiatiefrecht in het aanbieden van onderwijs. Krachtens art. 24, § 5, Gec. Gw. moeten dergelijke opties door een democratisch verkozen orgaan worden genomen (cf. Arbitragehof, nr. 30/96, 15 mei 1996, *B.S.*, 6 juni 1996; Verstegen, R., *R.W.*, 1996-97, nr. 246; ook de definitie van wat beroepsonderwijs is, kan niet aan de uitvoerende macht worden overgelaten). Een vermoede of impliciete delegatie zal zeker niet minder ongrondwettig zijn dan een expliciete. Het is dus hoe dan ook een wankle regering. Of er straks ook iets aan gedaan wordt, is nog een andere vraag. De hele regeling verliest snel haar praktische relevantie. Het katholiek onderwijs heeft er immers reeds in 1993 voor gekozen om zijn secundaire scholen gemengd te maken, zodat niet gemengde scholen niet meer of nog slechts uitzonderlijk zullen voorkomen (cf. Verstegen, R., *R.W.*, 1996-97, 241-242).

R. Verstegen

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

4e KAMER – 23 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Beerten

Advocaten: mrs. Segers en Leyssens loco Berx

Aanneming van werk – Aansprakelijkheid aannemer – Opdrachtgever die geen beroep doet op architect – Gevolgen

De aansprakelijkheid van de aannemer wordt door het feit dat de opdrachtgever geen architect met de leiding en het toezicht heeft belast, slechts verminderd wanneer er een oorzakelijk verband kan worden aangetoond tussen dat verzuim en de gebreken waarmee het werk is aangetast.

B.V.B.A. V. t/ V.

In januari 1993 sloot aanlegster met de N.V. V. een overeenkomst waarbij deze laatste zich ertoe verbond in de hal, keuken en tandartspraktijk van de nieuwbouwwoning van aanlegster tegels te leveren en te plaatsen. De N.V. V. droeg de opdracht over aan verweerder die op zijn beurt het werk liet uitvoeren door de B.V.B.A. V.-P. Verweerder factureerde het plaatsen van de tegels op 15 februari 1993 voor een bedrag van 282.713 fr. aan aanlegster. In november 1993 stelde aanlegster vast dat tegels in de keuken en de tandartspraktijk loskwamen.

Aanlegster stelde hiervan de N.V. V. op de hoogte die op haar beurt verweerder in kennis stelde van de gerezen problemen. Omdat geen regeling werd getroffen tussen partijen, ging aanlegster over tot dagvaarding van de N.V. V. en verweerder voor de voorzitter van deze rechtbank, in kort geding. Bij beschikking van 6 mei 1994 werd ir. Vandeputte als deskundige aangesteld.

In zijn verslag van 14 januari 1995 kwam de deskundige tot het besluit dat de schade uitsluitend te wijten is aan een uitvoeringsfout nl. het te vroeg plaatsen van de tegels op een onvoldoende verharde dekvloer en het niet gebruiken van de toeslagstoffen bij het aanbrengen van de ondervloer in de praktijkruimte.

...

Verweerder is van oordeel dat aanlegster medeverantwoordelijk is voor de schade omdat er geen architect met toezicht werd belast.

De verantwoordelijkheid van de aannemer wordt door het feit dat de opdrachtgever geen architect met leiding en toezicht heeft gelast, slechts verminderd in de mate waarin er een oorzakelijk verband is tussen de fout van de opdrachtgever (inbreuk op art. 4 van de wet van 20 februari 1939) en het gebrek waardoor het werk is aangetast.

Een aannemer die zich in hoofdzaak (of uitsluitend) met het leggen van vloeren inlaat, behoort te weten dat een te vroege betegeling en het niet gebruiken van toeslagstoffen, grote risico's inhoudt en niet beantwoordt aan de elementaire regels van de kunst.

Aldus bestaat er geen oorzakelijk verband tussen de vastgestelde gebreken en de afwezigheid van een met leiding en toezicht belaste architect. Verweerder is bijgevolg volledig aansprakelijk voor de schade die werd veroorzaakt door het loskomen van de tegels.

VREDEGERECHT TE GENT

1e KANTON – 5 MEI 1995

Rechter: de h. Van Hoecke

Advocaten: mrs. Lambert en Adams

Huur – Woninghuur – Huur van korte duur – Opzegging in de loop van het contract – Ongeldig – Minnelijke beëindiging – Door beide partijen ondertekende plaatsbeschrijving bij het einde van de huur

Bij afwezigheid van een overeengekomen opzeggingsmogelijkheid in de loop van de huur, is in een woninghuurovereenkomst van korte duur een door een van de partijen gedane opzegging tijdens de huurperiode ongeldig.

Een door beide partijen ondertekende plaatsbeschrijving bij het einde van de huurovereenkomst levert een schriftelijk bewijs op van de minnelijke beëindiging van die overeenkomst op het ogenblik van het opmaken van die plaatsbeschrijving.

Van T. t/ L.

Overwegende dat de vordering er toe strekt verweerder te doen veroordelen tot vrijgave van de huurwaarborg, geblokkeerd bij de A.S.L.K. onder nr. 035-1082674-01 in verband met de huur van een studio te (...);

Overwegende dat verweerder bij conclusie, neergelegd op 21 april 1995, een tegeneis instelt strekkende tot veroordeling van eiser om aan verweerder de som van 37.943 fr. te betalen, als achterstallige huurgelden voor de maanden juli, augustus en september 1994;

Overwegende dat eiser bij conclusie, neergelegd op 21 april 1995, een subsidiaire vordering instelt strekkende tot veroordeling van verweerder om aan eiser de som van 50.000 fr. te betalen als schadevergoeding voor het vroegtijdig verbreken van de huurovereenkomst;

Overwegende dat tussen partijen op 2 juni 1993 een huurovereenkomst werd afgesloten betreffende een studio te Gent (...), voor een duur van drie jaar vanaf 1 juli 1993;

Overwegende dat dit huurcontract bepaalt dat de huur bij het einde van de drie jaar voor eenzelfde periode verlengd zal worden, tenzij een der partijen de huur heeft opgezegd uiterlijk drie maanden vóór het einde van de lopende huurperiode;

Overwegende dat deze huur «van korte duur» geen korte mogelijkheid van opzegging inhoudt tijdens de huurperiode van drie jaar, zodat zij op zijn vroegste kon eindigen op 30 juni 1996;

Overwegende dat verweerder niettemin bij aangetekend schrijven van 9 maart 1994 aan eiser opzegging deed om de huur te doen eindigen op 30 september 1994, waarna het studio betrokken zou worden door een kleinzoon van verweerder;

Overwegende dat eiser bij schrijven van 29 maart 1994 een «tegen»opzegging deed van drie maanden, om de huur te doen eindigen op 30 juni 1994;

Overwegende dat beide opzeggingsbrieven, in het licht van de afwezigheid van overeengekomen opzeggingsmogelijkheden in de loop van de huur, niet geldig zijn en het hier ook niet een opzegging kon zijn zoals bedoeld in art. 3, § 2 of § 5, van de Woninghuurwet, nu deze krachtens art. 3 § 6, tweede lid, niet

van toepassing zijn op de schriftelijke huurovereenkomsten voor een duur die korter is dan of gelijk aan drie jaar;

Overwegende dat de enige mogelijkheid om het huurcontract te beëindigen dan ook bestond in een akkoord tussen partijen om de huur minnelijk te ontbinden;

Overwegende dat eiser aantoonde dat hij samen met verweerder op 29 juni 1994 een «uittredende» plaatsbeschrijving heeft opgemaakt, waaromtrent beiden een document hebben ondertekend, alsook dat het abonnement op de nutsvoorzieningen per 1 juli 1994 werd overgedragen op naam van Tom L., de kleinzoon van verweerder;

Overwegende dat het opmaken van een plaatsbeschrijving bij het einde van de huur, ondertekend door verweerder, een schriftelijk bewijs oplevert dat de huur inderdaad per eind juni 1994 op minnelijke wijze werd beëindigd;

Overwegende dat er, gelet op de minnelijke beëindiging van de huur, geen schadevergoeding verschuldigd is aangezien de huur *niet* eenzijdig werd «verbroken»;

Overwegende dat eiser tevens geen huurgelden meer aan verweerder verschuldigd is voor de maanden juli, augustus en september 1994, aangezien de huurovereenkomst toen reeds een einde had genomen.

Overwegende dat eiser blijkbaar pas op 15 september 1994 de sleutels overhandigd heeft aan de zoon van de verweerder, die hieromtrent onder alle mogelijke voorbehoud een ontvangstbewijs heeft ondertekend;

Overwegende dat het feit dat eiser nog na 1 juli 1994 in het bezit is gebleven van een aantal sleutels van het studio niet wegneemt dat de huur toen reeds beëindigd was;

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 2 oktober 1996

Verzekering – Motorrijtuigen – Overdracht van eigendom van het voertuig – Behoud van verplichtingen ten aanzien van de benadeelde – Termijn van zestien dagen – Aanvang – Dag van de rechtshandeling inbegrepen

Het tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 12 maart 1996) gericht middel van eiser, die als vrijwillig tussengekomen partij was opgetreden, wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat artikel 17 van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen bepaalt dat, in geval van de overdracht van eigendom van het verzekerde voertuig, de bedingen die hierdoor een einde maken aan de verzekeringsovereenkomst, geen gevolgen hebben gedurende zestien dagen te rekenen van de overdracht, indien de schade veroorzaakt werd door het voertuig waarvan de eigendom werd overgedragen of door het voertuig dat ter vervanging daarvan werd gebruikt;

«Overwegende dat het arrest beslist dat de wetgever, door uitdrukkelijk aan te geven dat de termijn loopt 'te rekenen van de overdracht', de dag van de rechtshandeling meeerekend heeft in die termijn, en zich niet gehouden heeft aan

het gebruik volgens hetwelk de termijnen berekend worden in volle dagen, zodat het gedeelte van de dag volgend op het beginpunt wordt verbonden aan de daaropvolgende dag, om de eerste dag van de termijn te vormen;

«Overwegende dat het arrest zijn beslissing naar recht verantwoordt;

«Dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Ghislain – Rapporteur: de h. Willems – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael, procureur-generaal – Advocaat: mr. 't Kint – In de zaak: Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds t/ F. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 oktober 1996

Geneeskunde – Tuchtprocedure – Verzoek tot opschorting wegens strafonderzoek – Weigering – Geen schending van recht op eerlijk proces of van recht van verdediging – Art. 4 V.T.Sv. niet toepasselijk

Eisers middel tegen de bestreden beslissing (Franstalige Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 27 juni 1995) wordt om de volgende redenen verworpen.

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat noch een schending van artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden dat het recht op een eerlijk proces waarborgt, noch een schending van het recht van verdediging kunnen worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de raad van beroep van de Orde der geneesheren niet is ingegaan op het verzoek tot opschorting van de uitspraak dat was ingediend door een geneesheer die het koninklijk besluit, waarop de tegen hem ingestelde tuchtvordering is gegrond, van valsheid had beticht en zich op grond van die betichting van valsheid burgerlijke partij had gesteld bij een onderzoeksrechter;

«Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

«Wat het tweede onderdeel betreft:

«Overwegende dat niet blijkt dat de raad van beroep die in zijn beslissing geen gewag maakt van artikel 417 van het Gerechtelijk Wetboek zijn beslissing op die wetsbepaling grondt;

«Dat het onderdeel niet ontvankelijk is;

«Wat het derde onderdeel betreft:

«Overwegende dat artikel 4 van de wet van 17 april 1878 volgens hetwelk de burgerlijke rechtsoverdracht, onder de voorwaarden die het artikel preciseert, wordt geschorst zolang niet definitief is beslist over de strafvordering, niets uit te staan heeft met een tuchtvordering;

«Dat het onderdeel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Delahaye en De Bruyn – In de zaak: P. t/ Orde der Geneesheren)

NOOT – Zie Cass., 15 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 992, en de noot.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 12 november 1996

Wegverkeer – Naar links afslaan – Tegenligger met voorrang – Begrip – Tegenligger die onder dekking van een groene pijl welke tegelijk met een rood of oranjegeel licht brandt, op het kruispunt in de door die pijl aangeduide richting voortrijdt

Het door eiseres, beklagde, tegen het bestreden vonnis (Corr. Leuven, 15 juni 1995) aangevoerde middel wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat de omstandigheid dat een bestuurder in de richting van een groene pijl die tegelijk met een rood licht of een oranjegeel licht brandt, voortrijdt niet uitsluit dat deze bestuurder, gelet op de configuratie van het kruispunt, een tegenligger kan zijn voor bestuurders die uit een andere richting komen en die bij het naar links afslaan het door die bestuurder gevolgde deel van de rijbaan willen oversteken;

«Dat de bij artikel 19.3, 3°, Wegverkeersreglement aan de bestuurder die naar links afslaat, opgelegde verplichting om voorrang te verlenen aan de tegenliggers op de rijbaan die hij gaat verlaten, niet wordt opgeheven door de omstandigheid dat een tegenligger onder dekking van een groene pijl die tegelijk met een rood licht of een oranjegeel licht brandt, op een kruispunt in de door deze pijl aangeduide richting voortrijdt;

«Overwegende dat de appelrechters met onaantastbare beoordeling van feiten het rijgedrag van eiseres en van de derde verweerder, Geoffroy A., bespreken en met vermelding van de feitelijke gegevens waarop zij hun oordeel laten steunen, onder meer de configuratie van het kruispunt waar de aanrijding is gebeurd, oordelen, wat de verweerder betreft, 'dat, aangezien de werking van (de) verkeerslichten artikel 61.1, 5°, van het koninklijk besluit van 1 december 1975 van toepassing is, hetwelk bepaalt dat de groene pijl mag worden voorbijgereden op voorwaarde dat voorrang wordt verleend aan de bestuurders die op regelmatige wijze uit een andere richting komen' en, wat eiseres betreft, dat 'voor (eiseres) de verplichtingen van artikel 19 van het Wegverkeersreglement (van kracht blijven)', en dat de verweerder Geoffrey A. 'voor (eiseres) wel degelijk een tegenligger was aan wie zij voorrang diende te verlenen';

«Dat de rechters aldus vaststellen dat eiseres ten aanzien van de derde verweerder niet op regelmatige wijze uit een andere richting komt;

«Dat de rechters met hun motivering het strijdig of ander feitelijk verweer van eiseres ten betoge dat zij 'niet op onregelmatige wijze (heeft) gereden' en dat de derde verweerder voor haar 'geen tegenligger zou zijn' verwerpen, zodoende de conclusie van eiseres beantwoorden, en de beslissing regelmatig met redenen omkleeden en naar recht verantwoorden.»

(Voorzitter: de h. Holsters – Rapporteur: de h. Frère – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaten: mrs. Bützler, Legrand en Stijns – In de zaak: V. t/ A. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 21 november 1996

Inkomstenbelastingen – Termijn van beroep bij het hof van beroep overschreden – Beroep niet ontvankelijk tenzij in geval van overmacht – Verkeerde inlichting van de kant van het bestuur

Het bestreden arrest (Hof Bergen, 20 oktober 1995) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de beslissing van de directeur van de belastingen 'bij aangetekende brief op 5 mei 1988 ter kennis van (verweerder) is gebracht; dat de termijn van veertig dagen na de kennisgeving van de beslissing aan belanghebbende, als bepaald bij artikel 280 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, is beginnen te lopen op de dag na het aanbieden van die brief aan de woonplaats van (verweerder), dat wil zeggen op 7 mei 1988, en verstreek op 15 juni 1988';

«Dat het arrest eveneens vaststelt dat 'het bestuur, aangezien verweerder de aangetekende brief die op 6 mei 1988 aan zijn woonplaats was aangeboden, niet op het postkantoor had afgehaald, hem per gewone brief van 2 juni 1988 een afschrift van de bestreden beslissing heeft toegestuurd; dat in de begeleidende brief wordt meegedeeld: 'Uw aandacht wordt erop gevestigd dat de termijn van veertig dagen, die bepaald is in artikel 280 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen voor het indienen van de voorziening tegen die beslissing is beginnen te lopen vanaf de dag na die eerste aanbieding, dat wil zeggen vanaf 9 mei 1988';

«Dat het arrest beslist dat de voorziening die verweerder op 17 juni 1988 heeft ingesteld ontvankelijk is op grond dat eiser krachtens 'de algemene beginselen van behoorlijk bestuur' geen afbreuk mocht doen aan de terechte verwachtingen die hij bij verweerder had gewekt door hem te doen geloven dat de termijn voor de voorziening pas op 9 mei 1988 was beginnen te lopen;

«Overwegende dat artikel 280 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) bepaalt dat het verzoekschrift en het origineel van de betekening, op straffe van verval, binnen een termijn van veertig dagen, te rekenen van de kennisgeving van de beslissing van de directeur aan belanghebbende, ter griffie van het hof van beroep moeten worden neergelegd;

«Dat inzake inkomstenbelastingen, de wettelijke voorschriften die bepalen dat de vormvereisten op straffe van nietigheid binnen een bepaalde termijn moeten worden vervuld, van openbare orde zijn; dat de termijn niet kan worden verlengd, tenzij in geval van overmacht;

«Overwegende dat het arrest niet vaststelt dat verweerder wegens overmacht zijn voorziening niet binnen de bij voormeld artikel 280 bepaalde termijn heeft kunnen instellen;

«Dat het middel gegrond is.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Piret – In de zaak: Belgische Staat t/ Di B.)

Kh. Kortrijk (4e Kamer), 16 september 1996

Voorrechten – Kosten gemaakt tot behoud van de zaak – Personenwagen van kaderlid – Geen onroerend goed door bestemming – Noodzakelijke kosten

Teneinde een van nature roerend goed als onroerend door bestemming te kunnen aanmerken, dient er een duidelijke band en onderlinge afstemming te zijn tussen het desbetreffende onroerend goed enerzijds en het roerend goed anderzijds (zie Kokelenberg e.a., «Overzicht van rechtspraak. Zakerecht», *T.P.R.*, 1995, nr. 14, blz. 522-524, met verwijzing naar Cass., 23 februari 1989, *R.W.*, 1989-90, 116). Een noodzakelijke band dient er niet te zijn; voldoende is dat het roerend goed nuttig is voor de exploitatie (zie Bergen, 22 maart 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 331). In concreto is die band er niet.

De exploitatie van de N.V. S. is de productie van spaanderplaten. Men kan goed aannemen dat de vrachtwagens, aangewend voor de aanbreng van de grondstoffen en de wegvoering van de producten voor levering, aangewend worden voor de exploitatie van de fabriek, doch dit kan niet uitgebreid worden tot een personenwagen, gebruikt door een of ander kaderlid. Het erf, de fabriek, wordt niet als dusdanig (mede)geëxploiteerd met een personenwagen. Een personenwagen kan niet worden gezien als in concreto een «geheel» uitmakend met de industriële exploitatie van de firma van de N.V. S.

Ten onrechte wenst de eiseres echter opname in het voorrecht passief voor het gehele bedrag. Als voorrecht dienen te worden aangemerkt alle gemaakte kosten zonder welke de zaak volledig of gedeeltelijk vernietigd zou zijn of minstens ongeschikt zou zijn geworden voor het gebruik waartoe de zaak is bestemd. Louter kosten tot verandering of verbetering komen niet in aanmerking (zie Cass., 11 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 707), evenmin als die welke betrekking hebben op het loutere gebruik (vb. benzine, olie; het voorwerp wordt immers 'op zich' niet ongeschikt voor het gebruik; bij gebreke van olie respectievelijk benzine is er gewoonweg geen mogelijkheid (geen ongeschiktheid) tot gebruik).

(Voorzitter: de h. Vanherpe – Advocaten: mrs. Lambrecht en Vandenbroucke – In de zaak: N.V. G. t/ Faill. N.V. S.)

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Jan Wouters

Hof van Justitie, 2 mei 1996

Sociale zekerheid van migrerende werknemers – Erkennung van arbeidsongeschiktheid – Controle

Paletta is een Italiaan, werkzaam in Duitsland, die met zijn familie op vakantie is in zijn geboorteland Italië, waar hij (en zijn echtgenote en zijn twee kinderen) ziek vallen. Hij vraagt arbeidsongeschiktheidsuitkeringen aan bij het bevoegde orgaan in Duitsland, wat volgens de Duitse wetgeving de werkgever is. De onderneming Brennet, de werkgever van Paletta, weigert echter deze uitkeringen (volgens de Duitse wet-

geving is de werkgever gedurende de eerste zes weken na de ziektemelding verplicht het loon van de betrokken werknemer door te betalen) daar men zich niet gebonden acht aan de in het buitenland afgegeven geneeskundige verklaringen, waarvan men om ernstige redenen de juistheid meende in twijfel te moeten trekken. Nu had het Hof van Justitie reeds in een eerste zaak Paletta (arrest van 3 juni 1992, zaak 45/90, Paletta, *Jur.*, 1992, 3423) voor recht verklaard dat «artikel 18, leden 1 tot en met 4, van de socialezekerheidsverordening 72/574/EG (dat de procedure regelt in verband met het bewijs van arbeidsongeschiktheid in het buitenland) in die zin moet worden uitgelegd dat het bevoegde orgaan (dit kan zowel een orgaan van sociale zekerheid zijn als de werkgever zoals dit in casu in Duitsland het geval is) feitelijk en rechtens gebonden is aan hetgeen het orgaan van de woon- en verblijfplaats met betrekking tot het begin en de duur van de arbeidsongeschiktheid heeft vastgesteld, indien het de belanghebbende niet door een arts van eigen keuze heeft laten onderzoeken, waartoe het op grond van artikel 18, lid 5, gemachtigd is.»

De nationale rechter had echter opgemerkt dat arbeidsongeschiktheidsverklaringen in de praktijk niet altijd met de werkelijkheid overeenkomen, in het bijzonder wanneer ze te kwader trouw zijn opgesteld of verkregen. Volgens de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht kan de werkgever (die het bevoegde orgaan is in Duitsland) in geval van misbruik van de juistheid van een medische verklaring aanvechten. Hiertoe dient hij omstandigheden aan te voeren en bewijzen die aanleiding geven tot ernstige twijfel aan de arbeidsongeschiktheid. Het staat dan aan de werknemer nader bewijs te leveren van het bestaan van de arbeidsongeschiktheid. Uitsluiting van een dergelijke mogelijkheid zou volgens de nationale rechter daarenboven de in het buitenland ziek geworden werknemer bevoordelen ten opzichte van de werknemer die in Duitsland ziek valt. Zo had de werkgever in het bijzonder opgeworpen dat, gedurende de voorbije jaren, Paletta en zijn gezinsleden zich gedurende hun vakantie in hun geboorteland, steeds tegelijkertijd ziek hadden gemeld. Het Hof wijst erop dat de belanghebbenden in geval van misbruik of bedrog geen beroep mogen doen op het gemeenschapsrecht (zie ook arrest van 21 juni 1988, zaak 39/86, *Lair, jur.*, 1988, 3161, r.o. 43) en dat de nationale rechters derhalve op basis van objectieve gegevens rekening kunnen houden met misbruik of bedrog van de betrokkene om in voorkomend geval hem de toepassing te ontfangen van de bepalingen van het gemeenschapsrecht. Bij de beoordeling van een dergelijk misbruik of bedrog dient de nationale rechter echter wel de door de desbetreffende bepalingen nagestreefde doelstellingen in aanmerking te nemen. De toepassing van de bovengehaalde rechtspraak, volgens welke het aan de werknemer staat nader bewijs te leveren van het bestaan van de door een medische verklaring geattesteerde arbeidsongeschiktheid, wanneer de werkgever omstandigheden aanvoert en bewijzen die ernstige twijfel aan de gestelde arbeidsongeschiktheid doen rijzen, is evenwel niet verenigbaar met de doelstellingen van artikel 18 van verordening 72/574/EG. Voor de werknemer die arbeidsongeschikt is geworden in een andere dan de bevoegde staat, zou dit immers bewijsproblemen opleveren die de gemeenschapsregeling juist wil voorkomen. Daarentegen staat deze bepaling er niet aan in de weg dat de werkgever bewijzen kan overleggen op grond waarvan de nationale rechter in voor-

komend geval kan vaststellen dat er sprake is van misbruik of bedrog in die zin dat de werknemer, ofschoon hij zich op een overeenkomstig artikel 18 vastgestelde arbeidsongeschiktheid beroept, niet ziek is geweest.

(Voltallig Hof – Zaak C-206/94, Paletta)

Y. Jorens

Hof van Justitie, 13 juni 1996

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Werkloosheidsuitkeringen – Export – Bijzondere bepaling voor België

Om de mobiliteit van de werknemer in het kader van het vrij verkeer van werknemers te bevorderen, voorziet de socialezekerheidsverordening nr. 71/1408/EG in artikel 69 in een bijzondere exportmaatregel die de mogelijkheid biedt om met behoud van zijn werkloosheidsuitkeringen gedurende drie maanden werk te gaan zoeken in een andere lidstaat. Indien de werkloze werknemer vóór die drie maanden naar het grondgebied van de bevoegde staat terugkeert, behoudt hij zijn recht op werkloosheidsvergoedingen. Indien hij echter na het verstrijken van deze termijn terugkeert, verliest hij dat recht, tenzij in buitengewone gevallen waarin de bevoegde diensten deze termijn kunnen verlengen. Voor België is er in artikel 69, lid 4, een bijzondere regeling opgenomen. Indien namelijk België de bevoegde staat is, zal de werkloze die na afloop van de termijn van drie maanden naar België terugkeert, pas opnieuw een recht op uitkering verkrijgen van dit land indien hij aldaar ten minste gedurende drie maanden werkzaamheden heeft uitgeoefend. Het is omtrent de interpretatie van deze bepaling dat aan het Hof een prejudiciële vraag wordt gesteld. Spataro ontving in België als werkloze een werkloosheidsuitkering en maakt gebruik van de bijzondere regeling van artikel 69 om met behoud van zijn Belgische werkloosheidsuitkeringen werk te gaan zoeken in Italië. Omdat hij in Italië echter geen werk vindt, keert hij na afloop van die termijn van drie maanden naar België terug, waar hij enige weken later werk vindt. Enkele weken later wordt hij echter opnieuw werkloos en vraagt hij een werkloosheidsuitkering aan. Deze wordt hem geweigerd omdat de betrokkene op basis van de bijzondere bepaling van artikel 69, lid 4, verordening 71/1408/EG geen drie maanden in België had gewerkt. De betrokkene werpt hiertegen op dat hij de voorwaarden zoals vereist in de Belgische wetgeving (met name een aantal dagen gewerkt hebben binnen een bepaalde referentieperiode) vervult en dat hij derhalve recht heeft op werkloosheidsuitkeringen.

De vraag rijst nu of een werkloze die gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om met behoud van zijn werkloosheidsuitkeringen werk te gaan zoeken in het buitenland en te laat – dit is na drie maanden – terugkeert, in alle gevallen opnieuw drie maanden moet hebben gewerkt in België om werkloosheidsuitkeringen te kunnen krijgen.

Dat is volgens het Hof niet het geval. De bijzondere bepaling van artikel 69, lid 4, heeft enkel betrekking op het herstel, de herkrijging van het recht op werkloosheidsuitkeringen en niet op het verkrijgen van het recht op uitkeringen. Zoals het Hof reeds eerder had bepaald (zie arrest van 10 mei 1990, zaak 163/89, Conti, *Jur.*, 1990, 1829, r.o. 16) mag

de bepaling van artikel 69, lid 4, niet los worden gezien van de bijzonderheden van de Belgische wetgeving. Volgens de Belgische wetgeving behoudt een werkloos geworden werknemer de hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde indien zijn uitkeringen slechts gedurende een periode die niet langer kan duren dan drie jaar, werd onderbroken. Juist als tegenvoorwaarde om gedurende een zo lange tijd het recht te behouden zonder dat de betrokkene ter beschikking blijft van de Belgische bureaus voor arbeidsbemiddeling, vereist artikel 69, lid 4, dat de betrokkene ten minste gedurende drie maanden weer werkzaamheden moet hebben verricht. Artikel 69, lid 4, heeft dan ook enkel betrekking op de herkrijging van het recht op uitkeringen door de werkloze die na afloop van de termijn van drie maanden terugkeert naar België. Een werkloze echter die op het ogenblik van zijn aanvraag voldoet aan de in de Belgische wetgeving gestelde voorwaarden voor het verkrijgen van het recht op werkloosheidsuitkeringen, mag het recht op deze uitkeringen niet worden ontzegd omdat hij niet eerst drie maanden heeft gewerkt. Iemand die na de termijn van drie maanden zoals voorzien in artikel 69 terugkeert naar de bevoegde staat, verliest weliswaar zijn recht op uitkeringen, maar dat betekent niet dat de betrokkene dit recht niet opnieuw kan verkrijgen onder de normale wettelijke voorwaarden van die staat. Een andere interpretatie zou in strijd zijn met het recht op vrij verkeer van werknemers. De betrokkene zal dan immers in een nadeliger positie worden geplaatst dan indien hij geen beroep had gedaan op de exportbepalingen van de verordening.

(Derde Kamer – Zaak C-170/95, Spataro)

Y. Jorens

Hof van Justitie, 11 juli 1996

Sociale zekerheid van migrerende werknemers – Materiële werkingssfeer – Uitkeringen bij vervroegde uittreding

In de zaak Otte krijgt het Hof de vraag voorgelegd of het zgn. «Aanpassingsgeld» in de Duitse wetgeving een socialezekerheidsuitkering is in de zin van de socialezekerheidsverordening 71/1408/EG. Het aanpassingsgeld is een uitkering ten voordele van mijnwerkers die een zekere leeftijd hebben bereikt maar die nog geen recht hebben op een ouderdomspensioen, en die ontslagen zijn als gevolg van een rationalisatiemaatregel welke is goedgekeurd door het Bondsministerie van Economische Zaken. De uitkering heeft als doel aan de betrokken mijnwerkers voldoende bestaansmiddelen te verzekeren. Haar duur is beperkt tot op het ogenblik van de pensioengerechtigde leeftijd. Het tijdvak waarin de uitkering wordt toegekend, telt mee bij de verwerving van de pensioenrechten en de vaststelling van het pensioenbedrag. Voor de berekening van het bedrag van dit aanpassingsgeld is de nationale regeling betreffende het ouderdomspensioen van overeenkomstige toepassing.

Valt het aanpassingsgeld nu onder het materiële toepassingsgebied van verordening 71/1408/EG? Dat het aanpassingsgeld niet is opgenomen in de verklaring welke de Lidstaten overeenkomstig artikel 5 van de verordening aannemen en waarin de lidstaten de bij hen geldende wettelijke regelingen vermelden, speelt geen rol. Dat een wetgeving niet is opgenomen in deze verklaring vormt op zich geen be-

wijs van het feit dat deze regeling niet onder het toepassingsgebied van de verordening zou vallen; het karakter van de regeling is bepalend (zie bv. ook arrest van 29 november 1977, zaak 35/77, Beerens, *Jur.*, 1977, 2249, r.o. 9, en recentelijk arrest van 18 mei 1995, zaak 327/92, Rheinhold, *Jur.*, 1995, I-1223, r.o. 18). Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het onderscheid tussen prestaties die van de werksfeer van verordening 71/1408/EG zijn uitgesloten, en prestaties die daar wel onder vallen, in de eerste plaats berust op de constitutieve elementen van elke prestatie, met name het doel waarop zij is gericht en de voorwaarden waaronder zij worden toegekend, en niet op het feit dat een prestatie door een nationale wetgeving al dan niet als een socialezekerheidsuitkering wordt aangemerkt (zie bv. arrest van 6 juli 1978, zaak 9/78, Gillard, *Jur.*, 1978, 1661, r.o. 11-12, en arresten van 27 maart 1985, zaak 249/83, Hoeckx, *Jur.*, 1985, 973, r.o. 11, en zaak 122/84, Scrivner, *Jur.*, 1985, 1027, r.o. 18). Dit is echter nog niet voldoende om van een socialezekerheidsuitkering in de zin van de verordening te kunnen spreken. Daarenboven moet de wettelijke regeling in elk geval verband houden met een van de in artikel 4, lid 1, van de verordening uitdrukkelijk opgesomde risico's. Deze bepaling bevat een uitputtende opsomming, zodat een tak van de sociale zekerheid die er niet in wordt vermeld, niet als zodanig kan worden gekwalificeerd, zelfs indien zij de rechthebbenden een wettelijk omschreven positie toekent die recht geeft op een uitkering (zie arresten van 27 maart 1985, zaak 249/83, Hoeckx, *Jur.*, 1985, 973, r.o. 12, en zaak 122/84, Scrivner, *Jur.*, 1985, 1027, r.o. 19). Daar dit aanpassingsgeld niet uitdrukkelijk is opgesomd in de lijst van artikel 4, lid 1, van verordening 71/1408/EG, zullen we dus aan de hand van de constitutieve elementen van deze uitkering moeten nagaan of het een socialezekerheidsuitkering in de zin van de verordening vormt.

Hoewel volgens het Hof het aanpassingsgeld zekere gelijkenissen vertoont met de ouderdomsuitkeringen – met name wat betreft de berekeningswijze welke geschiedt aan de hand van dezelfde regelen die ook worden gehanteerd voor de ouderdomspensioenen, als wat betreft sommige van de doelstellingen van deze uitkering zoals het verzekeren van voldoende bestaansmiddelen aan personen die in een stelsel van sociale zekerheid een bepaald tijdvak van bijdragebepaling hebben vervuld – verschillen zij toch op een ander vlak gevoelig van de ouderdomsuitkeringen. Zij hebben immers ook een doelstelling welke samenhangt met het werkgelegenheidsbeleid. In geval van rationalisatie dragen zij ertoe bij dat werknemers die de pensioenleeftijd naderen hun arbeidsplaats vrijmaken ten gunste van andere werknemers uit de mijnsector, een doelstelling die pas na inwerkingtreding van verordening 71/1408/EG is ontstaan in de context van de economische crisis die de Gemeenschap sinds enkele jaren teistert (zie ook arrest van 5 juli 1983, zaak 171/82, Valentini, *Jur.*, 1983, 2157, r.o. 17). De toekenning van deze uitkering draagt bij tot de vermindering van het aantal ontslagen werknemers die onder het stelsel van de werkloosheidsverzekering vallen. Maar ook door de voorwaarden waaronder het wordt toegekend, verschilt het aanpassingsgeld volgens het Hof van de uitkeringen bij ouderdom. Het wordt immers niet gefinancierd noch verworven op basis van eigen bijdragen van de rechthebbenden en het wordt toegekend aan ontslagen werknemers die de pensioenleeftijd nog niet hebben bereikt, gedurende een in de tijd beperkte pe-

riode, die voor de berekening van het ouderdomspensioen in aanmerking wordt genomen. Bovendien wordt de betaling van het aanpassingsgeld stopgezet bij het overlijden van de rechthebbende, zonder dat enig recht op diens nagelaten betrekking overgaat. Gelijktelling van het aanpassingsgeld met een uitkering waarop de verordening van toepassing is, zou in de meeste gevallen trouwens leiden tot een vermindering van het bedrag van de uitkering dat wordt toegekend aan de rechthebbenden die niet de voorwaarden vervullen om tegelijkertijd een pensioen in een andere lidstaat te ontvangen.

Wegens de met het werkgelegenheidsbeleid verbonden doelstelling en de voorwaarden waaronder het wordt toegekend, is het aanpassingsgeld dus geen ouderdomsuitkering, maar wel eerder vergelijkbaar met een uitkering bij vervroegde uittreding. Deze uitkeringen vallen echter niet onder de verordening.

Is het dan eventueel geen werkloosheidsuitkering? Ook dat is niet het geval. De rechthebbende hoeft zich immers niet als werkzoekende in te schrijven, hoeft zich niet ter beschikking van de arbeidsmarkt te houden en hoeft zich niet te onthouden van het uitoefenen van een activiteit als loontrekkende of als zelfstandige, waarvan de inkomsten een plafond overschrijden. Bijgevolg moet volgens het Hof worden geconcludeerd, dat dergelijke toekenningsvoorwaarden, die een gevolg zijn van de met het aanpassingsgeld beoogde doelstelling op het gebied van het werkgelegenheidsbeleid, welke doelstelling inzonderheid inhoudt ontslagen werknemers te onttrekken aan de werkloosheidsverzekering, duidelijk verschillen van die welke kenmerkend zijn voor een werkloosheidsuitkering.

Het aanpassingsgeld vormt dus een uitkering bij vervroegde uittreding, welke tot op heden ondanks de pogingen van de Europese Commissie, niet onder het toepassingsgebied van verordening 71/1408/EG valt. De Europese Commissie heeft reeds tweemaal een voorstel tot wijziging van verordening 71/1408/EG ingediend met het oog op het toepasselijk worden van deze verordening op de uitkeringen bij vervroegde uittreding, tot op heden echter zonder succes. Zo diende de Commissie reeds op 18 juni 1980 een voorstel in (zie *Pb.*, 1980, C 169, 22). Op 18 januari 1996 diende de Commissie een tweede voorstel in (zie *Pb.*, 1996, C 62, 14). Terwijl in het eerste voorstel de uitkeringen bij vervroegde uittreding als een wijze van werkloosheidsuitkeringen worden aangemerkt, worden in het tweede voorstel de uitkeringen bij vervroegde uittreding als een nieuwe autonome soort uitkeringen toegevoegd aan de lijst van artikel 4, lid 1, van verordening 71/1408/EG. In beide voorstellen wordt in een export van deze uitkeringen voorzien.

(Vijfde Kamer – Zaak C-25/95, Otte)

Y. Jorens

BENELUXRECHT

Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland

De Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland vergaderde te Vught op 22 en 23 november 1996.

Bij de aanvang van de vergadering werd door prof. M. Storme, voorzitter van de Belgische sectie, een rouwhulde uitgesproken ter eere van prof. L.P. Suetens, lid van de afdeling Publiekrecht.

Naar jaarlijkse traditie werd vervolgens in de afzonderlijke afdelingen van gedachten gewisseld over de drie volgende thema's:

- de afwikkeling van schade geleden of veroorzaakt door niet gemotoriseerde verkeersdeelnemers;
- witwassen en voordeelsontnemingen;
- de staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen.

Na toelichting van de rapporten door de respectieve preadviseurs bespraken de aanwezigen uitvoerig de onderwerpen.

Tijdens de slotzitting werd over de werkzaamheden van de afdelingen verslag uitgebracht door de respectieve secretarissen, B.T.M. van der Wiel, T.B. Trotman en A. Bijleveld. Deze verslagen worden hierna gepubliceerd.

De Belgische sectie ging over tot de verkiezing van nieuwe leden: prof. M. Coene en M.E. Storme (afdeling Privaatrecht); raadsheer L. Huybrechts en prof. R. Verstraeten en F. Deruyck (afdeling Strafrecht); prof. I. Opdebeek en P. Van Orshoven (afdeling Publiekrecht).

De volgende vergadering van de Vereniging is gepland te Gent op 21 november 1997. In de drie afdelingen zal eenzelfde thema worden behandeld, te weten «Rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel». Als Belgische preadviseurs zullen alsdan optreden: de professoren M.E. Storme en R. Verstraeten en mevr. P. Popelier.

Op 22 november 1997 zal te Brussel een academische plechtigheid ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Vereniging plaatsvinden. Bij dit jubileum verschijnt ook een boek waarin door de prof. E. Krings, J. D'Haenens, F. Debaedts en K. Rimanque en voorzitter J. Delva verslag wordt uitgebracht over de invloed van de Vereniging en van de in haar schoot uitgebrachte preadviezen op het recht in beide landen.

Alain De Nauw

Afdeling Privaatrecht: de afwikkeling van schade geleden of veroorzaakt door niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers

De privaatrechtelijke afdeling van de vereniging beraadslaagde over «de afwikkeling van schade geleden of veroorzaakt door niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers», aan de hand van preadviezen van T. Hartlief voor Nederlands recht en H. Boeken en I. Geers voor Belgisch recht. In eerste instantie werden de algemene regelingen voor aansprakelijkheid voor verkeersschade uiteengezet en besproken. Zowel het Belgische als het Nederlandse stelsel kunnen als «verbrokken» worden gekarakteriseerd. In België kent men een «lappendeken» van verzekeringsregelingen en een aansprakelijkheidsrecht dat uitgaat van foutaansprakelijkheid, niet van risicoaansprakelijkheid. Gaten in het vangnet, zoals die kunnen ontstaan bij bijvoorbeeld vluchtmisdrijven, worden ondervangen met behulp van een Waarborgfonds.

Ook Nederland kent een uitgebreid stelsel van sociale verzekeringen. Het slachtoffer dat aldus vergoeding van geleden nadeel vindt, hoeft dus geen beroep te doen op het aansprakelijkheidsrecht, althans voor zover de schade het dekkingsplafond van de verzekering niet overschrijdt. Dit ligt anders voor de regres nemende uitkerende instantie, die zich wel moet bedienen van aansprakelijkheidsrecht. Maakt het slachtoffer gebruik van aansprakelijkheidsrecht – denk bijvoorbeeld aan een inzittende, die zich moet beroepen op art. 6:162 BW – dan kan de aard van het commune aansprakelijkheidsrecht met zich meebrengen, dat het slachtoffer met een bewijsprobleem komt te zitten.

De discussie naar aanleiding van deze algemene schets van twee verbrokkelde stelsels leidde tot de conclusie, dat het wenselijk lijkt te streven naar een internationale materiële regeling voor de vergoeding van verkeersschade, zeker nu internationale verkeersongevallen steeds vaker voorkomen.

Binnen de discussie over verkeersschade wordt een bijzondere plaats toegekend aan de ongemotoriseerde verkeersdeelnemers. Deze groep geniet een bijzondere bescherming tegenover de gemotoriseerde verkeersdeelnemer. Als ratio hiervoor kan worden aangedragen dat er sprake is van fundamentele ongelijkheid: de automobilist geniet de bescherming van het voertuig waarin hij zit, controleert de energie van dat voertuig en is als zodanig de gevaarzetter. Daaraan kan worden toegevoegd dat de gevaarzetter rekening

moet houden met onvoorzichtigheid van een ander, in casu de ongemotoriseerde verkeersdeelnemer.

Er zijn echter ook argumenten aan te dragen om de aansprakelijkheid van de automobilist enigszins te beperken. Ook de voetganger of de fietser kan (een deel van het)gevaar tot stand brengen. Ook deze groep kan, evenzeer als die van de automobilisten, geacht worden, de met het verkeer verbonden gevaren te kennen. Een meer dogmatisch getint argument is dat het in strijd lijkt met de aard van het aansprakelijkheidsrecht hiermee welke groep dan ook volledig te willen beschermen tegen de gevolgen van eigen fouten.

Een aandachtspunt was de vraag hoe de soort ongevallen waarvoor de bijzondere regelingen gelden, moet worden afgebakend. In Nederland is hierover nauwelijks discussie. In België zien we dat de wetgever een ruime uitleg van de term «betrokkenheid» voor lijkt te staan maar het woord «causaliteit» kennelijk wil vermijden. Toch lijkt de equivalentie met de uitleg van de wetgever te stroken.

In praktische zin is de wens tot een speciale behandeling van de ongemotoriseerde voortgekomen uit de grote aantallen verkeersslachtoffers. In eerste instantie werd verwezenlijking van deze wens gezocht met behulp van aansprakelijkheidsrechtelijke constructies. De mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht zijn echter beperkt. In het Belgische recht lijkt met de invoering van art. 29bis WAM het aansprakelijkheidsrecht te worden verlaten ten faveure van een regeling met een verzekeringsrechtelijk karakter, waarbij wordt voorzien in automatische schadevergoeding.

In Nederland kennen we de zogenaamde 100%-regel voor de vergoeding van schade geleden door kinderen tot 14 jaar. Het resultaat van deze jurisprudentiële regel, die voortvloeit uit de niet-aansprakelijkheid van kinderen onder de 14 jaar in het commune aansprakelijkheidsrecht (art. 6:164 BW), zien we ook in België, zij het dan zonder de exceptiemogelijkheid bij opzet of daaraan grenzen de roekeloosheid die we in Nederland kennen. De vraag of een dergelijke regel voor alle ongemotoriseerde slachtoffers zou moeten gelden, conform de plannen voor wetgeving die er in Nederland liggen, werd in zijn algemeenheid bevestigend beantwoord. De voorkeur hierbij ging echter uit naar vervanging van een regeling met een aansprakelijkheidskarakter door een «first party-insurance».

Onverkorte toepassing van de 100%-regel lijkt echter onwenselijk. De vraag is welke grens er moet worden getrokken. Gekozen werd voor de clause «opzet en aan opzet grenzende roekeloosheid» als beperkende factor. Deze regel wilde men niet op kinderen onder de 14 toepassen: bij deze groep zou dan geen exceptie meer mogelijk zijn.

Is de automobilist slachtoffer, dan kan hij in Nederland in aanraking komen met de reflexwerking van art. 185 WvW, die de aansprakelijkheid van de ongemotoriseerde laedens beperkt. In België kent men zo'n regel niet. Naar laatstgenoemde situatie ging de voorkeur uit.

De positie van de insittende is een moeilijke: moet deze als de bestuurder of als de ongemotoriseerde worden behandeld? Zowel in de Belgische als de Nederlandse (ontwerp-)wetgeving wordt voor het laatste gekozen.

In hoeverre volledige vergoeding van schade aan bestuurderszide wenselijk is, werd afhankelijk geacht van de financiële mogelijkheden. Een first party-verzekering lijkt hier de aangewezen weg. Aan de ene kant valt dan een forse premiestijging te verwachten, maar daartegenover staat dat de transactiekosten waarschijnlijk fors zullen dalen. Een vrijwillige variant genoot de voorkeur. Eventueel zou een aftoppend vergoedingsplafond de premiestijging enigszins binnen de perken kunnen houden. In ieder geval biedt zo'n regeling een oplossing voor de groep «eenzijdige ongevallen», zoals bijvoorbeeld wanneer een automobilist tegen een boom rijdt.

Opgemerkt werd dat, welke regeling ook geldt, in de praktijk de automobilist, hoewel hij aansprakelijk is, nooit zelf betaalt: dat doet de WAM-verzekeraar (c.q. de kring van WAM-verzekerden). De vraag is wie uiteindelijk de kosten moet dragen. Uitgebreide regresmogelijkheden brengen forse transactiekosten met zich mee. Regres verplaatst lasten van sociale verzekeraars naar aansprakelijkheidsverzekeraars, maar door de massaliteit in de deelneming aan deze verzekeringen zou gezegd kunnen worden dat de zelfden betalen. In sommige gevallen leent regres zich voor afdoening op statistische basis. In België doet men daarmee al ervaring op. Binnen de vergadering sprak zich een kleine meerderheid uit voor afschaffing van het regres, al werd hierbij verzocht dat dit door tegenwerking

van belanghebbenden waarschijnlijk toch geen haalbare kaart zou zijn.

De positie van de regresnemer zelf is in Nederland minder goed dan die van het slachtoffer. In België is dat, op twee uitzonderingen na, niet zo. Men vond wenselijk dat regresnemer en slachtoffer gelijk zouden worden behandeld.

Ten slotte kwam de vraag aan bod wat het karakter van de regeling van afwikkeling van verkeersschade zou moeten zijn. Hierover was snel consensus; een verkeersverzekering, uit respect voor het aansprakelijkheidsrecht.

B.T.M. van der Wiel

Afdeling Strafrecht: witwassen en voordeelsontneming

In de afdeling Strafrecht is gedebatteerd over witwassen en voordeelsontneming aan de hand van een tiental vraagpunten behorend bij de preadviezen van prof. dr. F. Deruyck voor België en mr. D.R. Doorenbos voor Nederland.

Nederland kent, anders dan België, geen aparte strafbaarstelling voor witwassen, de wetgever heeft ervoor gekozen de helingsbepalingen aan te scherpen. Dit levert een aantal problemen op nu geld, het te helen goed, vatbaar is voor vermenging, waardoor het lastig is te identificeren wat nu precies het door misdrijf verkregen goed is. Bovendien is heling een begunstigingsdelict zodat diegene die een helingshandeling begaat ten aanzien van een goed dat hij zelf door enig misdrijf heeft verkregen niet wegens heling kan worden veroordeeld. De Nederlandse sectie zou in meerderheid dan ook graag zien dat een aparte strafbaarstelling voor witwassen zou worden ingevoerd.

De Belgische sectie voelt er overigens niet voor om evenals in Nederland een culpose variant van heling/witwassen op te nemen in de wetgeving. De Belgische sectie is tevreden met de bestaande situatie waarbij alle delicten, dus zowel misdaden als wanbedrijven en overtredingen als basisdelict voor het witwassen in aanmerking kunnen komen. Aan Nederlandse zijde wordt geopperd dat best eens gekeken zou kunnen worden of winstgevend overtredingen niet ook als basisdelict zouden moeten kunnen gelden. Het voorstel om de – bij voorkeur afzonderlijk – strafbaarstelling van witwassen slechts toe te passen indien sprake is van georganiseerde criminaliteit, wordt van de hand gewezen. Tevens is besproken of het voordeel verkregen door belastingontduiking kan worden ontnomen. De Nederlandse sectie is van mening dat de besparing als gevolg van belastingontduiking kan worden ontnomen zodra het voor de betrokkene niet meer mogelijk is om aan zijn verplichtingen te voldoen. De Belgische sectie is verdeeld, met name nu dat zou kunnen leiden tot dubbele ontneming, eenmaal fiscaal en eenmaal in het kader van het strafproces. Een meerderheid van deze sectie meent dan ook dat het wenselijk zou zijn indien in België een anticumulatiebepaling zou worden ingevoerd, zoals Nederland die kent, waardoor belastingvoordelen niet kunnen worden ontnomen aangezien de fiscus over een eigen invorderingsinstrumentarium beschikt.

De beide secties zijn opvallend eensgezind wat betreft de beantwoording van de vraagpunten over de meldingsplicht. De België sectie zou in het kader van de rechtszekerheid graag zien dat aan de financiële instellingen, net als in Nederland, meldingsrichtlijnen worden gegeven. Zeker nu de administratieve boete tot 50 miljoen frank kan oplopen. Overigens is de hele afdeling van mening dat uiterst terughoudend dient te worden gereageerd op de roep om de meldingsplicht uit te breiden tot advocaten, nu dat een enorme inbreuk zou betekenen op zijn geheimhoudingsverplichting. Beide secties spreken de voorkeur uit voor een tweesporenbeleid met betrekking tot de sanctiëring van het niet naleven van de meldingsplicht. In eerste instantie zou dat administratiefrechtelijk dienen te worden afgedaan, zij het dat die procedure dan wel aan art. 6 EVRM dient te voldoen. Doch in zwaarwegende gevallen verdient een strafrechtelijke aanpak de voorkeur vanwege het belang van de publieke controleerbaarheid.

De Nederlandse wetgever heeft een speciaal onderzoekskader geschapen: het strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO) dat los staat van het regulier onderzoek naar de strafbare feiten. De ontnemingsprocedure is ook losgekoppeld van de hoofdprocedure, de strafzaak. De Belgische sectie meent dat hun eigen wetgeving voldoende aanknopingspunten biedt om een dergelijk onderzoek te voeren, mits de deskundigheid van de opsporingsdiensten gegaran-

deerd kan worden. Doch de sectie acht het niet wenselijk de verbeurdverklaring in een aparte procedure onder te brengen, zeker niet als in een dergelijke procedure een lichtere bewijslast geldt, zoals in Nederland het geval is.

Voorts is gediscussieerd over de vraag wat nu het overwegend karakter van de sanctie van de voordeelsontneming is: straf (België) of maatregel (Nederland). Geconstateerd wordt dat de sanctie van de voordeelsontneming in Nederland niet zuiver reparatoir van aard is, doch duidelijk punitieve trekken heeft, met name nu bij niet voldoen aan de betalingsverplichting een bijzondere vorm van vervangende hechtenis kan worden toegepast die tot maximaal 6 jaar kan oplopen. Er kan binnen de sectie echter geen consensus worden bereikt over het voorstel de vervangende hechtenis dan maar af te schaffen om het maatregelkarakter van de sanctie te onderstrepen.

Nederland kent vier, zeer vergaande, varianten van voordeelsontneming. De ontnemingsvordering kan worden toegewezen indien *aannemelijk* is geworden dat de betrokkene wederrechtelijk voordeel heeft verkregen uit (a) het feit waarvoor is veroordeeld; (b) een aan dat feit soortgelijk feit; (c) een feit waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd; (d) andere strafbare feiten, let wel deze hoeven niet door de betrokkene te zijn gepleegd, die er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde voordeel heeft verkregen. De Belgische sectie geeft aan dat zij met stijgende verbazing heeft gelezen wat in Nederland wel niet allemaal ontnomen kan worden. Welhaast bij acclamatie wordt door de afdeling de aanbeveling van de Nederlandse preadviseur overgenomen om in Nederland, evenals in België het geval is, de voordeelsontneming te beperken tot het delict waarvoor werd veroordeeld. Tot slot is nog kort ingegaan op de vraag wat de inhoud en de omvang van de bewijslast zou moeten zijn voor de derde belanghebbende, nu over het algemeen wordt aangenomen dat in beide landen verbeurdverklaring ten laste van derden kan plaatsvinden. Er wordt overeenstemming bereikt dat de derde in ieder geval dient aan te tonen dat hij eigenaar is, aan Nederlandse zijde kan echter geen consensus worden bereikt over de vraag in hoeverre daarnaast ook nog het ontbreken van kwade trouw aannemelijk dient te worden gemaakt.

T.B. Trotman

Afdeling Publiekrecht: de staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen

Uit de discussie in de afdeling Publiekrecht kwam treffend naar voren dat de problemen in België en Nederland verschillen; dit maakte het moeilijk tot een vergelijking te komen. In de discussie werden achtereenvolgens zes stellingen besproken.

De eerste stelling betrof het verdragsbegrip. In het Nederlandse constitutionele recht wordt het volkenrechtelijk verdragsbegrip gebruikt, het begrip verdrag in de Belgische grondwet daarentegen heeft een autonome betekenis. Dit standpunt van de preadviseurs over het verdragsbegrip werd niet als zodanig bestreden, maar aan Belgische zijde kwam de wens naar boven ook in België het volkenrechtelijke begrip te gebruiken. Men was verder in het algemeen van mening dat men de eisen van de praktijk niet uit het oog mag verliezen.

Bij de behandeling van het tweede punt, de binding aan de grondwet bij het sluiten van verdragen, speelden de eisen van de praktijk eveneens een rol. Er werd opgemerkt, dat de regering weliswaar op het moment van de verdragssluiting gebonden is aan de grondwet en bestaand verdragsrecht, maar dat de praktijk niet altijd toelaat deze regels te respecteren. In deze gevallen speelt de hogere rang van de volkenrechtelijke regels. De hiërarchie van de normen heeft wel tot gevolg dat een verdrag dat in strijd is met de bepalingen van de grondwet de werking van deze bepalingen schorst, maar dat wil niet zeggen dat de regering welbewust verdragen mag sluiten die in strijd zijn met de grondwet.

Vervolgens werd de goedkeuring van verdragen besproken. De bestaande goedkeuringsprocedure heeft ernstige nadelen, wat vooral merkbaar is in België. Er is nochtans enige vorm van controle nodig. De afdeling aanvaardt echter niet als algemene regel dat de grondwet of een andere regel van constitutioneel recht dient te bepalen dat de regering de tekst van het ontwerpverdrag moet voorleggen aan de volksvertegenwoordiging vóór het afsluiten van de onderhandelingen. Tegen voorlegging aan de parlementaire commis-

sies onder de voorwaarde van geheimhouding lijkt minder bezwaar te zijn. Op die manier kan de volksvertegenwoordiging voor het vaststellen van de tekst aangeven of er onoverkomelijke bezwaren bestaan, zodat dit nog in de onderhandelingen kan worden meegenomen, en er geen noodzaak is tot nieuwe onderhandelingen na een onthouden van de goedkeuring. In verband met de enorme aantallen verdragen is een eenvoudigere procedure van goedkeuring en aanvaarding in België misschien wenselijk. De afdeling geeft er de voorkeur aan dat onderscheiden wordt tussen een kleine categorie direct werkende verdragen die parlementaire goedkeuring vergen en de andere verdragen waarbij een soort verklaring van geen bezwaar (stilzwijgende goedkeuring zoals in Nederland) zou volstaan. Aan Nederlandse zijde ervaart men het inderdaad als een probleem dat het al of niet eenieder verbindend zijn van een verdrag niet bepaalt of een verdrag aan het parlement wordt voorgelegd. Men is unaniem van mening dat de regering niet vrij mag zijn om zelf de inhoud van een eenmaal goedgekeurd verdrag te wijzigen door middel van het maken van voorbehouden en het al of niet aanvaarden van de facultatieve clausules.

In België zijn er problemen met de publicatie van verdragen. Voor verdragen waarbij de federatie alleen of niet is betrokken, bestaat geen omvattende duidelijke regeling. Dat de meeste verdragen gepubliceerd worden, doet hier niet aan af. Er is dringend behoefte aan een Belgisch Tractatenblad. Eveneens is het in verband met het Taalunieverdrag raadzaam te komen tot gemeenschappelijk Belgisch-Nederlandse vertalingen van verdragen in het Nederlands.

In verband met de effecten van de goedkeuring is de afdeling van mening, dat een verdrag dat al door één van de deelstaten is goedgekeurd en volkenrechtelijk verbindend is, binnen die deelstaat al toegepast kan worden. Voorlopige toepassing vóór goedkeuring en vóór inwerkingtreding lijkt de vergadering bezwaarlijk aanvaardbaar.

Inzake toetsing blijken ernstige bezwaren te rijzen tegen het standpunt van het Arbitragehof dat het bevoegd is om goedkeuringsakten te toetsen na prejudiciële vraag. Het probleem van de gevolgen van het nietig of buiten toepassing verklaren van een verdrag is niet helemaal besproken. Als een rechter een verdrag buiten toepassing stelt, behoudt het verdrag zijn volkenrechtelijke binding en blijft de regering verplicht het uit te voeren om te voorkomen dat de staat volkenrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld. Op deze wijze leeft de regering echter de rechterlijke uitspraak niet na, waardoor het ontlopen van de volkenrechtelijke aansprakelijkheid gepaard gaat met een internrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. De toetsing stelt aldus een onoplosbaar probleem onder andere doordat de betekenis van verdragen en grondwet in de loop van de tijd verandert als gevolg van de dynamische interpretatie die zij krijgen. De afdeling heeft zich over het standpunt van de Nederlandse preadviseur inzake toetsing van de verdragsprocedure – dat formele toetsing is toegestaan – niet zonder meer uitgesproken. Toch spreekt zij een voorkeur uit voor de mogelijkheid het al of niet bestaan van een verdrag nationaalrechtelijk te toetsen.

A. Bijleveld

BOEKEN

L. Vael, **Privaatrechtelijke veinzing. Omtrent gesluierde rechtshandelingen, juridische zinsbegoocheling en verschalkte derden**, in dossier T.B.B.R., Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1996, 165 pp.

Deze monografie in de reeks *Dossiers T.B.B.R.* heeft als grote verdienste de eerste echte monografie te zijn die op een systematische wijze de privaatrechtelijke veinzing belicht. Dit wordt terecht beklemtoond door prof. A. Van Oevelen die een voorwoord schreef. Deze monografie moet evenwel beschouwd worden als een beknopte en bondige weergave van het veinzingsbegrip. De auteur heeft dan ook op geen enkel ogenblik de bestaande discussies of stellingen in de rechtsleer en in de rechtspraak diepgaand uitgewerkt.

Op een gebalde en vrij algemene wijze worden in de verschillende hoofdstukken eerst de grondslag (nrs. 1-5), het begrip veinzing (nrs. 6-7) en de voorwaarden voor de veinzing weergegeven (nrs. 8-14). Daarnaast komen ook deverschillende vormen van veinzing (nrs. 15-27) aan bod evenals de geoorlooftheid (nrs. 43-52) en de rechtsgevolgen van de veinzing tussen de betrokken partijen jegens derden (nrs. 53-68).

Vermeldenswaard is de uiteenzetting met betrekking tot de derdenbescherming (nrs. 28-42) evenals de bespreking met betrekking tot de toepassingsvoorwaarden voor de kwalificatie «derde» in de zin van art. 1321 B.W. (nrs. 69-76). Zo geeft de schrijver aan dat in het kader van art. 1321 B.W. een van art. 1165 B.W. afwijkend derdenbegrip moet worden gehanteerd. Onder derdenbescherming zou dan ook «de bescherming van de goede trouw van eenieder die niet deelnam aan de creatie van de schijntoestand» moeten worden verstaan.

De hierboven vermelde bondigheid doet nochtans niets af aan het belang van deze monografie. In de eerste plaats mag het gebruikte bronnenmateriaal werkelijk indrukwekkend worden genoemd (pp. 119-158). Dit houdt dan ook in dat deze monografie een overmijdbaar uitgangspunt zal zijn voor ieder verder onderzoek met betrekking tot de veinzing. Door een zeer handig trefwoordenregister wordt snel opzoekingswerk bovendien bevorderd.

Daarnaast is het eveneens een verdienste van deze monografie dat het veinzingsbegrip wordt vergeleken met andere rechtsfiguren zoals de vertrouwensleer, de private straf, wetsonduiking, risicoaanvaarding, rechtsverwerking en cessie tot zekerheid. Op deze manier wordt de eigenheid en het «sui generis»-karakter van deze rechtsfiguur duidelijk aangetoond en geaccentueerd.

Uit bovenstaand kort overzicht mag dan ook duidelijk blijken dat de besproken monografie beschouwd mag worden als een solied basisoverzicht dat zeer zeker als een bruikbaar en zeer nuttig hulpmiddel kan dienen zowel voor eventueel verder academisch onderzoek als voor iedere praktijkjurist.

Raf Van Ransbeeck

W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.), **Regresrechten; afschaffen, handhaven of uitbreiden**, Schoordijk Instituut Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 165 pp.

Privatiseringen en besparingen, het zijn termen die aan de orde van de dag zijn. Het boek *Regresrechten: afschaffen, handhaven of uitbreiden* geeft weer welke weerslag die twee tendensen in Nederland hebben op de figuur van het regres. De problematiek is ook in België niet onbekend: zo werd de schaderegeling ten voordele van bepaalde slachtoffers van verkeersongevallen (art. 29bis WAM) ingevoerd door een sociale programmwet en wel o.m. met als oogmerk te besparen in de sociale zekerheid. In Nederland heeft de regering heel wat risico's die voorheen gedekt werden door werknemersverzekeringen, overgeheveld naar de goedkopere volksverzekeringen. Maar in tegenstelling tot de werknemersverzekeringen kennen die volksverzekeringen de figuur van het regres niet. De aansprakelijken profiteren aldus van die overheveling, de sociale zekerheid van haar kant kan bepaalde uitgaven niet meer recupereren. Reden te over voor de overheid en de rechtsleer om zich te bezinnen over deze problematiek.

Het boek bundelt teksten van acht auteurs. Zowel het positief recht als het kritische onderzoek van het bestaande recht komen aan bod. Wat het positief recht betreft, moet worden opgemerkt dat de materie niet zeer toegankelijk is voor wie niet vertrouwd is met het Nederlandse recht. Er wordt niet alleen veelvuldig gebruik gemaakt van allerhande verwijzingen en afkortingen, bovendien wordt van de lezers ook heel wat voorkennis vereist. Zo moet men bijvoorbeeld een minimale kennis hebben van de verkeersongevallenregeling die thans in Nederland van toepassing is.

Het fappeert dat het Nederlandse en het Belgische recht soortgelijke knelpunten kennen: de grenzen van de verhaalsmogelijkheid (het «civiel plafond»), de bruto/nettoproblematiek, de informatieplicht of het verweer dat gevoerd kan worden door de dader die tevens een gezinslid of een collega is van het slachtoffer. Beide rechtssystemen kennen echter ook essentiële verschillen. Zo valt op dat de schaderegelingen die slachtoffers beter moeten beschermen (zoals objectieve aansprakelijkheid) »niet gelden ten faveure van gesubrogeerde assuradeuren» (Spier, p. 36). Alleen de slachtoffers mo-

gen van die regels profiteren; er wordt niet »gesubrogeerd in zieligheid».

Naast een overzicht van het positief recht wordt ook ingegaan op een aantal punten die in juridisch-technisch perspectief betwist worden. Hier kan het volgend voorbeeld van gegeven worden. Zoals aangegeven hebben de verzekeraars geen verhaal op grond van slachtofferbeschermende rechtsregels. Ze kunnen echter wel vorderen krachtens het gemene recht. Ook de beperkingen van dat gemene recht zijn dan een toepassing, zoals bijvoorbeeld de verdeling van de aansprakelijkheid. Hetgeen betwist wordt, is of de verdeling van de aansprakelijkheid dient te gebeuren op grond van de ernst van de fout van het slachtoffer, dan wel op grond van de bijdrage ervan in de totstandkoming van de schade. Dit probleem is ook in België niet onbekend (zie Bocken, H., «Actuele problemen inzake het oorzakelijk verband», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 119). De Nederlandse traditie getrouw steken de auteurs niet alleen hun nek uit, maar gaan ze ook hartstochtelijk met elkaar in de clinch en verdedigen ze complexloos diametraal tegenovergestelde standpunten (Hartlief, p. 15, versus Spier, p. 43).

Het interessantste is echter de kritische reflexie over de problematiek. De verschillende argumenten pro en contra worden uitvoerig ontwikkeld en besproken. Het belangrijkste argument tegen verhaalsrechten is dat de uitoefening ervan veel kost. Er worden veel kosten gemaakt om een resultaat te bereiken dat geen maatschappelijk nut heeft; regresrechten zouden enkel een *lawyers' paradise* zijn (Bloembergen, p. 73). Faure wijst er nochtans op dat zeer accurate data over de kosten ontbreken (p. 56; zie nochtans Barendrecht, p. 137). Het debat over de wenselijkheid van regresrechten is dan ook bezwaard nu de waarde van het belangrijkste tegenargument niet goed ingeschat kan worden. Toch meent ook Faure dat regresrechten inefficiënt zijn: op grond van rechtseconomische overwegingen concludeert de auteur dat de mogelijkheid dat regres wordt uitgeoefend, niet aanzet tot meer zorgvuldigheid. Daar staat echter wel tegenover dat de schade verschuiven naar de risicodragers ertoe kan leiden dat de gevaarlijke activiteit afneemt hetgeen ook het gevaarsrisico verkleint (p. 64). De allocatie leidt ook tot een juiste prijszetting: men betaalt het risico dat men creëert. Dat is belangrijk, aldus Faure, omdat men dan de correcte prijs van de activiteit ziet. Bloembergen is een vermaard tegenstander van regresrechten, in welke vorm die ook mogen worden gegoten. Hij stelt dat de kosten die gepaard gaan met regresrechten, veel te hoog zijn, en dat het systeem uiteindelijk geen nut oplevert. Zo heeft het geen zin dat de collectiviteit van de verzekerden van motorrijtuigen geld doorpompt naar de sociale zekerheid, omdat de sociaal verzekerden en de personen die hun verkeersaansprakelijkheid verzekeren, grotendeels dezelfde personen zijn. Dit zou een nutteloze broekzak-vestzakoperatie zijn. De schade afwentelen op degene die het risico creëert, kan volgens Bloembergen veel beter en gemakkelijker worden bereikt door de introductie van heffingen. Bloembergen gaat echter niet in op het standpunt van Boot, die stelt dat als regres veel kost, niet de regresnemer, maar wel de veroorzaker daarvoor moet opdraaien (p. 93). De veroorzaker moet in die opvatting dus niet alleen de schade vergoeden, maar ook de kosten van het regres.

Verder leert men ook de mogelijke alternatieven kennen. Collectivering van regres houdt bijvoorbeeld in dat regres niet meer op dossierniveau wordt afgehandeld, maar dat de aansprakelijkheidsverzekeraars aan de sociale verzekeraars (ziekenfondsen bv.) een gezamenlijk bedrag toekennen dat gelijk is aan het totaal van wat het individueel regres zou hebben opgeleverd. Het is echter ook mogelijk een band met het dossier te laten bestaan, maar de afhandeling te vereenvoudigen door het invoeren van een aantal gestandaardiseerde normen. De meest voorkomende feitsituaties kunnen aan de hand van schalen worden afgewikkeld. Zo kan worden vastgesteld welk percentage van de schade kan worden verhaaldd als het slachtoffer geen veiligheidsgordel aanhad. Wie in dit thema geïnteresseerd is, vindt ongetwijfeld zijn gading in de genuanceerde bijdrage van Barendrecht.

Van Boom gaat in op het onderscheid tussen zelfstandige verhaalsrechten en het subrogatierecht. De auteur geeft een overzicht van de verschillen naar inhoud en vorm en bekritiseert het fundament van het onderscheid. Verder werkt Van Boom een juridisch-technisch alternatief uit dat het thans bestaande rechtsgeheel zou kunnen vervangen. Storm heeft het over het werkgeversregres. Zoals men weet zijn de werkgevers in Nederland verplicht om één jaar lang het loon door te betalen. De auteur stelt voor alle kosten die

gepaard gaan met die verplichting, op de eventuele aansprakelijke te leggen. Het zou derhalve moeten gaan om een eigen recht (pp. 129-130).

Het boek bevat nog tal van andere interessante bespiegelingen en onderzoeksresultaten. Een echt praktijkgericht boek is het echter niet, het is in eerste instantie een kritisch onderzoek van het bestaande recht. Het boek is daarom vooral van belang voor verder wetenschappelijk onderzoek. In tweede orde kan ook de praktijkjurist zijn gading vinden in dit boek. Er worden immers heel wat praktijkrelevante zaken besproken, zij het dat dit niet op systematische wijze gebeurt. Dat is evenwel ook niet de bedoeling van de initiatiefnemers geweest. Voor een allereerste verkenning van het Nederlands recht kan men beter terecht in klassieke standaardwerken. Maar wie reeds enigszins vertrouwd is met het Nederlands systeem, zal in dit boek wel verschillende bruikbare passages aantreffen.

Bruno Lietaert

I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, *Inkomsten uit vermogen – Capita selecta*, Deventer, Kluwer, 1996, 97 pp.

De opzet van dit boek is de sprong van de algemene werken over de fiscale aspecten van inkomsten uit vermogen naar de meer gespecialiseerde literatuur daarover te verkleinen. Zoals de titel al doet vermoeden is het evenwel geen allesomvattend studieboek. Zo wordt geen aandacht besteed aan de inkomsten uit aandelen en periodieke uitkeringen.

Het boek is onderverdeeld in drie hoofdstukken: inkomsten uit vermogen, aftrekbare kosten en het genieten van inkomsten. In het eerste en belangrijkste hoofdstuk wordt de algemene regeling inzake inkomsten uit vermogen uiteengezet. Wij vermelden hier voor de goede orde dat art. 24 van de Nederlandse Wet IB 1964 hieronder verstaat: alle niet als winst uit onderneming of als inkomsten uit arbeid aan te merken voordelen die worden getrokken uit onroerende en roerende zaken en uit rechten die niet op zaken betrekking hebben. Een soortgelijke bepaling vinden we niet terug in het Belgisch Wetboek van Inkomstenbelasting. De bronnentheorie, ofwel het objectief versus subjectief inkomensbegrip, die zich op dit artikel ent, vindt hier te lande dan ook geen expliciete opgang.

Op een duidelijke wijze wordt dit denkbeeld aan de hand van de wettelijke bepalingen en de belangrijkste rechtspraak daarover beschreven. Daarnaast behandelt het eerste hoofdstuk o.a. de problematiek van de toerekening van de inkomsten bij de vervreemding van renten, huren of pachten, en de «upcount-leningen» en «deep-discount bonds». Ook de problemen van waardering van het optielement van een warrantobligatie komen aan bod. Aan de kostenzijde wordt in hoofdstuk twee de regeling m.b.t. aankoopssommen van tijdelijke genotsrechten uitvoerig besproken en tot slot wordt in hoofdstuk drie de vraag beantwoord wie als genietende van dergelijke inkomsten moet worden beschouwd.

Het boek voldoet naar onze mening dan ook aan de opzet een meer diepgaande uiteenzetting aan te reiken van de fiscale behandeling van inkomsten uit vermogen. Het niet opnemen van de wettelijke bepalingen in bijlage is voor de Belgische lezer echter een minpunt, dat evenwel door de vlotte stijl en door een overtuigende keuze van voorbeelden en rechtspraak wordt gecompenseerd.

F. Mortier

Verzekeringen en gerechtelijke procedures, VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (red.), Kalmthout, Biblo, 1996, 182 pp.

Dit boek bevat de schriftelijke neerslag van een studiedag gehouden te Brussel op 26 april 1996 en georganiseerd door het Vlaams Pleitgenootschap in samenwerking met de Vereniging der Verzekeringjuristen. Het bevat zeven bijdragen rond het congressthema van de hand van zowel academici, verzekeraars als advocaten.

Prof. Ph. Colle bespreekt enkele actuele juridische knelpunten in de rechtsbijstandverzekering. De omschrijving van het ogenblik waarop het verzekerde risico verwezenlijkt wordt, vormt de hoofdmoot. De klassieke opvatting dat dit het ogenblik is waarop een der partijen haar aanspraken kenbaar maakt, wordt afgewogen tegen een recente zienswijze die het tijdstip verkiest waarop de verzekering

de objectief weet of behoort te weten dat hij zich in een litigieuze situatie bevindt. Verder wordt ingegaan op de niet verzekerde opzettelijke handeling van de verzekerde, op de objectiviteitsclausule als wettelijke procedure bij meningsverschillen tussen verzekerde en verzekeraar, op de minnelijke regeling van geschillen en de belangenconflictenregeling.

De bijdrage van P. Van De Sype behandelt het recht en de verplichting van de aansprakelijkheidsverzekeraar om de leiding van het geschil op zich te nemen, zoals geregeld in art. 79 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst.

Prof. H. Cousy analyseert een aantal vraagstukken verbonden aan het probleem van de groeiende discrepantie tussen een steeds expanderende aansprakelijkheid enerzijds en een krimpende verzekeringsdekking anderzijds. Aandacht wordt besteed aan de verzekering van de kosten gemaakt ter voorkoming en beperking van schade, de verzekering van hoofdsom, interesten en kosten, alsmede de duurtijd van de waarborg bij de verzekering van langetermijnaansprakelijkheden.

Prof. L. Schuermans onderzoekt de verjaringsregeling inzake verzekeringen en de wijze waarop deze een aantal traditionele knelpunten heeft bijgelegd. Tevens wordt ingegaan op de recente wetgevende en jurisprudentiële (r)evoluties inzake verjaring van misdrijven en hun incidenties op het verzekeringsrecht.

In hun uiterst lezenswaardige bijdrage omschrijven en situeren prof. L. Cornelis en mr. R. Geelen de figuur van de rechtstreekse vordering in de aansprakelijkheidsverzekering. Op een dertigtal bladzijden krijgt de lezer een grondig wetenschappelijk inzicht in alle belangrijke aspecten van deze voor het verzekeringsrecht essentiële rechtsfiguur.

Mr. E. Brewaëys onderzoekt de procesrechtelijke aspecten van de tussenkomen van de verzekeraar in gedingen. Bijzondere aandacht wordt tevens besteed aan de nieuwe bevoegdheid van de politierechtbank inzake verkeersongevallen.

Bij wijze van uitsmijter presenteert mr. P. Depuydt de resultaten van een kleine enquête betreffende de ervaring en zienswijze van verzekeraars inzake de honoraria van advocaten die door hen belast werden met de verdediging van de gemeenschappelijke belangen van verzekeraar en verzekerde. Daarnaast behandelt de auteur onder verwijzing naar de Beroepscode nog enkele andere deontologische aspecten verbonden aan deze delicate driepartijenovereenkomst, als daar zijn de vrije keuze van de advocaat, diens onafhankelijkheid en loyaliteit, de draagwijdte van diens optreden, het beroepsgeheim en de briefwisseling, de contacten tussen de drie partijen, en de tegenstrijdigheid van belangen.

De slotrede van prof. M.E. Storme bevat een aantal persoonlijke juridische mijmeringen bij voormelde bijdragen.

Gezien de juridische kwaliteit van de bijdragen en het groot praktisch belang van het onderwerp, lijdt het geen twijfel dat dit verslagboek een mooie toekomst beschoren is.

G. Schoorens

P. De WAART, **Mensenrechten Mensenwerk**, Kampen, Uitgeverij Kok, 1996, 198 pp.

Het boek is de combinatie van een wetenschappelijk juridisch werk en een essay, een persoonlijke commentaar over de hedendaagse klemtonen op het gebied van de mensenrechten. Bij het lezen valt op dat de auteur erin geslaagd is zich te richten tot twee doelgroepen: de geïnteresseerde leek en de internationale jurist.

Het opiniërend karakter blijkt al uit de gekozen themata. Ze handelen over de burgerlijke en politieke rechten, de sociale, culturele en economische rechten, kortom, de «International Bill of Human Rights». Ze worden achtereenvolgens geactualiseerd en besproken onder titels als vrijheid van godsdienst en meningsuiting, vrijzijn van gebrek en vrees, samenleving voor allen, bescherming van universaliteit en, ten slotte, mensenrechten mensenwerk. Het boek is een pleidooi, dat reeds verschenen zit in de titel, voor de toepassing van de mensenrechten uit het oogpunt van twee leidende beginselen: internationaal behoorlijk bestuur én de sociale toetsing («geweten» genoemd) van de nu algemeen aanvaarde markteconomie in de wereld. Het wordt uitgewerkt in het laatste hoofdstuk. Het pleidooi is terzelfder tijd een pleidooi om de decennialange Noord-Zuidtegenstelling te overstijgen door gemeenschappelijke en universele regels te aanvaarden rond het thema van internationaal be-

hoorlijk bestuur. De sociale toetsing is een essentieel onderdeel omdat de sociale mensenrechten hiervoor de basis vormen.

Grote verwachting en hoop wordt gekoesterd over de rol van de Verenigde Naties die haar centrumfunctie ten aanzien van de mensenrechten dient uit te breiden tot volken en niet-gouvernementele organisaties. Zij moeten zich gaan ontplooiën als een internationale «civil society» (blz. 154), die meer is dan een statengemeenschap. Hiermee komt een einde aan de Vattelianaanse idee van soevereine staten als de enige dragers van internationale rechten. Het individu werd verbannen, maar doet opnieuw zijn intrede via de mensenrechten. Ook volkeren kunnen zich los van staten beroepen op het internationaal recht. Om conflicten met staten te voorkomen dienen deze subjecten van internationaal recht een beroep te kunnen doen op een internationale rechter om hun rechten te waarborgen. Dit kan nog steeds niet, zoals blijkt uit de rechtstoegang tot het Internationaal Gerechtshof die nog steeds beperkt is tot staten. Waarom zou het (overigens werkloze) Permanent Hof van Arbitrage niet kunnen hervormd worden in die zin, vraagt de auteur zich af. Vragen tot secessie of wijziging van grondgebied kunnen ter sprake komen, of de bescherming van minderheden. De auteur gaat hierbij in op een steeds toenemende kritiek over de internationale rechtbanken, die niet meer aangepast zijn *ratione personae*: zij werken nog steeds in de Vattelianaanse context.

De informatieve waarde van dit boek is groot door de recente ontwikkelingen te vermelden, te bespreken en te voorzien van een betrouwbare bronverwijzing.

Bovendien zijn als bijlage – meestal uittreksels uit – niet minder dan tien mensenrechtendocumenten opgenomen, onder meer de Sociale Top van Kopenhagen over armoede, werkloosheid en sociale uitsluiting van 1995. Een ander pluspunt is de verwijzing naar regionale mensenrechtendocumenten zoals de besluiten van de Raad van Europa, het Europees Parlement of het Afrikaans Handvest inzake Rechten van Mensen en Volken.

De gekozen wetenschappelijke en essayistische aanpak is bijgevolg zeer geslaagd te noemen, en wij mogen hopen dat meer auteurs voor deze combinatie kiezen. Het werkt opiniërend en opent een vakgebied voor een ruimer publiek. Het levert ook een grotere vrijheid voor de auteur om zijn persoonlijke mening te ontwikkelen dan mogelijk geweest zou zijn in een strikt wetenschappelijke publicatie. Deze vrijheid heeft ook haar prijs. Niet alle actuele aspecten van de mensenrechten komen ter sprake. Zo bevat het boek geen bespreking van het verband tussen mensenrechten en milieubescherming of de actualisering van de mensenrechten op nieuwe gebieden van de biomedische toepassingen en genetica.

Tot zij weze vermeld dat het boek gepubliceerd is in de reeks «Interacties», zijn de publicaties over levensbeschouwing, wetenschap en samenleving onder redactie van het Bezinningscentrum van de Vrije Universiteit Amsterdam.

Marc Cogen
8 februari 1997

MEDEDELINGEN

Eerste prijs Yvan Berghmans

De stichting Y. Berghmans VZW zal in het najaar 1997 de eerste Prijs Yvan Berghmans uitreiken.

De prijs, ten bedrage van 50.000 BEF, zal worden toegekend aan een studie of initiatief dat een originele en belangrijke bijdrage vormt tot de verbetering of vernieuwing van het gemeentelijk beheer in de meest ruime zin.

Kandidaturen dienen te worden ingediend vóór 30 juni 1997 op onderstaand adres.

Nadere inlichtingen en het reglement voor de prijs kunnen bekomen worden op het secretariaat van de Stichting p/a Gemeentehuis, Gemeenteplein 1 te 1700 Dilbeek, tel. 02/467.21.11.

Voorrechten en hypotheke in hoofdlijnen

Serie in Hoofdlijnen

Koen Byttebier

Omvang: ca. 750 pag.

ISBN 90 6215 556 1

Prijs: ca. 5.250 BEF

ca. 3.410 BEF mits abo. reeks

NIEUWE UITGAVE

Dit boek omvat een **omstandige analyse** van alle bepalingen van de Hypotheekwet en zekere annexe wetgeving.

De basisbeginselen die sedert 1851 vigeren en de belangrijkste historische commentaren werden opgenomen. Ondermeer hierdoor werd enerzijds een coherente behandeling gerealiseerd en anderzijds werden anomalieën en contradicties in de hedendaagse rechtspraak blootgelegd.

Het boek is voorzien van een omstandige inhoudstafel, een zeer uitgebreide bibliografie en een gemakkelijk hanteerbaar zakenregister.

De praktijkjurist die in zijn diverse hoedanigheden met deze materie in aanraking komt, zal met deze uitgave een volledig inzicht verwerven in het domein van de voorrechten en hypotheke.



MAKLU
Uitgevers

Somersstraat 13/15, 2018 Antwerpen
Tel.: 03/231.29.00 – Fax: 03/233.26.59

NIEUW

DE EUROPESE BEGROTING

B. KERREMANS en H. MATTHIJS

Omvang: ±205 pag. – ISBN 90-5095-010-8 – Prijs: ±1.250,-BF

Overheidsbudgetten zijn aan de orde van de dag en de Europese Unie is daarbij nooit ver weg. Die Europese Unie - die de dag van vandaag vooral met de zgn. Maastrichtnormen wordt geassocieerd - beschikt zelf ook over een budget dat al even controversieel is. Terwijl sommige lidstaten hun bijdrage aan dat budget willen terugschroeven, trachten andere er meer uit te ontvangen. Dit boek poogt deze problematiek juridisch en politiek te benaderen. Het bevat een diepgaande analyse van de juridisch-technische en de politieke kanten van de begroting van de EU. Daarbij wordt stilgestaan bij de besluitvorming over deze begroting (incl. de juridische discussies daaromtrent), de uitvoering ervan, de controle erop en de evoluties daarin. De betekenis van deze analyse, zo zal blijken, reikt verder dan de begroting alleen. Een analyse van de EU-begroting raakt immers onvermijdelijk de grote politieke dilemma's waarmee de Europese Unie en haar lidstaten worstelen.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

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

NIEUW

DE WELZIJNSWET WERKNEMERS

De wet van 4 augustus 1996

O. VANACHTER (editor)

Omvang: ± 350 pag. – ISBN 90-5095-011-6 – Prijs: 2.450,-BF

Deze uitgave verschijnt begin juni 1997

De wet van 4 augustus 1996 over het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk brengt heel wat vernieuwing over de verplichtingen van de werkgevers en de werknemers met betrekking tot de veiligheid en de gezondheid op het werk. Dit boek geeft niet alleen toelichting bij deze vernieuwingen. Het brengt ook het standpunt van de verschillende betrokken partijen. Naast het standpunt van werkgevers en werknemers vindt men er ook de mening van arbeidsgeneesheren, vroegere diensthoofden VGV, enz.

Het boek bevat ook een belangrijk documentair gedeelte. Men vindt op de eerste plaats de tekst van de nieuwe wet. Per wetsartikel wordt ook de bespreking tijdens de parlementaire voorbereiding weergegeven. Op die manier is het boek een onmisbaar instrument bij de juiste interpretatie van deze belangrijke wet.

INHOUD

De belangrijkste vernieuwingen
O. Vanachter

Juridische aspecten betreffende het werken met ondernemingen vreemd aan de opdrachtgever
G. Ponnet

Van arbeidsgeneesheer naar preventieadviseur
G. Van Houte

Van diensthoofd VGV naar preventieadviseur
F. Neven

Van interbedrijfsgeneeskundige dienst (IBGD) naar interbedrijfsgeneeskundige dienst voor preventie en bescherming (IDPB)
D. Lahaye

Een stap vooruit of achteruit naar een goed preventiebeleid?
J. Van de Kerckhove

Visie van de werkgevers
H. De Lange

Een visie langs werknemerskant
H. Fonck

Multidisciplinair werken een utopie?
W. Donceel

De herstructurering van de reglementering met betrekking tot de arbeidsomstandigheden
L. Van Hamme

WET EN PARLEMENTAIRE VOORBEREIDING

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

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