

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

P. MARCHAL, E. FORRIER en J. VELU, Door de regering voorgenomen grondwettelijke en wettelijke hervormingen inzake de benoeming, de bevordering, de evaluatie en de vorming van de magistraten, alsmede de instelling van een Hoge Raad voor de Justitie 1409

A. JACOBS, Niet-fiscale schuldvorderingen van de overheid: het dwangbevel 1424

Rechtspraak

Intellectuele eigendom – Merk – 1, Art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. (oud) – Woordmerk – 2. Vormmerk – Onderscheidend vermogen – Optreden tegen inbreuk Benelux-Gerechtshof, 19 december 1997 (*met conclusie van plv. adv.-gen. M.R. Mok en met noot van M. Chr. Janssens, «Vermindering van onderscheidend vermogen als een feitelijke, alternatieve, grond tot verval van het merkrecht bij vormmerken?»*) 1426

Echtscheiding – Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten – Inkomsten – Lasten – Onderhoud van buiten het huwelijk geboren kinderen – Behoeften van wettig gezin Cass., 5 september 1996 1438

Internationaal privaatrecht – Arbeidsovereenkomst – Wet van 14 juli 1987 – Overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter Cass., 24 februari 1997 (*met noot van J. Meeusen, «Het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) en bedingen van forumkeuze in arbeidsovereenkomsten»*) 1438

Bewijs – In strafzaken – Onrechtmatig verkregen bewijs Cass., 9 december 1997 (*met noot*) 1441

Geneeskunde – Arts – Aansprakelijkheid – Bejaarde rolstoelpatiënte bij een consultatie niet bijstaan bij het verlaten van de rolstoel

Hof Gent, 15 november 1995 1441

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Eigenaar van dieren – Onvoldoende afstand tussen bezoekers en gevaarlijke dieren – Kind dat wordt gebeten

Hof Antwerpen, 20 december 1995 (*met noot*) 1443

1. Dwangsom – Verbeurte – Betekening – **2. Gerechtsdeurwaarder** – Proces-verbaal van vaststelling – Dagtekening Hof Brussel, 15 september 1997 1445

Koop – Verborgene gebreken – 1. Keuzerecht van koper tussen ontbinding en prijsvermindering – Verkochte zaak niet meer vatbaar voor teruggave in dezelfde staat als op het ogenblik van verkoop – Gevolg – 2. Vordering tot prijsvermindering – Ernst van het gebrek – Geen toepassingsvoorwaarde – 3. Herstelling door de fabrikant – Weerslag op door koper ingestelde vordering tot prijsvermindering 1446

Wegverkeer – Verkeersbelemmering – Signalisatie Corr. Turnhout, 16 januari 1997 (*met noot van A. Vandeplas, «Over het signaleren van voertuigen»*) 1447

Aangekondigd 1448

Mededelingen

Colloquium: Het Europa van de autoverzekering en de rechten van de weggebruiker 1448

Studiemiddag: De afhandeling van strafzaken door het openbaar ministerie 1448

Gespecialiseerde opleiding «Ondernemingsrecht» 1448

Gespecialiseerde studie «Fiscaal recht» 1448

Stedenbouw – Planschade 1448

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

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

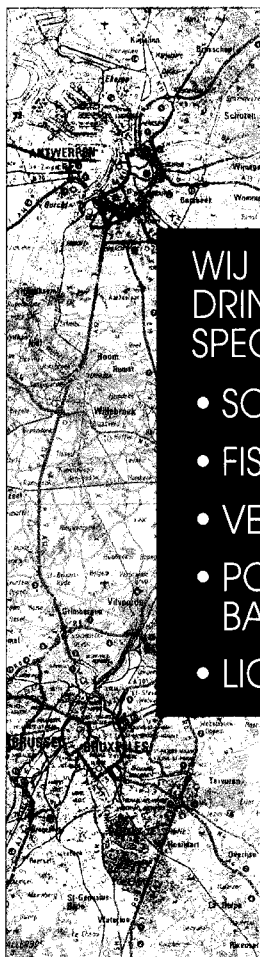
Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
P. Humblet
W. Lambrechts
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
M. van Damme
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..



LEXteam is een onafhankelijk interdisciplinair samenwerkingsverband van ervaren psychologische medewerkers, vormingsverantwoordelijken, trainers & bedrijfsjuristen.

WIJ ZOEKEN MOMENTEEL VOOR ONZE OPDRACHTGEVERS DRINGEND LICENTIATEN IN DE RECHTEN MET VOLGENDE SPECIFIEKE JURIDISCHE KWALIFICATIES:

- SOCIALE WETGEVING (ANTWERPEN, BRUSSEL)
- FISCALE WETGEVING (LIMBURG, BRUSSEL, ANTWERPEN)
- VERZEKERINGEN (ANTWERPEN, BRUSSEL)
- POLYVALENT JURIST MET MINSTENS 5 JAAR ERVARING AAN BALIE
- LICENTIAAT NOTARIAAT (ANTWERPEN)

Stuur uw kandidatuur met uitgebreid CV en recente pasfoto naar :



PSIDICO-Personeelsmanagement
Vlle Olympiadelaan 22-24, B-2020 Antwerpen
t.a.v. Dhr. P. Vanlimbergen

Een vertrouwelijke & discrete behandeling wordt gegarandeerd.

DOOR DE REGERING VOORGENOMEN GRONDWETTELIJKE EN WETTELIJKE HERVORMINGEN INZAKE DE BENOEMING, DE BEVORDERING, DE EVALUATIE EN DE VORMING VAN DE MAGISTRATEN, ALSMEDE DE INSTELLING VAN EEN HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE

I. INLEIDING

1. Deze nota werd in oktober 1997 door de heer eerste voorzitter van het Hof van Cassatie en door mevrouw de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aangevraagd. Zij heeft betrekking op de door de regering voorgenomen grondwettelijke en wettelijke hervormingen inzake de benoeming, de bevordering, de evaluatie en de vorming van de magistraten, alsmede op de instelling van een Hoge Raad voor de Justitie.

De werkgroep die deze nota heeft opgesteld bestond uit de heer afdelingsvoorzitter van het Hof van Cassatie P. Marchal, voorzitter, de heer raadsheer in het Hof van Cassatie E. Forrier en de heer emeritus procureur-generaal bij het Hof baron J. Velu.

Zij volgt op de brief die op 12 september 1997 door de heer minister van Justitie aan de heer eerste voorzitter van het Hof van Cassatie is gestuurd. In die brief schreef de heer minister dat «elke opmerking en elke commentaar (op de desbetreffende ontwerpen van de regering) welkom zouden zijn; het gaat hier immers om wezenlijke hervormingen die de gerechtelijke inrichting voor de toekomst ingrijpend zullen wijzigen».

Deze nota mag niet worden beschouwd als een inmening van de rechterlijke macht in de taken van de wetgevende of van de uitvoerende macht.

De korpschefs van de hoven en van hun parketten hebben herhaaldelijk, overigens via de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie en de procureur-generaal bij dat Hof, de wens uitgedrukt dat, voor zover de scheiding van de machten en de onafhankelijkheid van de gerechten zulks mogelijk maken, tussen hen en de vertegenwoordigers van de twee andere machten op meer geregelde basis overleg zou worden gepleegd. Deze nota lijkt in het kader van een dergelijk overleg te kunnen worden ingepast.

2. De opmerkingen en overwegingen van deze nota zijn hoofdzakelijk ingegeven door de bezorgdheid om het evenwicht tussen de staatsmachten te bewaren en tevens de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te vrijwaren. Beide hangen samen met de beginsel van de voorrang van het recht en van de scheiding van de machten.

Zoals wordt herhaald in de memorie van toelichting bij de Aanbeveling nr. R(94)12 over de onafhankelijkheid, de doeltreffendheid en de rol van de rechter, die in oktober 1994 door het Ministercomité van de Raad van Europa is aangenomen, «la portée de la notion d'indépendance des juges ne se limite pas aux juges eux-mêmes, mais s'étend au système

judiciaire dans son ensemble», ¹ wat betekent dat die onafhankelijkheid niet alleen de rechter in se aanbelangt, maar tevens een institutionele dimensie heeft.

Het Nationaal Congres stond erop dat recht werd gesproken door onafhankelijke rechters en heeft deswege hoven en rechtbanken tot een van de drie staatsmachten gemaakt. Aldus hield het voor ogen dat de werkelijke inhoud van rechten en vrijheden afhankelijk is van de jurisdictionele bescherming die aan de justitiabelen wordt geboden: rechten en vrijheden lopen het risico hun betekenis te verliezen als de rechters niet onafhankelijk zijn. Die onafhankelijkheid vormt voor hen geen privilege, noch een doel op zich; zij beoogt alleen het algemeen belang en, meer in het bijzonder, het belang van de justitiabelen.

De Grondwetgever van 1831 heeft bijzondere waarborgen voor hun onafhankelijkheid verleend aan de magistraten van de gerechtelijke rechtscolleges, die bij uitsluiting bevoegd zijn om kennis te nemen van de betwistingen inzake de burgerlijke rechten van personen en, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, van de geschillen over de politieke rechten (artt. 144 en 145 G.W.). Daartoe heeft hij specifieke regels vastgelegd inzake hun benoeming en bevordering (artt. 151 en 157 G.W.), hun onafzetbaarheid (art. 152 G.W.), hun wedde (art. 154 G.W.) en het stelsel van de onverenigbaarheden (art. 155 G.W.).

Andere waarborgen voor hun onafhankelijkheid vloeien voort uit grondwettelijke regels met algemene draagwijdte tot regeling van het rechtsprekend systeem (art. 146 G.W.), van de uitoefening van de rechtsprekende functie (artt. 144 en 145 G.W.) of van de bevoegdheid van de rechtscolleges (artt. 13, 158 en 159 G.W.).

De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en van haar rechters, zoals zij in de Grondwet is vastgelegd, is een van de meest vruchtbare bijdragen van België tot het recht van de democratische naties. De bescherming die aldus aan de rechterlijke macht door de Grondwet wordt geboden en waardoor zij, net als de rechten en vrijheden waarvoor zij borg staat, buiten bereik van de politieke belangen van het ogenblik blijft, is haar voornaamste toeverlaat.

De dwingende noodzaak van de onafhankelijkheid van de hoven en rechtbanken is heden vastgelegd in de regels van internationale verdragen die door de Belgische wetgever zijn goedgekeurd, inzonderheid de bepalingen van art. 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens en art.

¹ *L'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges*, Conseil de l'Europe, Staatsburg, 1995, p. 16.

14.1 van het Verdrag over de burgerlijke en politieke rechten. Die bepalingen zijn bindend voor alle lidstaten – inclusief de grondwetgevende macht – en heel wat van die staten, onder meer België, hebben hen rechtstreekse werking in de interne rechtsorde verleend. De minimale implicaties van dit vereiste werden, ook op internationaal vlak, gepreciseerd door de grondbeginselen van de Verenigde Naties inzake de onafhankelijkheid van de magistratuur en door de regels voor de werkelijke toepassing van die grondbeginselen die door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties respectievelijk in 1985 en in 1989 zijn goedgekeurd, evenals door de reeds vermelde Aanbeveling nr. R(94)12 van het Ministercomité van de Raad van Europa over de onafhankelijkheid, de doeltreffendheid en de rol van de rechter, die in 1994 is aangenomen.

3. Zeker, de onafhankelijkheid van de rechter betekent niet dat zijn optreden willekeurig, ondoeltreffend of onverantwoord mag zijn.

De rechterlijke macht moet als staatsman ten dienste zijn en blijven van de natie, of meer bepaald van de personen die behoren tot de politiek georganiseerde natie; zij vormt de openbare dienst van de Justitie. In dat perspectief hebben de rechters plichten en dragen zij verantwoordelijkheden. Zij hebben inzonderheid de plicht de rechten en vrijheden van de justitiabelen te verdedigen, de rechtsregels juist toe te passen en de zaken die hen worden voorgelegd doeltreffend en binnen een redelijke termijn te behandelen.

Aangezien de rechterlijke macht binnen het domein van de haar toegewezen bevoegdheid de natie vertegenwoordigt, is het in de logica van een democratische staat noodzakelijk dat in naam en voor rekening van de natie een bepaald toezicht kan worden uitgeoefend op haar handelingen, met dien verstande evenwel dat dit toezicht het evenwicht van de machten en de onafhankelijkheid van de Justitie niet in gevaar mag brengen.²

4. Wij kunnen ons alleen maar verheugen over de herhaaldelijk uitgesproken bezorgdheid van de regering om de Justitie te verbeteren en tegelijkertijd de onafhankelijkheid van de rechters te eerbiedigen en te verdedigen.

De opstellers van deze nota zijn evenwel van mening dat de regeringsontwerpen waarin die bezorgdheid concreet wordt gemaakt, verschillende bezwaren doen rijzen.

Daaruit mag niet worden afgeleid dat de rechterlijke macht of de opstellers van deze nota in beginsel vijandig staan tegenover hervormingen die hoven en rechtbanken raken.

De grote meerderheid van de magistraten van de rechterlijke macht beseft dat hun inspanningen en hun optreden in nieuwe banen kunnen worden geleid en is bereid om een einde te maken aan de crisis van de Justitie en hun tijd te volgen. Dat gaat niet zonder moeilijkheden. Het valt te betreuren dat de middelen waarover de rechterlijke macht beschikt beperkter zijn dan die waarover zij zou moeten kunnen beschikken.

Bepaalde normatieve hervormingen kunnen ongetwijfeld de vernieuwing in de hand werken die de natie van die macht verwacht.

² Zie de reeds vermelde Aanbeveling nr. R(94)12 van het Ministercomité, beginselen V en VI, en toelichting van de aanbeveling in *L'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, op.cit.*, p. 24 tot 28.

Dat vereist echter dat, alvorens die geplande fundamentele hervormingen – grondwettelijke of wetgevende – worden aangenomen, men de zekerheid heeft dat zij noodzakelijk zijn om de werking ervan te verbeteren en dat het evenwicht van de machten en de onafhankelijkheid niet in het gedrang zullen komen.

5. Wij zullen beginnen met de voornaamste bezwaren uiteen te zetten tegen het geheel van de door de regering geplande hervormingen (II). De opstellers van deze nota wijzen er evenwel op dat zij niet zeker zijn dat zij op de hoogte zijn van alle voorstellen die de regering totnogtoe heeft opgesteld. Aldus werd op 14 november 1997, toen de redactie van dit algemene deel van de nota bijna voltooid was, een document van de regering, genaamd «Voorstel van tekst inzake artikel 151 van de Grondwet» van 28 oktober 1997 voor advies aan het Hof van Cassatie overgelegd door ... de bijzondere verslaggever over de onafhankelijkheid van rechters en advocaten, de heer Dato' Param Kumaraswamy, van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de rechten van de mens. Het Hof wist niets af van het bestaan van die tekst, die nochtans, zoals we verder zullen zien, het Hof rechtstreeks aanbelangt.

Verder zullen we achtereenvolgens een diepgaande bespreking wijden aan 1) de regeringsvoorstellen inzake de herziening van de artt. 151 en 157 van de Grondwet (*Gedr. St., Kamer*, 1996-1997, nr. 740/1: het werkdocument van de Eerste minister van 18 maart 1997) en het document van de regering van 28 oktober 1997 dat «Voorstel van tekst betreffende art. 151 van de Grondwet» is genaamd (III); 2) het voorontwerp van wet tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de aanwijzing, de benoeming en de bevordering van magistraten, tot invoering van een Academische Raad en tot invoering van een evaluatiesysteem voor de magistraten (IV); 3) het voorontwerp van wet tot instelling van een Hoge Raad voor de Justitie, zoals dat na het advies van de Raad van State van 15 september 1997 is geamendeerd (V).

II. VOORNAAMSTE BEZWAREN TEGEN HET GEHEEL VAN DE DOOR DE REGERING VOORGENOMEN HERVORMINGEN

6. Die talrijke bezwaren kunnen als volgt worden onderverdeeld: die welke betrekking hebben op de nieuwe regels inzake benoeming, bevordering, evaluatie en vorming van de magistraten (A); die welke betrekking hebben op de instelling van een Hoge Raad voor de Justitie (B).

A. De nieuwe regels inzake benoeming, bevordering, evaluatie en vorming van de magistraten

7. De voornaamste bezwaren zijn:

- het opheffen van de grondwettelijke waarborgen staande in het recht van voordracht van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie en in het recht van die hoven om uit hun leden hun «voorzitters» (thans, eerste voorzitters) te kiezen, onder voorbehoud, voor dat laatste punt, van hetgeen voor het Hof van Cassatie is bepaald in het document van de regering van 28 oktober 1997 dat «Voorstel van tekst inzake art. 151 van de Grondwet» (1°) is genoemd;
- het ontbreken in de voorgestelde teksten van art. 151 van de Grondwet, van enige bepaling die de rechterlijke macht

daadwerkelijk beschermt tegen partijdige benoemingen en bevorderingen (2°);

- het oprichten van een Benoemings- en Bevorderingscollege waarvan bepaalde opdrachten en de samenstelling onaanvaardbaar zijn (3°);

- het invoeren van een systeem van tijdelijke hernieuwbare mandaten voor de ambten van eerste voorzitter en kamervoorzitter van het hof van beroep en van het arbeidshof en van voorzitter en ondervoorzitter van de rechtbanken. Dat systeem impliceert een wijziging van de zin en van de draagwijdte van art. 152 van de Grondwet (de rechter is voor het leven benoemd, hij kan niet worden afgezet noch verplaatst) dat niet voor herziening is aangewezen en waardoor de waarborgen voor de onafhankelijkheid die bij die ambten horen worden aangetast (4°);

- het invoeren van een Academische Raad waarin de magistraten sterk in de minderheid zouden zijn (5°);

- het instellen van evaluatiesystemen van de magistraten waartegen onder meer als bezwaar geldt dat zij geen rekening houden met het specifieke karakter van de rechterlijke ambten (6°).

1° Waarborgen voor onpartijdige benoemingen en bevorderingen

De opheffing van de twee belangrijke grondwettelijke waarborgen die de rechterlijke macht beschermen tegen partijdige benoemingen of bevorderingen: het recht van voordracht van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie en het recht van die hoven om uit hun leden hun «voorzitters» (thans, eerste voorzitters) te kiezen (onder voorbehoud, voor dat laatste punt, van hetgeen voor het Hof van Cassatie is bepaald in het document van de regering van 28 oktober 1997 dat «Voorstel van tekst inzake artikel 151 van de Grondwet» (1°) is genoemd).

8. Naar luid van het huidige art. 151, tweede lid, van de Grondwet, «worden de raadsheren in de hoven van beroep en de voorzitters en ondervoorzitters der rechtbanken van eerste aanleg binnen hun rechtsgebied door de Koning benoemd uit twee lijsten van twee kandidaten, de ene door die hoven, de andere, naar gelang van het geval, door de provincieraden en de Raad van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest voorgelegd».

Het derde lid bepaalt dat «de raadsheren in het Hof van Cassatie door de Koning worden benoemd uit twee lijsten van twee kandidaten, de ene door het Hof van Cassatie, de andere beurtelings door de Kamer van volksvertegenwoordigers en door de Senaat voorgelegd».

Het zesde lid bepaalt dat «de hoven uit hun leden hun voorzitters en ondervoorzitters kiezen».

9. De teksten van art. 151 G.W. die de regering voorstelt bevatten niet langer de waarborg van het recht van voordracht van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie, als bepaald in het tweede en derde lid van het artikel, noch de waarborg van het recht van die hoven om uit hun leden hun «voorzitters» (thans eerste voorzitters) te kiezen, als bepaald in het zesde lid van het artikel (onder voorbehoud, voor dat laatste punt, van hetgeen voor het Hof van Cassatie is bepaald in het document van de regering van 28 oktober 1997 dat «Voorstel van tekst inzake art. 151 van de Grondwet is genoemd»).

Het voorontwerp van wet tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de aanwijzing, de benoeming en de bevordering van magistraten, tot invoering van een Academische Raad en van een evaluatiesysteem voor magistraten, heft daadwerkelijk het recht van voordracht van de hoven van beroep op, evenals hun recht om uit hun leden hun eerste voorzitters te kiezen.

10. De bepalingen van het huidige art. 151, tweede, derde en zesde lid van de Grondwet vormen een van de hoekstenen van het grondwettelijk systeem tot organisatie van de rechterlijke macht.

Met toepassing van het beginsel dat alle machten uitgaan van de Natie (art. 33 G.W.), betrekken die bepalingen de drie staatsmachten bij de benoemingsprocedure van de magistraten van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie, en van de voorzitters en ondervoorzitters van de rechtbanken van eerste aanleg. De aldus samengestelde hoven kiezen hun leiders uit hun leden, wat betekent dat hen geen chefs kunnen worden opgelegd. In het grondwettelijke systeem dat toepasselijk is op de rechtscollages van de rechterlijke macht, met uitzondering van de militaire gerechten, de rechtbanken van koophandel en de arbeidsgerechten, zal dus de keuze van de regering, wanneer het een ambt betreft dat hoger is dan dat van gewoon rechter (vanaf die van ondervoorzitter van de rechtbank tot die van eerste voorzitter van het Hof van Cassatie), en het de regering niet verboden is tussen te komen, door de lijsten met voordrachten worden beperkt.³

11. Het recht van voordracht van de hoven stamt uit de oude traditie van ons nationaal recht. Het gaat terug tot Karel V en tot de Grote Raad van Mechelen (1522). Dat recht werd overgenomen in het procedurereglement van de Hoge Raad van Brabant die in 1604 werd ingesteld, in 1611 werd het uitgebreid tot de Raad van Henegouwen, later in 1736 tot Vlaanderen, Luxemburg en Namen. Jozef II schafte het af, maar het werd bij de Oostenrijkse restauratie opnieuw ingevoerd en het werd grondwettelijk krachtens het Verdrag van Den Haag (art. 7) van 10 december 1790. Het Franse regime schafte het opnieuw af tot het bij de Belgische Grondwet van 1831 opnieuw werd ingesteld.⁴ Terecht kon worden gezegd dat dit «het beginsel was van autonomie van de hoven ten aanzien van de vorst».⁵

Het recht van voordracht van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie vindt zijn rechtvaardiging in de noodzaak «de maintenir d'une manière absolue l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif».⁶ Het vormt het complement van de waarborg dat de rechter voor het leven is benoemd en niet mag worden ontzet uit zijn ambt, noch verplaatst.⁷ De Grondwetgever zag daarin bijzondere waarborgen van geschiktheid en eerbaarheid. De hoven van beroep en het Hof van Cassatie kunnen immers

³ *Pand B.*, V° *inamovibilité*, nr. 52.

⁴ Ch. FAIDER, «Le droit de présentation», plechtige openingsrede voor het Hof van Cassatie op 16 december 1871, Brussel 1872 en de vermelde verwijzingen.

⁵ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, I, Brussel, 1974, p. 51.

⁶ J.J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Brussel, 1879, pp. 307-308, nrs. 464-465.

⁷ Ch. FAIDER, *Le droit de présentation*, op.cit., p. 15.

beter dan wie ook de geschiktheid beoordelen van degenen wier beslissingen zij dagelijks onderzoeken; hun voordrachten vormen een stimulans voor de magistraten die zich zullen inzetten om die stemmen te verdienen. Ten slotte en vooral beperkt het recht van voordracht van die hoven de mogelijkheid van partijdige tussenkomsten en remt aldus misbruiken af die de regering uit de wereld wil helpen.

Het gaat niet op te zeggen dat in de ontwerpen van de regering het recht van voordracht van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie in beginsel blijft behouden, maar dan met nieuwe modaliteiten.

Het voorontwerp van wet tot wijziging van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat voor een benoeming tot raadsheer in het hof van beroep en tot plaatsvervangend raadsheer in het hof van beroep, de minister aan de algemene vergadering van het hof waar de benoeming moet geschieden, vraagt een selectie te maken van vijf kandidaten, indien voorhanden (art. 39; art. 259ter, § 3, Ger.W.). De minister, aan wie die selectie is medegedeeld, maakt aan de bevoegde selectiecommissie van het Benoemings- en Bevorderingscollege het benoemingsdossier over, met verzoek over te gaan tot rangschikking van drie kandidaten, op grond van de bij koninklijk besluit opgelegde criteria (art. 39; art. 259ter, § 4, Ger.W.). De Koning benoemt uit de gerangschikte kandidaten. Is een kandidaat met eenparigheid van stemmen als beste gerangschikt en gaat de Koning niet over tot diens benoeming, dan wordt de selectiecommissie verzocht een nieuwe rangschikking op te maken. Wordt dezelfde kandidaat opnieuw met eenparigheid van stemmen als beste gerangschikt en gaat de Koning opnieuw niet over tot diens benoeming, dan wordt een nieuwe oproep tot de kandidaten bekendgemaakt (art. 39; art. 259ter, § 5, Ger.W.).

Aldus hebben de hoven van beroep in het geplande systeem nog alleen het recht kandidaten te selecteren; zij mogen de gekozen kandidaten niet aan de regering voorstellen; het staat aan het Benoemings- en Bevorderingscollege – een orgaan waarvan de samenstelling onaantvaardbaar is – drie van de gekozen kandidaten te rangschikken en die aan de minister voor te stellen; de regering legt de criteria voor de rangschikking op en totnogtoe weten we helemaal niets af van die criteria; de minister kan zelfs weigeren een kandidaat te benoemen die tweemaal eenstemmig door het Benoemings- en Bevorderingscollege als eerste is geplaatst; in een dergelijk geval moet de benoemingsprocedure worden herbegonnen.

Een dergelijk systeem werkt de depolitisering niet in de hand, wel integendeel.

Voor het Hof van Cassatie wordt een soortgelijk systeem overwogen, aangezien in het voorstel van tekst inzake art. 151 van de Grondwet van 28 oktober 1997, in § 1, vierde lid, wordt bepaald dat «de raadsheren in het Hof van Cassatie door de Koning worden benoemd uit een lijst van vijf kandidaten voorgelegd door een adviesorgaan, gelijk samengesteld uit magistraten van het Hof van Cassatie, rechtstreeks verkozen uit en door deze laatsten, en uit andere leden benoemd door de Senaat met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen».

Aldus ontnemt men aan het Hof van Cassatie, zoals aan de hoven van beroep, het grondwettelijk recht om kandidaten voor te dragen voor een plaats bij het Hof. Die bevoegdheid zou worden overgedragen aan een «adviesorgaan» waar-

in de door het Hof verkozen magistraten slechts de helft van de leden zouden vormen.

Het blijft een raadsel waarom een dergelijk systeem beter zou zijn dan het systeem dat zijn deugdelijkheid heeft bewezen en verantwoord wordt door de opdracht van het Hof van Cassatie en de plaats van het Hof van Cassatie in het staatsbestel, waarbij het Hof en een federale Kamer kandidaten voordragen. Wat echter wel duidelijk is, is dat door het opheffen van het recht van het Hof van Cassatie om voordrachten te doen en door het uitoefenen van dat recht toe te vertrouwen aan een orgaan waar 's Hof's leden niet de meerderheid vormen, partijdige overwegingen aan bod zullen kunnen komen waar het Hof steeds wars is van geweest. Men zal ongetwijfeld aanvoeren dat men «corporatisme»⁸ heeft willen vermijden, waarbij men dan echter wel over het hoofd ziet dat de Grondwetgever van 1831, precies om dat gevaar te ondervangen, heeft bepaald dat het recht van voordracht door de hoven en politieke vergaderingen samen zou worden uitgeoefend, waarbij laatstgenoemden dan door hun eigen voordrachten een tegengewicht kunnen vormen voor die van de hoven.⁹ Er is nooit betoogd dat die politieke vergaderingen niet erin waren geslaagd dat door de Grondwet gewilde evenwicht te bewerkstelligen.

Indien de regering, met de bedoeling de rechterlijke benoemingen te «depolitiseren», zich zou uitspreken voor de afschaffing van het recht van voordracht van de politieke korpsen, namelijk de Senaat, de kamer van Volksvertegenwoordigers, de provincieraden en de Brusselse Hoofdstedelijke Raad, zou ze in dezelfde geest en naast de hierboven uiteengezette fundamentele redenen, erop moeten toezien dat het recht van voordracht van de hoven behouden blijft. Het recht van voordracht dat thans door de politieke korpsen wordt uitgeoefend zou in die veronderstelling, op nationaal niveau en op het niveau van het rechtsgebied van de hoven van beroep, kunnen worden toevertrouwd aan apolitieke instellingen die daartoe zouden worden opgericht en de burgerlijke samenleving zouden vertegenwoordigen (advocaten, hoogleraren, personen met beroepservaring in verband met de problemen van justitie...). Het recht van voordracht zou door de hoven en die instellingen worden uitgeoefend.

Een andere mogelijkheid is ook dat het recht van voordracht van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie behouden blijft, maar dat voor de benoemingen tot raadsheer in het hof van beroep en tot voorzitter of ondervoorzitter van de rechtbanken van eerste aanleg de bij de wet van 18 juli 1991 opgerichte adviescomités (art. 259bis Ger.W.) vooraf zouden worden ingeschakeld. Voor de benoemingen in die ambten voorzag het wetsontwerp tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van de magistraten, dat door de Regering in mei 1990 was ingediend en dat tot de bovengenoemde wet heeft geleid, in het voorafgaand advies van die comités.¹⁰ De Raad van State oordeelde in zijn advies van 19 januari 1990 dat het advies van die comités on-

⁸ Zie het werkdokument van de Eerste minister van 18 maart 1997, p. 3. Opmerkenswaard is dat dit het enige argument is dat voor de opheffing van de voordrachten door de hoven wordt aangevoerd.

⁹ J.J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, nr. 453, in fine.

¹⁰ *Gedr.St., Senaat*, 1989-1990, nr. 974-1.

bestaanbaar was met art. 99, tweede lid, van de Grondwet (thans art. 151, tweede lid), doordat dit artikel voor die magistraten zowel een voordracht door het hof van beroep als een voordracht door de provincieraad voorschrijft. «Men dient het er voor te houden», aldus het advies «dat de Grondwetgever de formaliteiten die aan dergelijke benoemingen voorafgaan op beperkende wijze heeft opgesomd». ¹¹ Op dat ogenblik werd het optreden van het adviescomité derhalve uitgesloten wanneer het de benoeming van die magistraten betrof, omdat in het voormalige artikel 99, tweede lid, van de Grondwet de regels voor een dergelijk optreden ontbraken.

12. De depolitisering is ook de reden waarom het recht van de hoven om hun «voorzitters» (thans eerste voorzitters) uit hun leden te kiezen, moet behouden blijven.

«L'influence d'un président est trop importante», verklaarde de verslaggever van de centrale sectie van het Nationaal Congres (de heer Raikem) «pour qu'on laisse le Chef de l'Etat maître de choisir pour président qui bon lui semble». ¹² In het door die afdeling uitgewerkte ontwerp werd hetzelfde recht toegekend aan de rechtbanken van eerste aanleg. Die bepaling werd verworpen na de opmerking van één van de leden van het Congres (de hr. Destouvelles) dat ze in bepaalde gevallen onmogelijk zou kunnen worden uitgevoerd, zoals in het geval dat een rechtbank van eerste aanleg die slechts uit drie rechters zou bestaan haar voorzitter zou verliezen. Het is immers niet geraadzaam dat de benoeming van die magistraat aan de twee overblijvende rechters wordt overgelaten. ¹³

Het is niet duidelijk om welke redenen de politieke instanties geschikter zouden zijn dan de hoven om de bekwaamheidscriteria te beoordelen voor de magistraten die aan het hoofd van de hoven moeten staan of om die magistraten aan te duiden.

De hoven behouden door hun recht om hun voorzitters uit hun leden te kiezen prerogatieven die voordien aan de grote justitiële korpsen waren toegekend. Het recht komt ook toe aan het Arbitragehof en de Raad van State die nochtans geen afzonderlijke machten binnen de Staat vormen. Het komt ook toe aan de internationale gerechtshoven, meer bepaald aan het Benelux-Gerechtshof, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Europees Hof voor de rechten van de mens.

13. De opheffing van het recht op voordracht van de hoven van beroep en het Hof van Cassatie en van hun recht om hun korpschefs te kiezen, zou geenszins bijdragen tot de door de regering nagestreefde «depolitisering» van de benoemingen en bevorderingen. Zij zou daarentegen nefaste gevolgen hebben voor de Staat, voornamelijk omdat het evenwicht tussen de machten zou worden verstoord. Zij zou immers de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en dus de grondwettelijke waarborgen voor de burgers ernstig aantasten en de rechterlijke macht degraderen tot een gewone ondergeschikte overheid.

Zij zou bovendien het begin betekenen van een nieuwe vorm van politisering, die des te gevaarlijker zou zijn, daar zij zou geschieden onder het mom van objectiviteit.

14. Niets belet de politieke partijen om, als zij de zorg van de regering delen, een pact te sluiten waarin zij zich ertoe verbinden zich niet langer rechtstreeks of onrechtstreeks in te laten met de rechterlijke benoemingen, door een einde te maken aan het stelsel van de verdeling van de benoemingen, kortom, door alleen de verdienste te laten primeren.

Bij ontstentenis van een dergelijke verbintenis en van de mentaliteitswijziging die ze impliceert, zal elke poging tot «depolitisering», zelfs als ze geschiedt door wijziging van de Grondwet, vruchteloos zijn. ¹⁴⁻¹⁵

2° Het ontbreken, in het door de regering voorgestelde art. 151, G.W., van elke bepaling die een werkelijke bescherming van de rechterlijke macht tegen partijpolitieke benoemingen en bevorderingen zou waarborgen

15. Nadat de regering de grondwettelijke waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht die besloten liggen in het recht van voordracht van de hoven en het recht van die hoven om hun 'voorzitters' (thans eerste voorzitters) uit hun leden te kiezen weggelaten heeft uit het door haar voorgestelde art. 151 G.W., neemt zij geen nieuwe waarborgen in die teksten op om die onafhankelijkheid te vrijwaren tegen partijpolitieke benoemingen en bevorderingen.

§ 1 van de nieuwe, in november 1996 voorgestelde tekst laat enkel aan de gewone wetgever de zorg over de voorwaarden vast te stellen waaronder en de wijze waarop niet alleen de vrederechters en de rechters van de rechtbanken, maar ook de raadsheren van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie door de Koning benoemd worden; (eerste lid), het laat enkel aan de wetgever de zorg over de modaliteiten, de voorwaarden en de duur te omschrijven van de aanwijzing, uit de leden van de hoven en rechtbanken, tot het ambt van eerste voorzitter, voorzitter, kamervoorzitter, afdelingsvoorzitter en ondervoorzitter (tweede lid) en de wijze te bepalen waarop, onder meer door een beroep te doen op een of meer adviesorganen, bestaande uit leden van de rechterlijke orde en andere leden, de objectiviteit van de benoemingen en aanwijzingen wordt gewaarborgd.

Verderop wordt § 2 van de in november 1996 voorgestelde tekst betreffende de instelling van een Hoge Raad voor de Justitie onderzocht (zie *infra*, nrs. 28-29).

De §§ 1 tot 3 van de nieuwe, in maart 1997 voorgestelde tekst zijn wat meer expliciet.

Wat de benoeming van de vrederechters, de rechters van de rechtbanken, de raadsheren in de hoven van beroep en de raadsheren in het Hof van Cassatie betreft, verwijst de tekst naar de gewone wetgever om de voorwaarden en de wijze van benoeming te bepalen, met dien verstande evenwel dat, enerzijds, «onverminderd de tussenkomst van andere adviesorganen, de benoeming onder meer geschiedt na rangschikking door een adviesorgaan, samengesteld uit magistraten van de rechterlijke orde, op hun voordracht benoemd

¹¹ *Gedr.St., Senaat*, 1989-1990, nr. 974-1, pp. 51 en 53.

¹² E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, Brussel, 1844, II, p. 253.

¹³ E. HUYTENS, *op.cit.*, II, pp. 238 en 252-253.

¹⁴ C. CAMBIER, *op.cit.*, p. 553.

¹⁵ Zie in die gedachtengang: «Deontologische code van de Vlaamse Volksvertegenwoordigers inzake dienstverlening aan de bevolking», inzonderheid art. 22.

door de Senaat met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen, en uit andere leden benoemd door de Senaat met dezelfde meerderheid «en dat anderzijds» in geval van benoeming tot raadsheer in het hof van beroep (of in het Hof van Cassatie), de wet tevens voorziet in een advies van deze hoven dat aan de rangschikking (...) voorafgaat op de wijze door haar bepaald» (§ 1).

Wat betreft de aanwijzing tot (eerste voorzitter van het Hof van Cassatie), tot eerste voorzitter van de hoven van beroep en tot voorzitter van de rechtbanken, onder meer na tussenkomen van het bovengenoemde adviesorgaan, verwijst de tekst naar de gewone wetgever die de voorwaarden en de wijze van die aanwijzing zal bepalen (§ 2, eerste lid).

Wat betreft de aanwijzing tot voorzitter en tot afdelingsvoorzitter van het Hof van Cassatie, evenals tot kamervoorzitter en ondervoorzitter van de hoven en rechtbanken uit hun leden, verwijst de tekst naar de wetgever om de voorwaarden en de wijze van aanwijzing te bepalen (§ 2, tweede lid).

Het staat eveneens aan de gewone wetgever om «onverminderd de bepalingen van art. 152» de duur van die aanwijzingen te bepalen (§ 2, derde lid).

Ten slotte is het ook de gewone wetgever die «de objectiviteit van de bovengenoemde benoemingen en aanwijzingen moet waarborgen op basis van de bekwaamheid en de geschiktheid voor een rechterlijk ambt» (§ 3).

De grondwettelijke regels vervat in de §§ 1 tot 3 van de tekst van maart 1997 stuiten voornamelijk op de bezwaren die zijn uiteengezet onder de nrs. 8 tot 14 en 16 tot 26 van deze nota.

Paragraaf 4 van de tekst van maart 1997 betreffende de oprichting van een Hoge Raad voor de Justitie zal verderop worden onderzocht (zie *infra*, nrs. 28-29).

Het stuk van oktober 1997 neemt, wat de essentie betreft, de tekst van maart 1997 over, maar het bevat bovendien bepalingen betreffende het Hof van Cassatie.

In § 1, vierde lid, wordt bepaald dat de raadsheren in het Hof van Cassatie door de Koning worden benoemd uit een lijst van kandidaten, voorgelegd door een adviesorgaan, gelijk samengesteld uit magistraten van het Hof van Cassatie, rechtstreeks verkozen uit en door deze laatste, en uit andere leden, benoemd door de Senaat met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen.

Over die bepaling is een eerste commentaar uitgebracht onder nr. 11 van deze nota.

De tekst van oktober 1997, § 2, derde lid, bepaalt dat de eerste voorzitter, de voorzitter en de afdelingsvoorzitters van het Hof van Cassatie door het Hof uit zijn leden worden «aangewezen» «onder de voorwaarden en op de wijze die de wet bepaalt». Aldus zou het Hof niet meer vrij het recht kunnen uitoefenen om zijn chefs te kiezen, maar zou het zich moeten schikken naar de voorwaarden en de wijze zoals ze door de gewone wetgever zijn bepaald.

Zowel in de tekst van november 1996 als in die van maart 1997 en oktober 1997 worden de benoemingen en de aanwijzingen van de in die teksten vermelde magistraten in ruime mate buiten de Grondwet gebracht ten voordele van de gewone wetgever, zonder dat die teksten kunnen worden beschouwd als werkelijke waarborgen ter bescherming van de rechterlijke macht.

Voortaan zullen de regering en de parlementaire groepen die haar ondersteunen, al naargelang van de fluctuaties

van de publieke opinie, de partijpolitieke belangen van het ogenblik, perscampagnes of spanningen rond rechtszaken waarin de een of andere bewindsman betrokken is, zonder stevige grondwettelijke basis, het systeem van de benoeming van de rechters en raadsheren, het systeem van de aanduiding onder meer van de korpschefs, alsook het systeem van de adviezen die geacht worden de objectiviteit van de benoemingen en aanwijzingen te moeten waarborgen, kunnen regelen, afschaffen of wijzigen bij wetten die met een gewone meerderheid worden goedgekeurd.¹⁶

Heel onlangs is een parlements lid zelfs zo ver gegaan te suggereren dat de regering terzake bijzondere machten moet vragen aan het Parlement.¹⁷

3° De oprichting van een Benoemings- en Bevorderingscollege overeenkomstig de artikelen 34, 35 en 36 van het voorontwerp van wet houdende wijziging van sommige bepalingen van het tweede deel van het Gerechtelijk Wetboek, stuit op een aantal bezwaren, voornamelijk dan in verband met bepaalde opdrachten en de samenstelling ervan

a) De opdrachten van het College

16. Enerzijds ontnemt dat College aan de hoven van beroep op zijn minst twee rechten die, zoals reeds is gezegd, belangrijke waarborgen vormen voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht: het recht van voordracht en het recht om hun chefs uit hun leden te kiezen. Door de functies die ze uitoefenen kennen die hoven uit de praktijk van haast iedere dag de geschiktheid en de bekwaamheid van de magistraten die door hen kunnen voorgedragen of gekozen worden, wat niet het geval is met het College.

17. Anderzijds houdt de concentratie van de macht om tussenbeide te komen in de benoemingen en de bevorderingen het gevaar in dat een monopolie ontstaat en dat elke vorm van nauw contact wegvalt met de gerechtelijke overheden van het arrondissement of het rechtsgebied waarin de benoeming of de bevordering moet geschieden.

Terwijl de algemene tendens is dat het contact tussen overheid en burger moet worden bevorderd, is het gevaar groot dat het College uitgroeit tot een administratieve kolos die de schriftelijke adviezen van plaatselijke overheden zal verzamelen om een te theoretisch advies uit te brengen zonder

¹⁶ Wat het Arbitragehof betreft, bepaalt art. 142 van de Grondwet dat de wet die de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van dat Hof regelt, de wet die de artikelen van de Grondwet bepaalt waarvan de scheiding door een wet, een decreet of een in art. 134 vermelde regel aanleiding kan geven tot een beroep bij dat Hof, of de wet die de instanties aanwijst die zich tot het Hof kunnen wenden, worden aangenomen met de meerderheid bepaald in art. 4, laatste lid (meerderheid van de stemmen in elke taalgroep van elk van de kamers, meerderheid van de leden van elke groep, totaal van de in beide taalgroepen uitgebrachte stemmen die twee derden van de uitgebrachte stemmen bereiken). De in maart 1997 voorgestelde tekst schrijft de goedkeuring van een wet met de bij art. 4, laatste lid, bepaalde meerderheid enkel voor in het geval van § 4, derde lid, namelijk om de bevoegdheden van de Hoge Raad voor de Justitie, andere dan die welke in § 4, tweede lid, worden opgesomd, te omschrijven.

¹⁷ Zie in *La Libre Belgique* van 16 oktober 1997 het artikelje met als titel «Justice. Eyskens pour des pouvoirs spéciaux».

voldoende kennis van de persoon en de beroepsbekwaamheid van de gegadigden.

b) De samenstelling van het College

18. Bovendien en vooral is de samenstelling van het College volledig in strijd met het doel dat de regering beweert na te streven (de «depolitiserende» van de benoemingen en de bevorderingen).

Allereerst zouden er van de 22 werkende leden van het College slechts 10 leden magistraat zijn tegen 12 leden niet-magistraat (art. 36 Ger. W., art. 259bis, §§ 1 en 2 Ger. W.), wat betekent dat de magistraten in de minderheid zouden zijn.

Het is niet verantwoord dat in een orgaan dat geacht wordt een betere bescherming van de onafhankelijkheid van de magistraten te bieden op het gebied van benoemingen en bevorderingen, de magistraten in de minderheid zijn.

Voor zover de stellers van deze nota weten, zouden slechts in ons land de magistraten een minderheid vormen in een gemengd orgaan voor de rechtsbedeling, dat bevoegd is terzake van benoemingen en bevorderingen. In Spanje, Frankrijk, Italië en Portugal waarborgt de Grondwet zelf dat de magistraten een meerderheid vormen in een dergelijk orgaan (voor de Algemene Raad van de Spaanse rechterlijke overheid, zie Grondwet van Spanje, art. 122, § 3;¹⁸ voor de Hoge Raad voor de Franse magistratuur, zie de Grondwet van Frankrijk, art. 65;¹⁹ voor de Hoge Raad voor de Itali-

aanse magistratuur, zie Grondwet van Italië, art. 104, tweede, derde, vierde en vijfde lid;²⁰ voor de Hoge Raad voor de Portugese Magistratuur, zie Grondwet van Portugal, art. 220, §§ 1 en 3.²¹

ten. Zij wordt dan voorgezeten door de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie. De groep van de Hoge Raad voor de Magistratuur, die bevoegd is voor de parketmagistraten, brengt haar advies uit over de benoemingen van de parketmagistraten, met uitzondering van de betrekkingen waarin de Ministerraad voorziet. Zij brengt haar advies uit over de tuchtsancties voor de parketmagistraten. Zij wordt dan voorgezeten door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie. Een organieke wet bepaalt de toepassingsvoorwaarden van dit artikel». Het Franse Parlement heeft op 25 juli 1993 in artikel 65 van de Grondwet wijzigingen aangebracht die onder meer betrekking hebben op de samenstelling en de bevoegdheden van de Hoge Raad voor de Magistratuur. Tot aan die grondwetwijziging werden de negen leden van de Raad aangewezen door de President van de Republiek, namelijk zes magistraten die gekozen werden uit een lijst van namen, een staatsraad die gekozen werd uit een lijst en twee vrij gekozen personen van buitenaf. Mettertijd is gebleken dat dit systeem waarin de President van de Republiek de leden van de Raad benoemde, twijfel wekte aangaande hun onafhankelijkheid. De Grondwetsherziening van 1993 was met name bedoeld om dat euvel te verhelpen. Sedert die grondwetsherziening worden de leden van de Raad, wier aantal op tien is gebracht, als volgt aangewezen: zes magistraten worden gekozen door hun gelijken; één staatsraad wordt gekozen door de leden van de Raad van State; drie personen die noch tot het Parlement noch tot de rechterlijke orde behoren, worden respectievelijk door de President van de Republiek, de voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de voorzitter van de Senaat gekozen (zie J. BEAUME, «L'administration du corps judiciaire: rôle du Conseil supérieur de la magistrature et/ou du ministère de la Justice», in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995, (154) (162-163).

²⁰ Art. 104, tweede, derde, vierde en vijfde lid, van de Italiaanse Grondwet luidt vertaald als volgt:

«De Hoge Raad voor de Magistratuur wordt voorgezeten door de president van de Republiek:

- de eerste voorzitter en de procureur-generaal van het Hof van Cassatie zijn van rechtswege lid;
- de andere leden worden voor twee derden door alle gewone magistraten gekozen uit de leden van de verschillende categorieën en voor een derde door het Parlement in gewone zitting, uit de gewone hoogleraren die rechtsvakken doceren en uit de advocaten met vijftien jaar beroepservaring;
- de Raad kiest een ondervoorzitter uit de door het Parlement aangewezen leden.

²¹ Art. 220, §§ 1 en 3, van de Portugese Grondwet luidt vertaald als volgt:

«1. De Hoge Raad voor de Magistratuur wordt voorgezeten door de voorzitter van het Opperste Gerechtshof. Hij is als volgt samengesteld:

- a) twee leden worden aangewezen door de President van de Republiek onder wie een zittend magistraat.
- b) zeven leden worden gekozen door de Volksvertegenwoordiging van de Republiek;
- c) zeven rechters worden door hun gelijken gekozen volgens het beginsel van de evenredige vertegenwoordiging.

2. De wet kan bepalen dat door hun gelijken gekozen ambtenaren van justitie deel uitmaken van de Hoge Raad voor de Magistratuur. Zij kunnen enkel deelnemen aan de bespreking en de stemming in aangelegenheden in verband met de beoordeling van de beroepsbekwaamheid en aan de uitoefening van de tucht ten aanzien van de ambtenaren van Justitie».

¹⁸ Art. 122, § 3, van de Spaanse Grondwet luidt vertaald als volgt: «De Algemene Raad voor de rechterlijke macht bestaat uit de voorzitter van de opperste rechtbank die de Raad voorziet en twintig leden, door de Koning benoemd voor een periode van vijf jaar: twaalf van zijn leden worden gekozen onder rechters en magistraten van alle rechterlijke categorieën en overeenkomstig de bepalingen van de organieke wet, vier op voordracht van het congres van afgevaardigden en vier op voordracht van de Senaat. In beide gevallen worden zij met drie vijfde meerderheid van de leden gekozen uit de advocaten en andere juristen wier bekwaamheid wordt erkend en die hun beroep al meer dan vijftien jaar uitoefenen».

¹⁹ Art. 65 van de Franse Grondwet luidt vertaald als volgt: «De Hoge Raad voor de Magistratuur wordt voorgezeten door de President van de Republiek. De minister van Justitie is van rechtswege ondervoorzitter. Hij kan de President van de Republiek vervangen. De Hoge Raad voor de Magistratuur bestaat uit twee groepen waarvan de ene bevoegd is voor de zittende, de andere voor de staande magistratuur. De groep die bevoegd is voor de zittende magistratuur bestaat, benevens de President van de Republiek en de minister van Justitie, uit vijf zittende magistraten en een parketmagistraat, een staatsraad, aangewezen door de Raad van State en drie personen die noch tot het Parlement noch tot de rechterlijke orde behoren en die respectievelijk door de President van de Republiek, de voorzitter van de Volksvertegenwoordiging en de voorzitter van de Senaat worden aangewezen. De groep die bevoegd is voor de parketmagistraten bestaat, benevens de President van de Republiek en de minister van Justitie, uit vijf parketmagistraten en een zittend magistraat, de staatsraad en de drie personen waarvan sprake in het bovenstaande lid. De groep van de Hoge Raad voor de Magistratuur die bevoegd is voor de zittende magistratuur doet voorstellen voor de benoemingen van de zittende magistraten in het Hof van Cassatie, voor de benoemingen van de eerste voorzitter van het hof van beroep en voor de benoeming van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. De andere zittende magistraten worden op zijn eensluidend advies benoemd. Die groep doet uitspraak als tuchtraad voor de zittende magistra-

Hetzelfde geldt in alle staten van Midden- en Oost-Europa, die sedert de instorting van de communistische regimes een dergelijk orgaan kennen, namelijk in Bulgarije,²² in Kroatië,²³ in Moldavië,²⁴ in Polen²⁵ en in Slovenië.²⁶

²² In Bulgarije bestaat de Nationale Raad voor de Justitie uit vijfentwintig juristen die alle waarborgen bieden inzake beroepsbekwaamheid en zedelijkheid en die ten minste vijftien jaar ervaring hebben in juridische beroepen, waarvan ten minste vijf jaar als rechter, procureur, onderzoeksrechter of hoogleraar in de rechten. De voorzitter van het Hof van Cassatie, de voorzitter van het Opperste Administratieve Hof en de procureur-generaal zijn van rechtswege lid. Elf leden worden gekozen door de Volksvertegenwoordiging en de elf andere worden gekozen uit beroepsjuristen (vijf door de rechters, drie door de procureurs en drie door de onderzoeksrechters). De minister van Justitie zit de Raad voor, zonder evenwel lid ervan te zijn en zonder stemrecht (zie R. NENKOV, «Le Conseil national de la Justice: ses fondements, sa composition, son fonctionnement et ses compétences», in *Les systèmes judiciaires dans une période de transition*, Raad van Europa, Straatsburg, 1997, p. 63; Verslag van Bulgarije in *Les systèmes...*, op.cit., p. 191-198).

²³ In Kroatië bestaat de Nationale Raad voor de Justitie uit een voorzitter en veertien leden die door de Kamer van de graafschappen worden voorgedragen en door de Kamer van Volksvertegenwoordigers worden gekozen uit eminente persoonlijkheden, rechters, procureurs, advocaten en universiteitsprofessoren in de rechten.

De voorzitter en zeven leden worden gekozen uit de rechters, vier leden uit de procureurs, een lid uit de professoren in de rechten (zie mededeling over de gerechtelijke Raad van State in Kroatië in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995 (73),75; Verslag van Kroatië in *Les systèmes...*, op.cit., (199),200).

²⁴ In Moldavië bestaat de Hoge Raad voor de Magistratuur uit elf leden. De minister van Justitie, de voorzitter van het Opperste Gerechtshof, de voorzitter van het hof van beroep, de voorzitter van de rechtbank van koophandel en de procureur-generaal zijn van rechtswege lid. Drie leden worden gekozen door de rechters van het Opperste Gerechtshof. Drie leden worden door het Parlement gekozen uit de gewone hoogleraren (zie mededeling over de autonome rechterlijke administratie in de Republiek Moldavië, in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995, p. 167, art. 110, inz. p. 108-109; zie PUSCAS, «Le Conseil national de la Justice, ses fondements, sa composition, son fonctionnement et ses compétences» in *Les systèmes...*, op.cit., (67),69; Verslag van de Republiek Moldavië in *Les systèmes...*, op.cit., (241),245).

²⁵ In Polen bestaat de Nationale Raad voor de Justitie ambtshalve uit de eerste voorzitter van het Opperste Gerechtshof, de voorzitter van het Opperste Hof, de voorzitter van de Opperste Administratieve Rechtbank, de minister van Justitie en een persoon die door de President van de Republiek wordt aangewezen, alsook uit de verkiesbare leden: twee rechters van het Opperste Hof, een rechter van de Opperste Administratieve Rechtbank, elf rechters van de rechtbanken van gemeen recht, een rechter van de militaire rechtbank, vier volksvertegenwoordigers en twee senatoren die respectievelijk door de kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat worden gekozen (zie mededeling over de Nationale Raad voor de Rechterlijke Macht in Polen, in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995 (111),112; P. WORTOWICZ, «Le Conseil national de la justice, ses fondements, sa composition, son fonctionnement et ses compétences», in *Les systèmes...*, op.cit., (73),74; Verslag van Polen in *Les systèmes...*, op.cit., (251 tot 256).

²⁶ In Slovenië bestaat de Raad voor de Justitie uit elf leden. Vijf worden door de Volksvertegenwoordiging gekozen op voordracht van de President van de Republiek die de gegadigden kiest uit de

In Griekenland²⁷ en Hongarije²⁸ bestaat de autonome raad voor de rechtsbedeling zelfs uitsluitend uit magistraten.

Het is een feit dat men zowel in Europa als in andere streken van de wereld waar men gewonnen is voor de oprichting van een gemengd orgaan voor de rechtsbedeling, opteert voor een systeem dat aan de magistraten, teneinde hun onafhankelijkheid te waarborgen, de meerderheid verleent in dat orgaan.

Het is veelbetekend dat in de conclusies die werden goedgekeurd op het laatste colloquium dat de Raad van Europa in juni 1997 te Warschau gehouden had rond het thema «De waarborgen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in een Rechtsstaat», uitdrukkelijk aanbevolen wordt dat de rechters de meerderheid zouden vormen in dergelijke organen (punt 6).²⁹

Terloops dient te worden opgemerkt dat de heersende mening in Latijns-Amerika opteert voor dezelfde aanbevelingen.³⁰

Voor het overige bevat het voorontwerp van wet geen enkele precisering i.v.m. de positieve voorwaarden waaraan de leden niet-magistraten zullen moeten voldoen, noch hoe zij gerecruteerd zullen worden. Valt het niet te vrezen dat al-

werkende advocaten, de hoogleraren in de rechten en andere juristen, en zes leden worden gekozen uit de rechters die een vast rechterlijk ambt uitoefenen (zie mededeling over de Raad voor de Magistratuur van de Republiek Slovenië in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995, 117-118); Verslag van Slovenië in *Les systèmes...*, op.cit., (271),274.

²⁷ Art. 90, § 1, van de Griekse Grondwet luidt vertaald als volgt: «De bevorderingen, affectaties, verplaatsingen, detacheringen en kadermutaties van de magistraten geschieden bij presidentieel decreet na de voorafgaande beslissing van een Hoge Raad voor de Magistratuur. Die raad bestaat uit de voorzitter van de Opperste Rechtbank van de jurisdictionele orde en uit leden van die rechtbank, die bij het lot worden aangewezen onder degenen die ten minste twee jaar dienst hebben bij die rechtbank, zoals is bepaald in de wet. Tot de Hoge Raad voor de burgerlijke en strafrechtelijke magistratuur behoort ook de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie; tot de Hoge Raad voor het Rekenhof behoort ook de commissaris-generaal van de regering bij dat Hof».

²⁸ In Hongarije worden de eenentwintig leden en de vijf plaatsvervangende leden van de Nationale Raad voor de Justitie gekozen door de voltallige vergadering van de rechters die in ieder departement wordt gehouden (zie verslag van Hongarije in *Les systèmes...*, op.cit., (215),217).

²⁹ Document van de Raad van Europa van 25 juni 1997 over «Juridische samenwerking van de Raad van Europa met de landen uit Midden- en Oost-Europa», Themis 3 (97), p. 2.

³⁰ Een van de conclusies van het eerste Latijns-Amerikaanse Congres van grondwettelijk recht dat in 1975 te Mexico plaatshad, luidde als volgt: «Bij de reorganisatie van het Latijns-Amerikaanse rechtssysteem moet een Raad voor het gerecht of de magistratuur worden ingevoerd die moet worden georganiseerd met inachtneming van de bijzondere kenmerken van de Latijns-Amerikaanse grondwetten. Hij zal bij meerderheid bestaan uit gerechtsambtenaren wier aanwijzing zal geschieden door de rechters zelf, onverminderd de vertegenwoordiging van andere machten of organisaties, teneinde te voorkomen dat het rechtssysteem een hermetisch en geslaagd apparaat zou vormen» (aangehaald door P.N. LUCAS MUREILLO DE LA CUEVA, «Modèles de gouvernement du pouvoir judiciaire», in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995 (139-152, noot 40).

dus getrouwen van verschillende politieke partijen in het College worden benoemd?

19. Ten tweede zouden, volgens het voorontwerp van wet, de leden van het College allen benoemd worden door de Senaat, ofschoon de nota van 23 juli 1997 van de minister van Justitie aan de Ministerraad over de benoeming, de bevordering, de beoordeling en de opleiding van de magistraten bepaalde dat alleen de externe leden door die vergadering zouden worden gekozen.

De door de regering in november 1996 voorgestelde tekst van art. 151 van de Grondwet preciseert niet door welke instantie of welke instanties de leden van het College zouden worden aangeduid. De in maart 1997 voorgestelde tekst van dat artikel vermeldt dat de magistraten van de rechterlijke orde «op hun voordracht zullen worden benoemd door de Senaat met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen». Het is interessant erop te wijzen dat in de meeste staten waarin een gemengd orgaan bestaat dat bevoegd is terzake van benoemingen en bevorderingen, en onder meer in Frankrijk, Italië en Portugal, de Grondwet zelf waarborgt dat de leden-magistraten van dat orgaan door hun gelijken worden gekozen (voor de Hoge Raad voor de Franse magistratuur, zie Grondwet van Frankrijk, art. 65;³¹ voor de Hoge Raad van de Italiaanse magistratuur, zie Grondwet van Italië, art. 104, vierde lid;³² voor de Hoge Raad voor de Portugese magistratuur, zie Grondwet van Portugal, art. 219, inzonderheid 1).³³ Ook in Bulgarije,³⁴ Moldavië,³⁵ Polen³⁶ en Slovenië³⁷ bepalen de Grondwet of de wet dat de leden-magistraten door hun gelijken worden aangeduid.

In Spanje worden de leden-magistraten sedert een wet van 1985 niet meer gekozen door de leden van de rechterlijke macht, maar door de wetgevende vergaderingen, met het gevolg dat hun aanwijzing het resultaat lijkt te zijn geworden van onderhandelingen tussen de politieke partijen.³⁸

³¹ Zie *supra*, noot 19.

³² Zie *supra*, noot 20;

³³ Zie *supra*, noot 21.

³⁴ Zie *supra*, noot 22.

³⁵ Zie *supra*, noot 24.

³⁶ Zie *supra*, noot 25.

³⁷ Zie *supra*, noot 26.

³⁸ Daar de Spaanse Grondwet de modaliteiten voor de aanwijzing van de twintig leden van de Algemene Raad voor de Rechterlijke Macht niet klaar en duidelijk had aangegeven, had een eerste organieke wet in 1980 bepaald dat de twaalf leden-magistraten zouden worden gekozen door de leden van het gerecht. Na de verkiezingen in 1982 waarbij de Spaanse socialistische partij de overwinning behaalde, wijzigde de nieuwe regering de regels betreffende de aanwijzing van de leden van de Algemene Raad en breidde de verkiezing door de wetgevende vergadering uit tot de twintig raadsheeren. De reden van de wetwijziging in 1985, waarbij het stelsel van de verkiezingen in die zin werd gewijzigd, was klaarblijkelijk politiek. Die wijziging gaf aanleiding tot twee beslissingen van de Spaanse Grondwettelijke Rechtbank: in haar beslissing nr. 108/1986 van 22 juli 1986 waarschuwde de Grondwettelijke Rechtbank voor het gevaar dat verbonden was aan de praktijk van een verdeling van de quota tussen de partijen en beval een wijziging van het nieuwe systeem aan, zonder het daarom ongrondwettig te noemen. Zoals een van de leden van de Algemene Raad voor de Spaanse rechterlijke macht opmerkt is «de aanwijzing van alle leden van de Raad sedertdien een onderhandeling van quota tussen politieke partijen gewor-

4° Het instellen van een systeem van tijdelijke hernieuwbare mandaten voor de ambten van eerste voorzitter, voorzitter en afdelingsvoorzitter van het Hof van Cassatie, eerste voorzitter en kamervoorzitter van het hof van beroep en van het arbeidshof en van voorzitter en ondervoorzitter van de rechtbanken

Dat systeem wordt mogelijk gemaakt door de artt. 151 en 157, zoals ze door de regering zijn voorgesteld en wordt bepaald bij het voorontwerp van wet tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek. Dat systeem impliceert een wijziging van de zin en de draagwijdte van art. 152 van de Grondwet (de rechter is voor het leven benoemd, hij kan niet worden afgezet noch overgeplaatst) dat niet voor herziening is aangewezen en waardoor de waarborgen voor de onafhankelijkheid die bij die ambten horen, worden aangetast.

De tekst van art. 151, § 1, tweede lid, van de Grondwet, zoals hij in november 1996 door de regering is voorgesteld, luidt als volgt: «Onverminderd de bepalingen van art. 152, bepaalt de wet de wijze, de voorwaarden en de duur van de aanwijzing tot eerste voorzitter, voorzitter, kamervoorzitter, afdelingsvoorzitter en ondervoorzitter onder de leden van de hoven en de rechtbanken».

In de verklarende nota van de regering wordt uiteengezet dat die tekst «een nieuwe filosofie vertolkt» van de voornoemde functies «die aansluit bij het regeringsakkoord waarin wordt gesteld dat, met het oog op een betere werking van de rechtscolleges, kwalitatieve en managementgerichte maatregelen moeten worden genomen. 'Met dit doel zal de regering het principe van het mandaat invoeren voor de uitoefening van sommige functies van korpsverster'». «Aan de wetgever», gaat de nota verder, «wordt de mogelijkheid geboden om deze nieuwe filosofie uit te werken en om de voorwaarden en vereisten verder te bepalen. Daarbij kan hij, indien hij het nodig acht, het principe van het tijdelijk mandaat invoeren. Ook hier kan de wetgever oordelen dat de tussenkomst van één of meer adviesorganen gepast is».

Met de voorgestelde tekst, voegt de nota eraan toe, «wordt duidelijk gesteld dat het in casu gaat om een aanwijzing tot een bepaalde functie en dit uit de leden van de hoven en de rechtbanken. Zo maakt men een onderscheid tussen het rechterlijk ambt, in de zin van art. 152 van de Grondwet, en een specifieke functie die aan de houder van het ambt wordt verleend».

Inderdaad wordt de functie van eerste voorzitter, voorzitter, kamervoorzitter, afdelingsvoorzitter en ondervoorzitter, niet beschouwd als een 'ambt' in de zin van art. 152 van de Grondwet, maar wel als een functie waarin een ambtsdrager, namelijk een rechter of raadsheer wordt aangewezen. Aldus wordt art. 152 van de Grondwet (...) gerespecteerd».

Ten slotte wijst de verklarende nota erop dat «het principe van de tijdelijke aanwijzing niet nieuw is». Daarbij voert ze aan dat «art. 79 Ger.W. bepaalt dat de Koning uit de rechters van de rechtbank van eerste aanleg, volgens de behoef-

den». (zie A. DE LA OLIVA SANTOS, Spaans verslag over «le Conseil supérieur de la magistrature comme garant institutionnel de l'impartialité des juges et de l'indépendance de la justice», in *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Raad van Europa, Straatsburg, 1995, (43, 52-53).

ten van de dienst, een of meer onderzoeksrechters, een of meer beslagrechters en een of meer rechters in de jeugdrechtbank aanwijst» en dat «deze (...) slechts aangewezen worden voor een bepaalde termijn».

De in maart 1997 voorgestelde tekst van art. 151, § 2, derde lid, bepaalt in een soortgelijke zin: «Onverminderd de bepalingen van art. 152, bepaalt de wet de duur van deze aanwijzingen» (nl. die van eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, eerste voorzitters van de hoven van beroep, voorzitters van de rechtbanken van eerste aanleg, voorzitter en afdelingsvoorzitter van het Hof van Cassatie, kamervoorzitters en ondervoorzitters).

Volgens de tekst van art. 157 van de Grondwet, die in maart 1997 door de regering werd voorgesteld, zou aan dat artikel een vierde lid worden toegevoegd waarbij een soortgelijk systeem wordt ingevoerd voor de aanduiding van de eerste voorzitters, kamervoorzitters en ondervoorzitters van de rechtbanken van koophandel en de arbeidsrechtbanken.

In het voorontwerp van wet tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek worden die regels geconcretiseerd (cf. inzonderheid art. 39; artt. 259ter, 259quater, 259quinquies, 259sexies en 259septies Ger.W.).³⁹

a) De onbevoegdheid van de huidige Grondwetgever om uitdrukkelijk of impliciet de zin en de draagwijdte te wijzigen van de regels m.b.t. de benoeming voor het leven, de onafzetbaarheid en de niet-overplaatsbaarheid van de rechter die zijn vastgelegd in artikel 152 van de Grondwet dat niet voor herziening is aangewezen

20-1. We moeten eraan herinneren dat de vrijheid die de Grondwetgevende Kamers hebben t.a.v. de voor herziening voorgestelde punten, bepaalde beperkingen inhoudt en met name de volgende twee beperkingen:

Wanneer ze bestaande artikelen aanwijzen, binden de Kamers de Grondwetgever niet, maar deze blijft in zijn herziensrecht beperkt tot de in die artikelen behandelde materie. We komen later op die beperking terug, wanneer we het zullen hebben over de ontwerpen van de regering betreffende de oprichting van een Hoge Raad voor de Justitie (*infra* nr. 28).

Bovendien kan de Grondwetgever, wanneer hij een bestaande bepaling van de Grondwet wijzigt, de zin of de draag-

wijde van grondwettelijke bepalingen die niet in de verklaring tot herziening worden aangewezen, niet op uitdrukkelijke of impliciete wijze wijzigen.⁴⁰

Hoewel de Grondwetgever krachtens de verklaring tot herziening van de Grondwet van 12 april 1995, art. 151 ervan kan wijzigen binnen de perken van de in dat artikel behandelde materie, kan hij niet, zelfs niet op impliciete wijze, inzonderheid de zin of de draagwijdte wijzigen van de in het – niet voor herziening aangewezen – art. 152 vervatte regels betreffende de benoeming voor het leven en de onafzetbaarheid en de niet-overplaatsbaarheid van de rechters, op de wijze waarop die regels in het verleden onveranderlijk zijn geïnterpreteerd, met name door de verschillende wetten m.b.t. de rechterlijke organisatie.

Art. 152 van de Grondwet houdt drie regels in: dat de rechters voor het leven benoemd zijn (eerste lid), dat zij niet afgezet kunnen worden (tweede lid) en dat zij niet overgeplaatst kunnen worden (derde lid).

20-2. Art. 152, eerste lid, luidt als volgt: «De rechters worden voor het leven benoemd. Zij worden in ruste gesteld op de bij de wet bepaalde leeftijd en genieten het bij de wet bepaalde pensioen».

Door te eisen dat de rechters voor het leven werden benoemd, wou het Nationaal Congres vooral het systeem van de vroegere grondwetten en wetten vermijden waarbij de rechters voor een bepaalde termijn werden benoemd of aangeduid.⁴¹

⁴⁰ A. ALEN, «De bevoegdheidsverdeling tussen de Staat: De Gemeenschappen en de Gewesten. Enkele algemene bedenkingen na de derde Staatshervorming.» *T.B.P.*, 1989, (44), 52-53, met noot 89; *Idem*, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, 1995, p. 69-70, nr. 61; A. ALEN en F. MEERSCHAUT, «De impliciete herziening van de Grondwet», in *Mélanges offerts à J. VELU*, Brussel, 1992, I, p. 259-281; F. DELPÉRIE, *Droit constitutionnel*, Brussel, 1987, I, p. 99, nr. 53; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Beschouwingen over de herziening van de Grondwet*, plechtige openingsrede voor het Hof van Cassatie van 1 september 1972, Brussel 1972, p. 17; A. MAST «De recente grondwetsherziening en de door artikel 131 opgelegde procedure», *R.W.*, 1971-72, 1473-1484; *Idem*, «Grondwetsherziening van 1980», *R.W.*, 1981-82, 1104-1105; A. MAST en J. DUJARDIN *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, 1985, p. 498, nr. 430; J. VELU met de medewerking van P. QUERTAINMONT en M. LEROY *Droit Public*, I, *Le statut des gouvernants*, Brussel, 1986, p. 174, nr. 110; P. WIGNY *La troisième révision de la Constitution*, Brussel, 1972, p. 55.

⁴¹ J.J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Brussel, 1879, nr. 476, p. 312-313, waarin de argumentatie wordt overgenomen van het door de h. BARBANSOON ter gelegenheid van de totstandkoming van de wet van 25 juli 1867 in naam van de Senaatscommissie uitgebrachte verslag (*Gedr.St.*, *Senaat*, 1866-1867, p. XLIII en *Pasin*, 1869, p. 256-257).

Eén van de essentiële kwesties die de Grondwetgever van 1831 met betrekking tot het statuut van de magistraten van de zetel diende te regelen, was de wijze waarop de benoeming van de rechters in het licht van de duur van hun ambt moest worden bepaald. Binnen de afdelingen van het Nationaal Congres werden verschillende standpunten ingenomen met betrekking tot het antwoord op de vraag of er, althans voor bepaalde rechtscolleges, tijdelijke opdrachten of benoemingen voor een bepaalde termijn moesten worden ingevoerd, zoals dat in de voorgaande Grondwetten het geval was geweest. In het verslag dat RAJEM op 20 januari 1831 aan het Congres voorlegde, gaf hij eerst een opsomming van de bepalingen van die Grondwetten en wetten die met betrekking tot de te benoemen rechters alleen benoemingen voor een bepaalde termijn duldden (E.

³⁹ De korpschefs, bijvoorbeeld, zouden door de Koning voor een hernieuwbare termijn van vijf jaar worden aangewezen. Wanneer de korpschef zijn mandaat wenst te hernieuwen, moet hij vóór het verstrijken van zijn mandaat een activiteitenverslag en een nieuw beleidsplan aan de minister van Justitie bezorgen. Na advies van de selectiecommissie – en ongeacht de inhoud ervan –, is uitsluitend de Koning (de minister van Justitie) bevoegd om uitspraak te doen over de verlenging van het mandaat. Indien het mandaat niet wordt hernieuwd, neemt de magistraat, bij het verstrijken ervan, luidens artikel 259quater, § 5, *in fine*: «1° het ambt waarin hij het laatst werd benoemd terug op; 2° het hoge mandaat waarin hij het laatst werd aangewezen terug op. In dat geval zal diegene die tijdens zijn afwezigheid dit mandaat uitoefende, de lopende termijn van zijn mandaat voleindigen; 3° de korpsoverste die voor zijn aanwijzing in dit mandaat reeds korpsoverste was, neemt in geval van niet-hernieuwing het hoge mandaat op dat onmiddellijk ondergeschikt is aan het mandaat van korpsoverste waarin hij initieel werd aangewezen.»

Uit het geheel van de bepalingen van art. 100 volgt dat het eerste lid de benoemingen voor het leven oplegt en dus benoemingen of aanwijzingen voor een bepaalde termijn uitsluit, en dat de beide andere leden bepalen dat de rechters niet afgezet noch overgeplaatst kunnen worden.⁴²

Tot nog toe is nooit betwist dat de benaming «rechters» in art. 152, eerste lid, van toepassing is op alle beroepsmagistraten van de zetel, ongeacht het rechtscollege waartoe

HUYGHENS, *Discussions du Congrès national*, Brussel, 1844, IV, 93-101). De artt. 3 en 4 van titel II van de wet van 16-24 augustus luiden als volgt: «Les juges seront élus par les justiciables. Ils seront élus pour six années.»

Volgens artikel 2 van hoofdstuk V van de Grondwet van 3 september 1791, «la justice (était) rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple».

Art. 95 van de Grondwet van 24 juni 1793 bepaalde dat «les juges de paix (étaient) élus tous les ans».

In de Grondwet van het jaar III bepaalde art. 212 dat de vrederechters om de twee jaar benoemd werden, art. 216 dat elke afdeling een burgerlijke rechtbank had en de rechters om de vijf jaar verkozen werden, en art. 259 dat de rechtbank van cassatie jaarlijks voor één vijfde hernieuwd werd.

Luidens art. 60 van de Grondwet van het jaar VIII dat elk gemeentelijk arrondissement één of meer vrederechters, die rechtstreeks door de burgers werden verkozen voor een termijn van drie jaar.

In het stelsel van de fundamentele wet van 1815 bepaalde art. 186 dat alleen de leden van het hooggerechtshof en van de provinciale hoven en van de strafrechtbanken, alsook de procureurs-generaal en overige ministeriële ambtenaren bij die hoven en rechtbanken, in tegenstelling tot de benoemingen voor een bepaalde termijn, voor het leven werden benoemd. De duur van de ambten van alle andere rechters en ministeriële ambtenaren diende door de wetgever te worden bepaald. Door al die antecedenten heerste er onder de afdelingen van het Congres verdeeldheid omtrent de keuze van het meest geschikte systeem. De tweede afdeling stelde voor om de vrederechters voor een bepaalde termijn te benoemen, de derde vroeg in dat verband om een termijn van drie jaar, de vijfde oordeelde dat de wetgever moest beslissen of de vrederechters voor het leven dan wel voor een bepaalde termijn zouden worden benoemd. De centrale afdeling, wat haar betrof, besloot eenstemmig dat de rechters voor het leven werden benoemd en dat de vrederechters daarop geen uitzondering zouden vormen. Wat de vrederechters betreft, zegt zij het volgende:

«Dès que les juges de paix sont nommés par le chef de l'Etat, la conséquence nécessaire est qu'ils doivent être inamovibles. La nomination à terme ne doit s'appliquer qu'aux fonctionnaires nommés par voie d'élection. Dans ce dernier cas, la loi garantit au fonctionnaire l'exercice de ses fonctions pendant le temps qu'elle détermine. Mais lorsque la nomination est laissée au chef de l'Etat, elle doit donner au fonctionnaire une garantie encore plus forte, et cette garantie est l'inamovibilité». «De tout ce qui précède», leest men in het door de h. BARBANSON in naam van de Senaatscommissie van de Justitie uitgebrachte verslag over het wetsontwerp, dat uiteindelijk de wet van 25 juli 1867 op de inruststelling van magistraten is geworden, «on peut conclure avec assurance, que lorsque dans sa rédaction l'article 100 de la Constitution a déclaré que les juges sont nommés à vie, il a voulu exprimer qu'ils ne seraient pas nommés à terme. Il ne doit y avoir pour eux qu'une seule investiture; les délégations temporaires et successives sont interdites. Voilà ce qu'on a voulu ériger en principe constitutionnel». (*Gedr.St., Senaat*, 1866-1837, p. XLIII; *Pasin.*, 1869, p. 256-257).

⁴² J.J. THONISSEN, *op.cit.*, nr. 476, p. 312-313 en verslag BARBANSON, *Pasin.*, 1869, p. 256 e.v.

ze behoren, die ambten moeten uitoefenen waarmee zij enkel door hun eedaflegging kunnen worden bekleed.⁴³

Als die bediening eenmaal is toegekend, moet zij vast verbonden blijven met de magistraat die er door zijn eedaflegging mee is bekleed.⁴⁴

Volgens de zin en de draagwijdte die traditioneel aan die regel wordt toegekend, is hij niet alleen van toepassing op de rechters en raadsheren, maar inzonderheid ook op de eerste voorzitter en de kamervoorzitter van het hof van beroep en van het arbeidshof, alsook op de voorzitter en de ondervoorzitter van de rechtbanken als dusdanig. Die magistraten werden nooit beschouwd als rechters of raadsheren die aangewezen zijn om een, mogelijks tijdelijk, mandaat te vervullen.

De wetten m.b.t. de rechterlijke organisatie bepalen dat hun bediening als dusdanig een van de bestanddelen is van de rechtscolleges waartoe zij behoren en koppelen de uitoefening van hun ambt aan de eedaflegging, waardoor zij met dat ambt worden bekleed.⁴⁵ Hun bediening wordt als dusdanig ook bepaald in de wetten tot vaststelling van de personeelsformatie van hun rechtscolleges.⁴⁶

Terwijl de rechters in handelszaken en de rechters in sociale zaken benoemd worden voor een termijn van vijf jaar, zijn de beroepsrechters voor het leven benoemd. Art. 152, eerste lid, verstrekt aldus hun onafhankelijkheid t.a.v. de regering: in tegenstelling tot de andere rechters, moet hun opdracht door die macht niet worden hernieuwd. Het komt erop aan de externe afhankelijkheid van de beroepsrechters, met inbegrip van de voorzitter en kamervoorzitter van het hof van beroep en van het arbeidshof, alsook de voorzitter en ondervoorzitter van de rechtbank, te bannen, wat niet impliceert dat zij gedurende heel hun leven in dienst moeten worden gehouden en dat de wettelijke gronden voor inruststelling en ontslag, onder het toezicht van de minister van Justitie, niet op hen kunnen worden toegepast.⁴⁷ Hierin ligt de huidige zin en draagwijdte van de regel van de benoeming voor het leven die in art. 152, eerste lid, is vastgelegd.

Daarentegen werd nooit beweerd dat art. 152 van de Grondwet zou verbieden dat een magistraat van de zetel wordt aangewezen als onderzoeksrechter, beslagrechter, jeugdrechter in eerste aanleg of in hoger beroep om een tijdelijk mandaat te vervullen. In de wetten betreffende de rechterlijke organisatie werd nooit gesteld dat de bediening van die magistraten een van de componenten was van de rechtscolleges waartoe zij behoren, noch dat zij de eed moesten afleggen om met hun ambt te worden bekleed. Hun bediening staat evenmin vermeld in de wetten tot vaststelling van de personeelsformatie van hun rechtscolleges. Art. 152 heeft m.b.t. die magistraten geen andere draagwijdte dan dat

⁴³ *Pand. B.*, v° *Inamovibilité*, nrs. 171-172.

⁴⁴ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, I, Brussel, 1974, p. 557-558.

⁴⁵ Zie inzonderheid artt. 77, 82, 85, 101, 103, 288 tot 291 *Ger.W.* Over de draagwijdte van de regelen betreffende de investituur en de eedaflegging van de magistraten, zie C. CAMBIER, *op.cit.*, p. 544, 553 en 554.

⁴⁶ Over de draagwijdte van die wetten, zie C. CAMBIER, *op.cit.*, p. 460-461.

⁴⁷ C. CAMBIER, *op.cit.*, p. 557.

de minister van Justitie hun aanwijzing niet mag intrekken zolang hun mandaat loopt.⁴⁸

20-3. Art. 152, tweede lid, van de Grondwet luidt als volgt: «Geen rechter kan uit zijn ambt worden ontzet of worden geschorst dan door een vonnis».

«La Justice, aldus C. Cambier, requiert de qui la rend une entière indépendance. Ne pouvant faire que la charge de juger soit attribuée sans influence extérieure, l'on s'applique à soustraire à tout le moins son exercice à pareille allégeance. Une fois investi de son emploi, le juge échappe au pouvoir dont il tient sa nomination».⁴⁹ Dit is de traditionele draagwijdte van de in art. 152, tweede lid, van de Grondwet neergelegde regel.

Krachtens die regel mag de wetgever de bevoegdheid om de rechters die met hun bediening zijn bekleed, uit hun ambt te onttrekken of te doen onttrekken, niet aan een andere macht dan de rechterlijke macht toekennen. Dat geldt inzonderheid voor de eerste voorzitters en de kamervoorzitters van de hoven van beroep en van de arbeidshoven, alsook voor de voorzitters en de ondervoorzitters van de rechtbanken. Nooit werd betwist dat de term «ambt» in art. 152, tweede lid, met name betrekking had op de ambten waarmee de voornoemde magistraten door hun eedaflegging zijn bekleed.

Wanneer een onderscheid wordt gemaakt, en we citeren de verklarende nota van de regering van november 1996, tussen het rechterlijk ambt, in die zin (van dat artikel), en een speciale functie die aan de houder van het, door de voornoemde magistraten bezette ambt wordt verleend,⁵⁰ dat aldus in aanmerking zou kunnen komen voor een tijdelijk, eventueel hernieuwbaar mandaat, worden de zin en de draagwijdte van het in de verklaring tot herziening niet aangewezen art. 152 gewijzigd.

Dat het hier een juridische kunstgreep betreft om impliciet de zin en de draagwijdte van art. 152 van de Grondwet te wijzigen, blijkt voorts uit de voornoemde verklarende nota waarin wordt gesteld dat het tijdelijk mandaat van de voornoemde magistraten «een nieuwe filosofie van hun bestaande functies van die magistraten vertolkt en dat aldus aan de wetgever de mogelijkheid wordt geboden om deze nieuwe filosofie uit te werken... en dat hij daarbij, indien hij het nodig acht, het principe van een tijdelijk mandaat kan invoeren».⁵¹

20-4. Art. 152, derde lid, ten slotte, bepaalt dat: «de overplaatsing van een rechter niet kan geschieden dan door een nieuwe benoeming en met zijn toestemming».

Als een bediening eenmaal is toegekend, blijft zij vast verbonden met de rechter die ermee is bekleed.

Terwijl het verbod om een rechter uit zijn ambt te onttrekken een beperkte draagwijdte heeft, aangezien de rechter

door een vonnis uit zijn ambt kan worden ontzet of worden geschorst, is de in art. 152, derde lid, vervatte regel dat de rechter niet kan worden overgeplaatst, van absolute aard. Geen enkele beslissing, zelfs geen vonnis, kan een rechter van de ene bediening naar de andere ambtshalve overplaatsen.

Volgens de huidige zin en draagwijdte van art. 152, derde lid, kan een dergelijke overplaatsing enkel geschieden onder de twee in die bepaling uitdrukkelijk vastgelegde bepalingen: een nieuwe benoeming, de toestemming van de betrokken rechter.

De Grondwetgever van 1831 wilde de rechter en de rechtzoekenden beschermen tegen zowel gunstige als ongunstige maatregelen die de onafhankelijkheid van de magistratuur en het vertrouwen in diens integriteit in het gedrang konden brengen.⁵²

In het door de regering voorgestelde systeem zal de bediening van eerste voorzitter of kamervoorzitter van een hof van beroep of van voorzitter of ondervoorzitter van een rechtbank, als ze eenmaal is toegekend, niet vast verbonden blijven met de magistratuur die ermee bekleed is. Ingeval de minister van Justitie discretionair beslist dat de bediening niet wordt vernieuwd na afloop van het mandaat, zal de bediening van die magistratuur gezagshalve worden overgedragen.

Een dergelijk systeem is onverenigbaar met art. 152, derde lid, zoals het steeds is geïnterpreteerd.

20-5. Hoewel art. 152 een tijdelijk mandaat voor onderzoeksrechters, beslagrechters en jeugdrechters mogelijk maakt, kan daaruit niet, dus zonder wijziging van de zin en de draagwijdte die thans aan de verschillende regels van dat artikel worden toegekend, worden afgeleid dat laatstgenoemd artikel het eveneens mogelijk maakt dat de korpschefs van de zittende magistratuur, de kamervoorzitters van de hoven van beroep alsook de ondervoorzitters van de rechtbanken door de Koning worden aangeduid om een tijdelijk, eventueel hernieuwbaar, mandaat te vervullen.

b) De afzwakking van de waarborgen voor de onafhankelijkheid die bij de ambten van die magistraten horen

21. Wellicht is de regeling waarbij een magistratuur voor een bepaalde tijd in een rechterlijk ambt wordt aangeduid niet noodzakelijk strijdig met de onafhankelijkheid van de rechters.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens m.b.t. het in artikel 6.1 E.V.R.M. bedoelde recht op een onafhankelijke rechterlijke instantie, vereist geen benoeming voor het leven.⁵³ Zij neemt genoegen met niet-overplaatsbaarheid tijdens de duur van het mandaat, ook al berust die niet-overplaatsbaarheid op een feitelijke erkenning en is ze in geen enkele tekst uitdrukkelijk vastgelegd.⁵⁴

⁴⁸ BRAAS, *Précis de procédure civile*, Luik, 1944, I, nr. 34, p. 34; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Luik, 1992, nr. 179, p. 210; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Luik, 1989, p. 286; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Luik-Parijs, II, 1908, nr. 316, p. 675-676; *Pand. B.*, v° *Inamovibilité*, nrs. 174 tot 182; v° *Juge d'instruction*, nrs. 13 tot 15; *R.P.D.B.*, v° *Procédure pénale*, nr. 287.

⁴⁹ C. CAMBIER, *op.cit.*, p. 555.

⁵⁰ *Gedr.St., Kamer*, 1996-1997, nr. 740/196/97, p. 5.

⁵¹ *Gedr.St., Kamer*, *ibid.*, p. 4-5.

⁵² C. CAMBIER, *op.cit.*, p. 557.

⁵³ Arrest Le Compte I van 23 juni 1981, reeks A, nr. 43, p. 24, § 57 (mandaat van tien jaar); arrest CAMPBELL en FELL van 28 juni 1984, reeks A, nr. 80, p. 40, § 80 (benoeming voor een periode van drie jaar of voor een kortere, door de minister bepaalde periode).

⁵⁴ Zie voornoemd arrest CAMPBELL en FELL, p. 40, § 80.

Wat wordt afgewezen, is de mogelijkheid van een discretionaire afzetting *ad nutum*.⁵⁵

Een benoeming of aanduiding voor een bepaalde termijn kan de waarborgen voor de onafhankelijkheid die bij de rechterlijke ambten horen, op diverse manieren aantasten, naargelang het mandaat niet hernieuwbaar, onmiddellijk hernieuwbaar of niet onmiddellijk hernieuwbaar is, of naargelang de overheid die bevoegd is om, indien nodig, over de hernieuwing te beslissen, al dan niet deel uitmaakt van de rechterlijke macht. De beperking van de duur van de mandaten die na een gunstige evaluatie kunnen worden hernieuwd, zal ongetwijfeld de waarborgen voor de onafhankelijkheid die bij de rechterlijke ambten horen, afzwakken, vooral wanneer personen die niet tot de rechterlijke macht behoren, de uitoefening van het mandaat moeten beoordelen en moeten beslissen of dat mandaat al dan niet wordt verlengd.

Het spreekt vanzelf dat de waarborgen voor de onafhankelijkheid van het ambt van een magistraat, in beginsel, sterker zijn als die magistraat zeker weet dat hij dat ambt tot aan zijn pensioenleeftijd zal kunnen uitoefenen dan wanneer hij zich moet bekommeren om na enkele jaren opnieuw aangeduid te worden.

We kunnen terecht vrezen dat, ingeval de regeling van tijdelijke mandaten voor de korpschefs wordt goedgekeurd, bepaalde van die magistraten, uit behaagzucht, minder vastberaden zullen optreden, zowel ten aanzien van hun collega's als van de politieke overheid.

We mogen niet uit het oog verliezen dat de Koning – in feite de minister van Justitie – ongeacht de rangschikking of het advies van de selectiecommissie van het Benoemings- en Bevorderingscollege, uiteindelijk het laatste woord zou hebben in de beslissing over de toekenning of de verlenging van het mandaat (art. 39; artt. 259ter, § 5, en 259quater, §§ 4 en 5, Ger.W.).

5° Het instellen van een Academische Raad, als bepaald in het ontwerp van wet tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek (art. 40), welk orgaan bevoegd zou zijn voor de organisatie van de gerechtelijke stage en de voortgezette opleiding van de magistraten en waarin de magistraten sterk in de minderheid zouden zijn

In de Academische Raad, waarvan de secretaris-generaal van het Ministerie van Justitie van rechtswege lid zou zijn, zouden slechts 4 à 6 van de 16 leden magistraten zijn (art. 259octies, 22, Ger.W.). Die minderheidspositie van de magistraten, die in de Academische Raad nog sterker tot uiting komt dan in het Benoemings- en Bevorderingscollege, is niet te verantwoorden. Ze is nog opvallender, temeer daar in Frankrijk, bijvoorbeeld, de raad van bestuur van de «Ecole nationale de la magistrature» wordt voorgezeten door de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, met als ondervoorzitter de procureur-generaal bij dat hof, en voorts samengesteld is uit een staatsraad, een advocaat, twee hoog-

leraren in de rechten, een externe personaliteit, drie magistraten en vier auditeurs die worden verkozen.⁵⁶

6° Het instellen van evaluatiesystemen van de magistraten vooropgesteld in het ontwerp van wet tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek (art. 41), waartegen onder meer als bezwaar geldt dat zij geen rekening houden met het specifieke karakter van de rechterlijke ambten, de taak van de korpschefs en de visitatiecomités, het overleggen van de evaluatie en de gevolgen ervan

a) Specificiteit van de rechterlijke ambten

23. De gerechtelijke rechter handelt in naam van de natie naar geweten en op onafhankelijke en onpartijdige wijze. De ambtenaar handelt op basis van zijn hiërarchie.

Elke evaluatie of toezicht mag alleen betrekking hebben op elementen die vreemd zijn aan de rechtsprekende functie, zonder dat zij het geweten, de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de rechter mag belasten.⁵⁷ Als zijn wijze van rechtspreken buiten beschouwing wordt gelaten, zal hij dan uitsluitend op grond van zijn nauwgezetheid, zijn betrouwbare en zijn kwantitatieve prestaties worden beoordeeld?

Het voorontwerp bepaalt (art. 41; art. 259decies, vierde lid, Ger.W.) dat de evaluaties geschieden op grond van criteria vastgesteld door de Koning. Indien de wetgever de vooropgestelde evaluatiesystemen aanneemt, is het in ieder geval geraadzaam dat de criteria niet bij koninklijk besluit, maar hetzij door de rechterlijke macht, hetzij subsidiair door de wetgevende macht worden bepaald.

b) Opdracht van de korpschefs en van de visitatiecomités

24. Een evaluatiesysteem, van welke aard ook, overlapt de controle die uitgeoefend wordt door de korpschefs en de visitatiecomités, die onlangs zijn opgericht in het rechtsgebied van elk hof van beroep om toezicht te houden op de organisatie en het beheer van de rechtscollages en de parketten (zie voorontwerp van wet, art. 59 *in fine*).

c) Het overbrengen van de evaluaties

25. Buiten het onderzoek van kandidaturen voor een benoeming of een bevordering, ziet men niet in welke redenen het overbrengen van evaluaties aan de uitvoerende macht kunnen verantwoorden. In het vooropgestelde systeem wordt elke magistraat bij het Ministerie van Justitie «geficheerd».

⁵⁶ M. VIGNAU, «La formation initiale des magistrats: l'expérience française» in *La formation des juges et des magistrats en Europe*, Straatsburg, 1996, (41), 45.

⁵⁷ «Judges», verklaarde in 1985 Lord Lane, toen Chief Justice voor England and Wales, «must be shielded from coercion of any sort, particularly from executive control, over the performance of their judicial duties».

⁵⁵ J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, 1990, met aanv., *R.P.D.B.*, VII, v° *Convention européenne des droits de l'homme*, nr. 539.

d) Gevolgen van de evaluaties

26. De gevolgen van een negatieve evaluatie, zoals zij in het voorontwerp beschreven worden, hebben verdacht veel weg van tuchtstraffen.

B. Het instellen van een Hoge Raad voor de Justitie

27. De instelling van een dergelijke Raad stoot op heel wat bezwaren. Er dient inzonderheid te worden gewezen op:

- de onbevoegdheid van de huidige Grondwetgever om een Hoge Raad voor de Justitie in te stellen, waarvan de voornaamste taken geen betrekking zouden hebben op de benoeming en de bevordering van magistraten (1°);
- het gebrek aan waarborgen voor de bescherming van de rechterlijke macht in de voorgestelde teksten van art. 151 van de Grondwet (2°);
- de samenstelling van de Raad, met een gelijke vertegenwoordiging van magistraten en niet-magistraten (3°);
- het gebrek aan waarborgen voor de onafhankelijkheid van de Raad, zoals uit verschillende bepalingen van het voorontwerp van wet tot oprichting van de Raad volgt (4°);
- en vooral het feit dat de opdrachten van externe controle op de werking van de rechterlijke macht, die door het voorontwerp van wet aan de Raad worden toegekend, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ernstig in het gedrang kan brengen (5°).

1° De onbevoegdheid van de huidige Grondwetgever om een Hoge Raad voor de Justitie in te stellen, waarvan de voornaamste opdrachten geen betrekking zouden hebben op de benoeming en de bevordering van magistraten

28. Voor zover de regeringsvoorstellen tot herziening van art. 151 van de Grondwet de instelling beogen van een Hoge Raad voor de Justitie, waarvan de voornaamste opdrachten erin zouden bestaan een externe controle op de rechterlijke macht uit te oefenen en geen betrekking zouden hebben op de benoeming en de bevordering van magistraten van voornoemde macht, miskennen zij de bevoegdheden van de grondwetgevende Kamers.

Inderdaad, zoals hierboven reeds is beklemtoond (*supra*, nr. 20), beschikken de grondwetgevende kamers met betrekking tot de aan herziening onderworpen punten niet over een onbeperkte vrijheid.

Over het algemeen wordt aangenomen dat inzonderheid, hoewel de preconstituante, door het aanwijzen van bestaande artikelen, de grondwetgevende Kamers niet bindt, de bevoegdheid van die kamers om de materie te herzien waarop die artikelen betrekking hebben, niet onbeperkt is.⁵⁸

⁵⁸ Advies van de Raad van State nr. L.26815/2/V van 15 september 1997, p. 2 tot 4 en 29 tot 31; verslag MOYERSEN en PIERSON, *Gedr. St., Kamer*, 1964-1965, nr. 993-6, p. 4-5; verslag GILSON, *Gedr. St., Kamer*, 1967-1968, nr. 561-4, p. 3-4; A. ALEN en F. MEERSCHAUT «De impliciete herziening van de Grondwet» in *Mélanges offerts à J. VELU*, I, Brussel, 1992, p. 261, noot 9; F. DELPÉRÉE «Le processus de modification de la Constitution belge dans la révision de la Constitution», Handelingen van de studiedag van de «Association française des constitutionnalistes» (20 maart - 16 december 1992), Parijs, 1993, 72; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Beschouwingen over de herziening van de Grondwet*, op.cit., 17; J. VELU met de medewerking van

Uit het voorgaande volgt dat de Grondwetgever, in zoverre de verklaring tot herziening van 12 april 1995 betrekking heeft op art. 151 van de Grondwet, waarin de grondregelen betreffende de benoeming en de bevordering van magistraten worden opgesomd, niet kan afwijken van de in dat artikel bedoelde materie en, bij gebrek aan een uitdrukkelijke machtiging door de preconstituante, geen orgaan kan instellen waarvan de voornaamste opdracht erin bestaat een externe controle uit te oefenen op de werking van de rechterlijke macht.

2° Het gebrek aan waarborgen voor de bescherming van de rechterlijke macht, in de voorgestelde teksten van art. 151 van de Grondwet

29. In de onderstelling dat de Grondwetgevende Kamers ten gevolge van de verklaring tot herziening van de Grondwet van 12 april 1995 de bevoegdheid zouden hebben om een Hoge Raad voor de Justitie in te stellen, met als voornaamste opdracht het invoeren van externe controle op de werking van de rechterlijke macht, kan, gelet op de mogelijke gevolgen van de uitoefening van een dergelijke controle op de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, niet worden aangenomen dat art. 151, volgens de in november 1996 voorgestelde tekst, alleen zou bepalen dat «er voor geheel België een Hoge Raad voor de Justitie bestaat, samengesteld uit leden van de rechterlijke orde en uit andere leden volgens de wijze bij de wet bepaald», en dat «de wet de bevoegdheid en de werking van deze Raad bepaalt». Een grondwettelijke bepaling die zo vaag is en noch de juiste samenstelling van de Hoge Raad preciseert, noch de overheid of overheden die de leden ervan aanduiden, noch, en vooral, de bevoegdheden ervan bepaalt, biedt niet de minste waarborg voor de bescherming van de rechterlijke macht en zet de deur open voor alle mogelijke misbruiken van een politieke meerderheid. Die punten worden overigens verduidelijkt in het merendeel van de grondwetten van de Staten met een gemengd rechtsbedelend orgaan. (zie met name art. 122, § 2, Spaanse G.W.; art. 65, Franse G.W.; art. 104, Italiaanse G.W.; art. 220, § 1, Portugese G.W.).

De in maart 1997 voorgestelde tekst van de § 4 van art. 151 is ongetwijfeld minder vaag.

Het eerste lid bepaalt dat er voor geheel België een Hoge Raad voor de Justitie bestaat, gelijk samengesteld uit magistraten van de rechterlijke orde, rechtstreeks verkozen uit en door deze laatste, en uit andere leden, benoemd door de Senaat met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen, en laat aan de gewone wetgever de mogelijkheid om de verdere samenstelling en de werking van deze Raad te bepalen.

Zoals verder zal worden uiteengezet, is het niet verantwoord dat de magistraten krachtens de Grondwet binnen de Raad niet de meerderheid zouden vormen (zie *infra*, nr. 30).

Volgens het tweede lid moet de gewone wetgever bepalen onder welke voorwaarden en op welke wijze de Raad advies geeft en voorstellen doet inzake de algemene werking van de rechterlijke organisatie (en de strafuitvoering), de middelen van onderzoek aanduidt waarover de Raad daar-

P. QUERTAINMONT en M. LEROY, *Droit public*, I, *Le statut des gouvernants*, p. 173-174, nr. 110.

toe zou beschikken en een procedure instellen voor de behandeling van klachten inzake de algemene werking van de rechterlijke organisatie door deze Raad.

Volgens het derde lid is de wetgever bevoegd om de overige bevoegdheden van de Raad te bepalen bij wege van een wet, goedgekeurd met de in art. 4, laatste lid, bedoelde bijzondere meerderheid.

De in november 1996 en maart 1997 voorgestelde grondwettelijke teksten komen erop neer dat de wetgever gemachtigd wordt om aan de Raad onvoldoende omschreven opdrachten van externe controle op de werking van de rechterlijke macht te verlenen waardoor, zoals verder zal blijken, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ernstig in het gedrang kan worden gebracht (zie *infra*, nr. 32). Dezelfde opmerking geldt voor de tekst van oktober 1997.

3° De samenstelling van de Hoge Raad voor de Justitie, met een gelijke vertegenwoordiging van magistraten en niet-magistraten

30. In het licht van de gegevens uit de rechtsvergelijking en van de verschuiving in de opvattingen met betrekking tot de waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in een rechtstaat, is het niet verantwoord dat de magistraten binnen de Raad geen meerderheid zouden vormen.

Zoals hierboven reeds is gezegd, garandeert de Grondwet van de meeste andere landen met een gemengd rechtsbedelend orgaan dat de magistraten binnen een dergelijk orgaan de meerderheid vormen. Dat is inzonderheid het geval in Spanje (Art. 122, § 3, G.W.), in Frankrijk (Art. 65, G.W.), in Italië (Art. 104, tweede, derde en vierde lid, G.W.) en in Portugal (Art. 220, § 1 en 2 G.W.). In alle Midden- of Oost-Europese landen die in de loop van de laatste jaren een dergelijk orgaan hebben ingesteld (Bulgarije, Kroatië, Moldavië, Polen en Slovenië), kent de Grondwet of de wet binnen voornoemd orgaan een meerderheidspositie aan de magistraten toe.⁵⁹

Er dient tevens te worden herinnerd aan de besluiten die in juni 1997 zijn genomen naar aanleiding van het door de Raad van Europa te Warschau georganiseerde colloquium over het thema «De waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in een Rechtstaat». Krachtens voornoemde besluiten wordt aanbevolen dat de rechters binnen dergelijke organen de meerderheid van de leden vormen (punt 6).⁶⁰

4° Het gebrek aan waarborgen voor de onafhankelijkheid van de Raad, zoals volgt uit verscheidene bepalingen van het voorontwerp van wet, die voorzien in verschillende vormen van regeringsinmenging in de werking van de Raad

Bijvoorbeeld:

– een door de minister van Justitie afgevaardigd lid kan deelnemen aan de activiteiten van de Raad en van de binnen voornoemde Raad ingestelde commissies (art. 4, § 2); het doet weinig ter zake dat die afgevaardigde geen stemrecht heeft;

– het voorontwerp bevat geen enkele essentiële bepaling met betrekking tot de verkiezingsprocedure van de magistraten, aangezien de modaliteiten ervan moeten worden bepaald bij een in de Ministerraad overlegd K.B. (art. 12).

– de Koning stelt, op voorstel van de minister van Justitie, de verschillende categorieën van standaardprofielen vast voor het ambt van korpschef (art. 28).

5° Ongetwijfeld het meest belangrijke bezwaar: het feit dat de door het voorontwerp van wet verleende opdrachten van externe controle op de werking van de rechterlijke macht de onafhankelijkheid van voornoemde macht ernstig in het gedrang kunnen brengen

32. Zoals de Raad van State in zijn advies van 15 september 1997 opgemerkt heeft,⁶¹ is dat inzonderheid het geval voor de volgende opdrachten van de Raad:

a) De Raad kan kennis nemen van klachten betreffende de werking van de rechterlijke organisatie die door belanghebbenden zijn ingediend (art. 29);⁶²

b) De Raad is inzonderheid belast met de controle op het gebruik van interne controlemechanismen binnen de rechterlijke macht, als bedoeld in verschillende bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van Strafvordering (art. 35);⁶³

c) De Raad kan, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de minister van Justitie, hetzij op verzoek van de meerderheid van de leden van de Kamer van volksvertegenwoordigers of van de Senaat, een onderzoek instellen naar de werking van de rechterlijke organisatie (art. 38);⁶⁴

De Raad belast de korpschef of de bevoegde meerdere met dat onderzoek; deze moet binnen de opgelegde termijn een schriftelijk rapport aan de Raad overleggen. De Raad voert zelf het onderzoek, wanneer de minister van Justitie het hem heeft opgedragen, wanneer het wegens het onderwerp van het onderzoek geraadzaam is om dat onderzoek niet aan de korpschef of de meerdere toe te vertrouwen of wanneer het door de korpschef of de meerdere gevoerde onderzoek niet de verwachte resultaten heeft opgeleverd. Wanneer de Raad het onderzoek zelf instelt, kan hij te dien einde een onderzoek ter plaatse instellen, teneinde alle nuttige vaststellingen te doen, alle gerechtelijke dossiers te raadplegen die hij nuttig acht en alle personen te ondervragen die hij nuttig acht (art. 39);⁶⁵

d) Wanneer de Raad beslist heeft om de bevoegde tucht-overheid te verzoeken een tuchtprocedure tegen een orgaan van de hoven en rechtbanken in te stellen, moet die overheid, mogelijk een algemene vergadering van een hof van beroep of van het Hof van Cassatie die een vonnis terzake moet

⁶¹ Advies van 15 september 1997 van de afdeling wetgeving van de Raad van State nr. L. 26815/2/V over een voorontwerp van wet «tot instelling van een Hoge Raad voor de Justitie».

⁶² Advies van de Raad van State van 15 september 1997, *o.c.*, p. 4, 5, 20, 31, 32, 47 en 48.

⁶³ Advies van de Raad van State van 15 september 1997, *o.c.*, p. 4, 5, 21, 22, 31, 32 en 49.

⁶⁴ Advies van de Raad van State van 15 september 1997, *o.c.*, p. 4, 5, 24, 31, 32 en 52.

⁶⁵ Advies van de Raad van State van 15 september 1997, *o.c.*, p. 4, 5, 25, 31, 32 en 53.

⁵⁹ Zie *supra*, nr. 18 en de noten 18 tot 28.

⁶⁰ Zie *supra*, nr. 18 en noot 29.

wijzen (art. 152, tweede lid), bij de Raad verantwoorden waarom zij beslist heeft om geen tuchtstraf uit te spreken (artt. 41 en 42).⁶⁶

33. De vereisten van de onafhankelijkheid van de hoven en rechtbanken impliceren dat noch de Grondwetgever noch de wetgever aan een orgaan dat niet tot de rechterlijke macht behoort, een controlebevoegdheid kan toekennen, die ertoe zou strekken of tot gevolg zou hebben dat daardoor de uitoefening zelf van de rechtsprekende functie rechtstreeks of onrechtstreeks zou worden getroffen. Een dergelijk orgaan kan met name geen beslissingen van rechters gispn, hen injuncties geven of zich bij de uitoefening van voornoemde functie in hun plaats stellen.⁶⁷

Men kan terecht vrezen dat een systematische externe controle op de werking van de rechterlijke macht, die door

de wetgever aan de Hoge Raad voor de Justitie wordt toevertrouwd en die de vorm van de hierboven genoemde opdrachten zou aannemen, zo niet de bedoeling, dan toch tot gevolg zou hebben dat daardoor de uitoefening van de rechtsprekende functie zelf wordt getroffen, dat de beslissingen van de rechters worden gegispn, dat hen injuncties worden gegeven of dat men zich bij de uitoefening van bepaalde van hun functies in hun plaats stelt, waardoor, bijgevolg, hun onafhankelijkheid en het evenwicht van de machten wordt aangetast.

P. MARCHAL

Eerste voorzitter van het Hof van Cassatie

E. FORRIER

Raadsheer in het Hof van Cassatie

Baron J. VELU

Emeritus procureur-generaal bij het Hof van Cassatie

⁶⁶ Advies van de Raad van State van 15 september 1997, o.c., p. 25, 26, 53 en 54.

⁶⁷ Zie de beslissing 119 DC van de «Conseil constitutionnel de France», 22 juli 1980, Recueils 46.

NIET-FISCALE SCHULDVORDERINGEN VAN DE OVERHEID: HET DWANGBEVEL

*«When I use a word», Humpty Dumpty said, in a rather scornful tone,
«it means just what I choose it to mean-neither more nor less».
«The question is», said Alice, «whether you can make words mean so
many different things». «The question is», said Humpty Dumpty,
«which is to be master-that's all».*

(L. Carrol, Through the Looking-Glass)

I. HET OORSPRONKELIJKE (KLASSIEKE) DWANGBEVEL: HET ZWAKKE DWANGBEVEL

1. Art. 3 van de domaniale wet van 22 december 1949 – thans ook artikel 94 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit – bepaalt in het eerste lid: *«Iedere aan de Staat of aan Staatsorganismen verschuldigde som waarvan de invordering vervolgd wordt door het bestuur der domeinen (thans de Administratie van de B.T.W., registratie en domeinen) mag door middel van dwangbevel ingevorderd worden».*

2. Als uitvoerbare titel voor de invordering van niet-fiscale schuldvorderingen van de overheid is het dwangbevel een oude rechtsfiguur. Het was bijvoorbeeld reeds opgenomen in het art. 4 van het decreet van 19 augustus-12 september 1791.

3. Het dwangbevel is een uitvoerbare titel. Na de betekening ervan hoeft de administratie geen toelating te vragen aan de beslagrechter om bewarende maatregelen te treffen.

Zoals de grosse van een rechterlijke uitspraak of van een notariële akte, kan het dwangbevel dat een «veroordeling» inhoudt tot het betalen van een geldsom, d.m.v. een beslagprocedure zoals bepaald in het Ger.W. ten uitvoer gelegd worden. Er is nochtans een fundamenteel verschil met de voormelde grossen: de schuldenaar heeft immers nog een verweermiddel ten gronde, namelijk het verzet.

4. Het dwangbevel mag dan wel uitvoerbaar zijn, het heeft slechts de kracht van een *verstekvonniss*. Verzet ertegen over de grond van de zaak – dat losstaat van het verzet bij de beslagrechter over de uitvoeringsproblematiek¹ is altijd mogelijk. Er is zelfs geen termijn bepaald waarbinnen verzet moet gedaan worden. Wel is bepaald (alhoewel niet in art. 3 van de domaniale wet van 1949, maar in art. 221 W.Reg.), dat het moet gebeuren door middel van een dagvaarding ten gronde.

¹ Zie hierover VAN HERREWEGHE, V., noot onder Voorz. Rb. Gent, 21 oktober 1986, T.G.R., 1988, 99.

Daarenboven – en dit is belangrijk – schorst het verzet de uitvoerbare kracht van het dwangbevel.

Hier zijn we gekomen bij het klassieke pijnpunt, namelijk misverstand en verwarring over het dwangbevel. Soms wordt immers onvoldoende begrepen dat de uitvoerbare kracht van dit dwangbevel slechts precair is, dat het geen definitieve, onaanvechtbare titel is; dat daardoor geen overdreven macht wordt verleend aan de ontvanger der domeinen en penale boeten; kortom, dat de beoordeling van de schuldvordering niet onttrokken wordt aan de rechterlijke macht, m.a.w. dat de schuldenaar geen enkel rechtsmiddel ontnomen wordt.

5. Vreemd genoeg was het eerste doel van de wetgever in 1949, bij het opstellen van art. 3 van de domaniale wet, een einde te maken aan die steeds weerkerende discussie over de mogelijkheid voor de ontvanger der domeinen en penale boeten om de niet-fiscale aanspraken van de Staat te kunnen invorderen door het bijzonder middel van het dwangbevel: «... of het nu gaat om normale opbrengsten... of om schuldvorderingen welke om het even uit welken andere hoofde aan de Staat of aan Staatsorganismen toebehoren, men ziet niet in waarom het Bestuur niet eenvormig het middel van het dwangschrift (Merk op dat hier het woord dwangschrift en niet dwangbevel gebruikt wordt) zou mogen aanwenden,..., van het ogenblik af dat deze akte voldoende gemotiveerd is opdat de schuldenaars in staat zouden zijn de grond van de eis na te gaan en desnoods de tenuitvoerlegging ervan tegen te houden... Het eerste lid van artikel 3 heeft voor doel iedere moeilijkheid op dit gebied te voorkomen».²

Terloops wordt opgemerkt dat in het tweede lid van art. 3, de procedure van het dwangbevel, zoals die vóór de wet van 22 december 1949 bestond, wordt aangepast. Terwijl voordien het dwangbevel werd uitgevaardigd door de gewestelijke directeur der registratie en domeinen en de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg het uitvoerbaar verklaarde, besliste de wetgever om voor de niet-fiscale invorderingen dezelfde procedure te volgen als voor de fiscale, voor de invordering van de registratierechten en de successierechten, d.w.z. dat het dwangbevel wordt uitgevaardigd door de ontvanger en dat het door de gewestelijke directeur der registratie wordt geïssueerd en uitvoerbaar verklaard.

6. Ondanks de wetswijziging van 1949, is het dwangbevel een twispunt gebleven.

Eén aspect werd opgelost. Sedert de uitspraak van het Hof van Cassatie³ betwist niemand nog dat de niet-fiscale schuldvorderingen van de Staat het voorwerp kunnen uitmaken, naar keuze hetzij van een dwangbevel, hetzij van een vordering voor het gerecht. De logische gevolgtrekking die uit dit arrest zou moeten gemaakt worden, bleef nochtans uit. Als het Hof de keuze laat tussen dagvaarden en een dwangbevel uitvaardigen, dan moet het toch duidelijk zijn dat het dwangbevel een beperkte kracht heeft.

7. In plaats van dit dwangbevel te nemen voor wat het is, nl. de beslissing van de overheid over het verschuldigd zijn van een geldsom, maar géén eindbeslissing⁴ zodat verzet altijd mogelijk is, en, conform art. 144 G.W., de burgerlijke

rechter het laatste woord heeft, wordt het dwangbevel beschouwd en be(ver)oordeeld als een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing. Eens dat die denkfout is gemaakt, trekt men wel de juiste conclusie en stelt men vast dat op die manier de overheid een ongehoorde macht zou hebben. Die macht moet dan beknot worden door de rechter aan wie de schuldenaar vraagt het dwangbevel nietig te verklaren.

Een eerste middel om de nietigheid te verantwoorden, is gebaseerd op de bevoegdheid tot invorderen. De stelling is dan dat art. 3 van de domaniale wet de ontvanger der domeinen en penale boeten geen algemene bevoegdheid geeft voor het invorderen van de niet-fiscale ontvangsten van de overheid.⁵ Deze verdediging tegen de vervolging door de ontvanger betreft m.a.w. de persoon van de invorderingsagent. De ontvanger kan volgens deze redenering slechts optreden wanneer er buiten art. 3 van de domaniale wet, een wet of een besluit bestaat dat een verband legt tussen de schuldeiser en de ontvanger der domeinen en penale boeten om op te treden als invorderingsagent. In de rechtspraak en de rechtsleer wordt de algemene bevoegdheid van de ontvanger der domeinen en penale boeten echter overwegend erkend.⁶

In een tweede middel dat wordt aangewend om het dwangbevel te laten vernietigen, is het niet de algemene bevoegdheid van de ontvanger der domeinen en penale boeten die in vraag wordt gesteld, maar wordt naar de aard van de schuldvordering verwezen. Zoals bekend, is de procedure van het dwangbevel gereserveerd voor «zekere» schuldvorderingen.⁷ Dit wordt door niemand betwist, ook niet door de administratie. Dit laatste kan verwonderlijk lijken, omdat de door de administratie ingestelde voorziening in 1992, schijnbaar op deze grond werd afgewezen. Bij nader inzien zal men echter vaststellen dat het niet het principe, maar de grenzen van het begrip «zeker» betrof.⁸ Het lijkt alsof door het Hof van Cassatie geëist wordt dat zowel het bestaan van het principe van de schuld als het bedrag ervan, hetzij bij erkenning, hetzij bij uitvoerbare rechterlijke beslissing moeten vastgesteld zijn. Dit zou echter te ver gaan. De procedure van dwangbevel heeft dan immers onmogelijke gevolgen. Volgens deze redenering kan de overheid dan, ingeval zij na inleiding door dagvaarding een uitvoerbare gerechtelijke beslissing verkrijgt, met toepassing van art. 3 van de domaniale wet de som van deze veroordeling invorderen door middel van dwangbevel. Tegen dit dwangbevel is verzet mogelijk; verzet dat dagvaarding inhoudt voor dezelfde rechter... die het verzet afwijst, het dwangbevel geldig verklaart en aldus een tweede uitvoerbare titel totstandbrengt.

⁵ Luik, 9 november 1990, *J.T.*, 1991, 278.

⁶ Gent, 5 juni 1987, *Pas.*, 1987, II, 184; Gent, 18 oktober 1994, *R.W.*, 1995-96, 46; Gent, 30 oktober 1990, onuitgegeven, A.R. nr. 30.245/86; Brussel, 10 december 1958, onuitgegeven; Brussel, 28 mei 1986, onuitgegeven; Brussel, 28 september 1992, onuitgegeven, A.R. nr. 260/89; Antwerpen, 17 januari 1994, onuitgegeven, A.R. nr. 1199/89; DE LEVAL, *Traité des Saisies*, Luik, 1988, p. 479, nr. 2084.

⁷ Cass., 10 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 752; Cass., 13 februari 1992, *Arr. Cass.*, 1992, nr. 306; *J.T.*, 1992, 542.

⁸ Niet het begrip «vaststaand» zoals de Franse tekst van het arrest van het Hof van Cassatie dikwijls verkeerd vertaald wordt, o.m. in *Arr. Cass.*, 1992, nr. 306.

² *Gedr. St., Kamer*, 1947-48, nr. 645, p. 16 (door ons gecursiveerd).

³ Cass., 14 september 1976, *Pas.*, 1977, I, 40.

⁴ *R.v.St.*, nr. 20.838, 23 december 1980, i.v.m. art. 3 K.B. nr. 5 van 18 april 1967, thans art. 57 gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit.

Het is logisch dat een dergelijke lezing van het arrest van het Hof van Cassatie moet verworpen worden. Een recent arrest van het Hof van Cassatie van 23 mei 1997 heeft geen uitsluitsel gegeven over het standpunt van het Hof: De voorziening ingesteld door de schuldenaar van een ten onrechte uitbetaalde wedde, op grond dat ... «het arrest artikel 3 van de domaniale wet van 22 december 1949 schendt door de beroepen vonnissen in al hun beschikkingen te bevestigen zonder vast te stellen dat eiser door enige rechter is veroordeeld om de wedde die bij dwangbevel wordt ingevorderd, te betalen, en door aldus onterecht te beslissen dat de domaniale invorderingsprocedure mag worden toegepast op de schuldvordering die de eiser betwist;»... werd verworpen wegens niet-ontvankelijkheid van het middel.

II. HET AFGELEIDE (MODERNE) DWANGBEVEL: HET STERKE DWANGBEVEL

8. Voor bepaalde schuldvorderingen heeft de wetgever de procedure verstrakt, waardoor het dwangbevel een grotere uitvoerbare kracht heeft verkregen. Het vertrekpunt blijft een beslissing van een administratieve overheid over een geldsom. Er wordt in de wet echter uitdrukkelijk bepaald dat, bij gebreke aan betwisting van deze beslissing binnen een bepaalde termijn voor de rechter, wat de rechten van verdediging waarborgt, die beslissing definitief is. De invordering van deze sommen wordt toevertrouwd aan de ontvanger der domeinen en penale boeten, in bepaalde gevallen met uitdrukkelijke verwijzing naar de procedure van het dwangbevel. In tegenstelling met het hierboven vermelde klassieke dwangbevel, gaat het hier om een beslissing van de administratie om een geldsom in te vorderen, die wél een eindbeslissing is (geworden). Voorbeelden hiervan zijn: art. 7, 8 en 9 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de *administratieve geldboeten* toepasselijk ingeval van inbreuk op sommige sociale wetten; art. 7, § 11, Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders en

art. 170 van het K.B. van 25 november 1991 houdende de *werkloosheidsreglementering*; ⁹ artt. 157 en 168 van het K.B. van 14 juli 1994 houdende coördinatie van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte *verzekering van geneeskundige verzorging en uitkering*; art. 74/4bis, § 5 en § 6, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de *verwijdering van vreemdelingen*; art. 38 van het K.B. van 18 december 1986 betreffende de commissie voor hulp aan *slachtoffers van opzettelijke gewelddaden*; art. 52 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de *economische mededinging* en art. 4 uitvoerings-K.B. van 10 mei 1993; art. 22, 2°, van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van de financiële stelsels voor het *witwassen van geld*.

III. BESLUIT

9. De evolutie in de administratieve praktijk die in de wetgeving de techniek van het dwangbevel toepaste op beslissingen van de overheid die definitief (geworden) zijn, kan de geesten vertroebelen. Soms lijkt het alsof de oorspronkelijke toepassing van het dwangbevel vergeten wordt en enkel nog met de eisen die gesteld worden bij afgeleide toepassing van het dwangbevel rekening mag gehouden worden. Dat men het badwater recycleert, geen probleem, maar daarom hoeft men het kind nog niet weg te gooien.

10 december 1997

A. JACOBS

Eerste attaché van financiën

⁹ Voor een toepassing van de bevoegdheid van de beslagrechter en niet van de arbeidsgerechten bij het verzet tegen het dwangbevel, zie Arbh. Brussel, 16 februari 1989, *Rechtspraak van de Arbeidsgerechten van Brussel*, 1989, 244.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

19 DECEMBER 1997

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. Mok

Advocaten: mrs. Gielen, Ebbink, Van der Vlist, Verkade en

De Gryse

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. (oud) – Woordmerk – 2. Vormmerk – Onderscheidend vermogen – Optreden tegen inbreuk

1. Art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. (oud) heeft uitsluitend betrekking op woordmerken.

2. Een vormmerk kan niet (meer) dienen om de waar van een onderneming te onderscheiden, in een marktsituatie waarin het publiek niet (meer) in staat is de desbetreffende waar op grond van de vorm als afkomstig van één bepaalde onderneming te herkennen, waarbij deze situatie is ontstaan doordat de in die vorm geproduceerde waar door de merkhouder en door andere marktdeelnemers in het verkeer is gebracht met gebruikmaking van uiteenlopende benamingen en verschillende woord- en/of beeldmerken. Indien het onderscheidend vermogen waarover een vormmerk ten tijde van zijn deponering beschikte, ten tijde van het door de merkhouder als inbreuk gewraakte gebruik reeds geheel verloren is gegaan, kan de merkhouder zich niet op grond van zijn merkrecht tegen dat gebruik verzetten. Hierbij is niet van belang of het verlies van onderscheidend ver-

mogen geheel of ten dele toegerekend kan worden aan het toedoen of nalaten van de merkhouder, of dat het publiek de door de merkhouder in de desbetreffende vorm geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waar wel herkent als afkomstig van één bepaalde onderneming.

B.V. B. t/ B.V. N.

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

1. Korte beschrijving van de zaak

1.1. Het verwijzingsarrest ¹ (ro. 3.1) is – deels veronderstellenderwijs – uitgegaan van de hierna samengevatte feiten.

1.2. Beaphar produceert sedert 1985 hartvormige gisttabletten voor huisdieren. Op 22 oktober 1985 heeft zij het vormmerk «hart» gedeponeerd voor met name gistsnoepjes voor honden en katten. Zij verkoopt de door haar geproduceerde hartvormige gisttabletten onder eigen woord- of beeldmerken aan dierenwinkels. Haar marktaandeel (voor aldus gedistribueerde gisttabletten ²) bedraagt, volgens haar stellingen, rond de 50%. Tevens verkopen supermarkten en Hema-warenhuizen door Beaphar geproduceerde hartvormige gistbrokjes onder andere aanduiding. Op de verpakking van laatstbedoelde waren wordt niet op enigerlei wijze naar Beaphar verwezen.

Beaphar heeft concurrenten die niet van haar afkomstige hartvormige gisttabletten op de Nederlandse markt hebben gebracht, naar zij heeft gesteld, in rechte aangesproken. Dat zou steeds op de een of andere wijze tot beëindiging van het gebruik of tot overeenstemming hebben geleid.

1.3. Nederma fabriceert onder meer hartvormige gisttabletten voor katten. Zo'n tabletten worden in Duitsland door een Duitse onderneming onder de naam Herzis op de markt gebracht.

1.4. Beaphar heeft Nederma gesommeerd ieder gebruik van het vormmerk «hart» te staken. Vervolgens heeft Nederma de onderhavige procedure ingesteld.

Nederma heeft op verschillende gronden nietigverklaring alsmede vervallenverklaring van het depot van het vormmerk van Beaphar gevorderd. Voorts heeft zij een verklaring van recht gevraagd, onder meer inhoudend dat zij door het produceren, verhandelen en exporteren van hartvormige gisttabletten geen inbreuk maakt op het beeldmerk van Beaphar.

In reconventie heeft Beaphar onder meer gevorderd dat aan Nederma ieder gebruik van de hartvorm voor diervoeders zou worden verboden.

1.5. De Rechtbank te Zutphen heeft de vorderingen van Nederma afgewezen en de genoemde reconventionele vordering van Beaphar toegewezen.

In appel heeft het Gerechtshof te Arnhem het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk bekrachtigd. Het heeft evenwel voor recht verklaard dat Nederma door het produceren, verhandelen of exporteren van hartvormige gisttabletten geen

inbreuk maakt op het vormmerk van Beaphar. Het hof heeft de reconventionele vordering van Beaphar alsnog afgewezen.

1.6. Tegen dit arrest is Beaphar in cassatie gekomen. Dat heeft geleid tot het verwijzingsarrest waarin de Hoge Raad het Benelux-Gerechtshof heeft verzocht uitspraak te doen over de hierna te noemen vragen van uitleg van de Benelux Merkenwet (B.M.W.).

2. Het geding voor het Benelux-Gerechtshof

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

«1(a) Wanneer in het kader van de vraag of sprake is van inbreuk op een vormmerk, de beschermingsomvang van dat merk moet worden bepaald aan de hand van zijn onderscheidend vermogen, en zich de situatie voordoet dat de houder van dat vormmerk de door hem in die vorm geproduceerde waren onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer brengt en daarnaast andere marktdeelnemers heeft toegestaan om van hen afkomstige soortgelijke waren met gebruikmaking van dezelfde vorm in het verkeer te brengen, maar met andere benaming(en) en/of met een eigen woord- en/of beeldmerk en met vermelding van hun eigen onderneming, moet dan worden aangenomen dat dat vormmerk aan onderscheidend vermogen heeft ingeboet of dat dit onderscheidend vermogen verloren is gegaan op de grond dat die vorm het publiek niet – meer – instaat stelt de waar als afkomstig van de onderneming van de merkhouder, althans van één bepaalde onderneming te herkennen?

1(b) Moet, indien vraag 1(a) bevestigend dient te worden beantwoord, in een situatie als in die vraag omschreven, worden aangenomen dat dat verlies aan onderscheidend vermogen valt toe te rekenen aan het toedoen of nalaten van de houder van het merk en dat, zo het verlies aan onderscheidend vermogen van voldoende betekenis is, de houder van het merk zijn concurrenten niet (meer) met een beroep op zijn recht kan beletten van dezelfde vorm gebruik te maken? Maakt het daarbij verschil of de merkhouder concurrenten die zonder zijn toestemming soortgelijke waren met gebruikmaking van dezelfde vorm in het verkeer brengen, in rechte aanspreekt?

1(c) Moet, bij bevestigende beantwoording van de voorgaande vragen, worden aangenomen dat het verlies van onderscheidend vermogen van het vormmerk van zodanige betekenis is, dat de houder van het merk zijn concurrenten niet (meer) met een beroep op zijn recht kan beletten van dezelfde vorm gebruik te maken, ook wanneer een belangrijk deel van het publiek de door de merkhouder geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waren wel zal herkennen als afkomstig van de onderneming van de merkhouder, althans als afkomstig van één bepaalde onderneming, waarbij opmerking verdient dat, naar Beaphar heeft gesteld, haar aandeel in de markt van hartvormige gisttabletten meer dan 50% bedraagt?

2(a) Heeft art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. uitsluitend betrekking op woordmerken of ook op vormmerken?

2(b) Is voor verval van het recht van merk als bedoeld in art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. vereist dat het betrokken teken de (meest) gebruikelijke aanduiding van de waar is geworden, of is voldoende dat het teken enigszins gebruikelijk, althans gebruikelijk is geworden, zonder dat daaraan in

¹ H.R., 29 maart 1996, R.v.d.W., 1996, 79.

² Vgl. pleitnotities voor Benelux-Gerechtshof namens Beaphar, nr. 9, p. 5.

de weg behoeft te staan dat het product óók (in belangrijke mate) met andere tekens (in dit geval: in andere vormen) op de markt wordt gebracht?»

2.2. Elk van beide partijen heeft het Benelux-Gerechtshof een memorie en een nadere memorie gezonden en vervolgens voor uw Hof mondeling doen pleiten.

3. Vragen in verband met de Europese merkenrichtlijn (richtlijn 89/104/EEG)

3.1. De nationale merkenwetten van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen (waaronder de B.M.W.) moesten worden aangepast ingevolge een richtlijn van de Raad van de EG.³ Deze aanpassing had op 31 december 1992 haar beslag moeten krijgen, maar die datum is in de Benelux-landen niet gehaald.

Wel is op 15 december 1992 een protocol tot wijziging van de B.M.W. vastgesteld, welk protocol o.m. aanpassing aan de genoemde richtlijn moest bewerkstelligen.⁴ Dit protocol is op 1 januari 1996 in werking getreden.

3.2. Voor zover bepalingen in de B.M.W. strekken tot uitvoering van deze richtlijn, moeten zij overeenkomstig de richtlijn worden uitgelegd. Daarbij gaat het niet alleen om bepalingen die zijn ingevoerd of gewijzigd ingevolge het genoemde protocol, maar ook om bepalingen die ongewijzigd konden blijven omdat zij tevoren al in overeenstemming met de richtlijn waren.

Vragen van interpretatie met betrekking tot bepalingen die in deze ruime zin⁵ dienen tot uitvoering van de richtlijn, impliceren vragen van uitleg van de richtlijn. Uitleg van Europees recht is opgedragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG)⁶ Rechterlijke instanties van de lidstaten van de EG kunnen of moeten, indien zij een beslissing over een vraag van Europees gemeenschapsrecht, waaronder een vraag van uitleg van een richtlijn, noodzakelijk achten voor het doen van een uitspraak, het HvJEG daarover een prejudiciële beslissing vragen.⁷

Zo'n prejudiciële beslissing zal aangeven wat de juiste uitleg van de betrokken richtlijnbevestiging is. Daaruit kan hetzij voortvloeien hoe het recht van de lidstaten tot uitvoering van die richtlijn moet worden uitgelegd, hetzij dat de wijze van uitvoering niet in overeenstemming met de richtlijn is.

3.3. In de onderhavige zaak heeft Nederma verdedigd dat het Benelux-Gerechtshof een prejudiciële beslissing aan het HvJEG zou moeten vragen.⁸ Beaphar heeft dit bestreden.⁹

3.4. De beslissing over deze kwestie hangt af van het antwoord op een aantal vóórvragen, met name:

a. is het Benelux-Gerechtshof bevoegd een prejudiciële beslissing aan het HvJEG te vragen?

b. doet zich een interpretatievraag voor die als een vraag van uitleg van de richtlijn te beschouwen is (m.a.w.: vallen de door de HR aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen binnen het door de richtlijn geharmoniseerde gebied?) en, zo ja, is het antwoord op die vraag uit de rechtspraak van het HvJEG af te leiden, dan wel zo duidelijk dat daarover in redelijkheid geen twijfel kan bestaan?

c. leiden temporele factoren, in samenhang met overwegingen van overgangsrecht ertoe, de richtlijn voor de in deze zaak gestelde vragen, of voor sommige daarvan, buiten beschouwing te laten?

3.5. *Ad a*

3.5.1. Voor een bevestigende beantwoording van vraag a is steun te vinden in de literatuur. In de eerste plaats noem ik het gezaghebbende handboek van Von der Groeben c.s.¹⁰, dat zonder meer een bevestigend antwoord geeft.

Een dergelijk antwoord vindt men ook bij Wichers Hoeth¹¹ en Schermers/Waelbroeck.¹² Sniijders/Ynzonides/Meijer¹³ stellen dat de nationale rechter de zaak eerst dient voor te leggen aan het HvJEG en pas daarna eventueel aan het Benelux-Gerechtshof. Als een uitlegvraag aan het Benelux-Gerechtshof is voorgelegd ter zake waarvan ook het HvJEG bevoegd is, zal volgens de auteurs het Benelux-Gerechtshof zijn uitspraak moeten opschorten en aan dit laatste Hof een prejudiciële beslissing moeten vragen.

Lenaerts en Arts zijn van mening dat internationale rechtscolleges niet het recht hebben prejudiciële vragen aan het HvJEG te stellen, hetgeen volgens hen in beginsel ook geldt voor het Benelux-Gerechtshof. Zij menen dat de nationale rechter na de prejudiciële beslissing van het Benelux-Gerechtshof het recht heeft verdere vragen te stellen aan het HvJEG¹⁴

3.5.2. Aanhakend bij mijn conclusie in de zaak Benz/Haze¹⁵ zou ik er de aandacht op willen vestigen dat het de bedoeling van art. 177 van het EG-verdrag is de uniforme uitleg en toepassing van het gemeenschapsrecht, waaronder richtlijnen, te waarborgen. Ten opzichte van de Europese Gemeenschap en van de uniforme uitleg en toepassing van haar rechtsregels is niet relevant of een nationale rechter van één lidstaat een nationale wet van die lidstaat richtlijnconform uitlegt en daarbij op een interpretatievraag van die richtlijn zelf stuit, dan wel of dat het geval is bij een instelling als het Benelux-Gerechtshof bij de uitleg van een gezamenlijke rechtsregel van enkele EG-lidstaten, nl. de Benelux-staten; van zulk een gezamenlijke rechtsregel is de B.M.W. een voorbeeld.

Men kan, anders gezegd, volhouden dat het Benelux-Gerechtshof, ten opzichte van de Europese Gemeenschap

³ Eerste richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (89/104/EEG), PbEG van 11 februari 1989, L 40/1.

⁴ *Tractatenblad*, 1993, nr. 12.

⁵ De raadsman van Nederma (memorie aan het Benelux-Gerechtshof, 11, p. 5) spreekt over bepalingen die zich bevinden op het door de richtlijn geharmoniseerde gebied.

⁶ Art. 164 van het EG-verdrag;

⁷ Art. 177 van het EG-verdrag.

⁸ Als noot 5, §16, p. 8.

⁹ Nadere memorie aan het Benelux-Gerechtshof, passim, met conclusie in §34, p. 10.

¹⁰ Vgl. Von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1991, p. 4613 (H. Krück).

¹¹ L. Wichers Hoeth c.s., e.a., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 1993, 221-222.

¹² *Judicial protection in the European communities*, 1992, 384.

¹³ *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 1993, nr. 1065, p. 393.

¹⁴ *Europees procesrecht*, 1995, nr. 42, p. 25-26.

¹⁵ Benelux-Gerechtshof, 20 december 1993, zaak A92/5, *Jurisprudentie*, 1993, 65, *N.J.*, 1994, 638, met noot D.W.F. Verkade.

en haar instellingen een nationale rechterlijke instantie is, zij het één van drie lidstaten gemeenschappelijk.

3.5.3. Overigens is de vraag of het Benelux-Gerechtshof «rechterlijke instantie van een der lidstaten», ofwel een «nationale rechterlijke instantie» (art. 177 EG-verdrag, lid 2, resp. lid 3) is, zelf een vraag van uitleg van het EG-verdrag. Het Benelux-Gerechtshof dat, indien het een nationale rechterlijke instantie in deze zin is, tevens – ten aanzien van de gebieden waarvoor het rechtsmacht heeft gekregen – de hoogste rechterlijke instantie zou zijn, mag hierover niet zelfstandig oordelen. Het zou over de bevoegdheidsvraag – expliciet of impliciet – het oordeel van het HvJEG moeten inwinnen.¹⁶

3.5.4. Mijn antwoord op vraag a luidt, gezien het voorgaande bevestigend, zij het met de in § 3.5.3. genoemde beperking.

3.6. *Ad b*

3.6.1. Nederma heeft betoogd dat de door de Hoge Raad aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen (mede) betrekking hebben op het door de richtlijn bestreken terrein (memorie § 14, p. 7). Zij heeft doen wijzen op de relatie tussen art. 1 B.M.W.; en art. 2 van de richtlijn, tussen artt. 5, tweede lid, B.M.W. (art. 5, 4°, oud) en art. 12, tweede lid, richtlijn, tussen art. 11 B.M.W. en art. 8 richtlijn en ten slotte tussen art. 13 B.M.W. en art. 5 richtlijn.

Beaphar heeft het bestaan van die relaties niet tegengesproken, doch in tegendeel ook harerzijds bij herhaling naar de richtlijn verwezen.

Inderdaad vallen die relaties al bij een oppervlakkige bestudering op. Er zijn ook wel verschillen, bijv. tussen art. 5, lid 2 B.M.W. en art. 12, lid 2, richtlijn, maar ook de vraag naar de betekenis van die verschillen kan men als een kwestie van uitleg van de richtlijn beschouwen.

3.6.2. In de schaarse jurisprudentie van het HvJEG over richtlijn 89/104 EEG zijn de thans voorgelegde vragen niet aan de orde geweest.

Er is voorts geen grond aan te nemen dat er sprake zou kunnen zijn van een of meer *actes clairs*. De Hoge Raad was dat klaarblijkelijk niet van mening. Uit het feit dat hij¹⁷ geen vragen aan het HvJEG heeft gesteld, kan ook niet worden afgeleid dat de Hoge Raad zou menen dat de richtlijn over de aan de orde gestelde vragen van uitleg onmiskenbaar duidelijk is. Zou dit wel zo zijn, dan had de voorlegging van de vragen aan het Benelux-Gerechtshof geen zin gehad, tenzij wellicht – maar dat zou zijn aangegeven – pas bij de uitvoering van de richtlijn in de B.M.W. onduidelijkheden zouden zijn ontstaan.

3.6.3. Mijn antwoord op vraag b is derhalve, wat het eerste gedeelte betreft, bevestigend en voor het tweede gedeelte ontkennend.

3.7. *Ad c*

3.7.1. Aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen van uitleg hebben gewoonlijk, zoals te verwachten is, een abstract karakter en dat is ook hier het geval. Toch kunnen zij

niet worden losgezien van de bodemprocedure die aanleiding heeft gegeven tot het stellen van de vragen. Het bodemgeschil moet worden beslecht. Bij wijziging van de desbetreffende wetgeving komt het er dus op aan door welke wettelijke regels de bodemprocedure wordt beheerst.

Wanneer in de bodemprocedure een op de toekomst gerichte voorziening wordt gevraagd, zal het, ook al zou deze door oud recht worden beheerst, in veel gevallen zinvol zijn zich tevens af te vragen hoe de situatie naar geldend recht is. Het ligt immers voor de hand dat een relevante wijziging van wetgeving zo nodig tot een nieuwe vordering zal leiden, hetzij om een voorziening alsnog te geven, dan wel om een gegeven voorziening te wijzigen of in te trekken.

3.7.2. In de onderhavige zaak heeft Beaphar wel een op de toekomst gerichte voorziening gevraagd, nl. dat aan Nederma ieder gebruik van de hartvorm voor diervoeders zou worden verboden. De door de Hoge Raad gestelde vragen hebben daarop echter niet rechtstreeks betrekking.

Of het Gerechtshof te Arnhem de vordering tot het geven van die voorziening terecht heeft afgewezen, hangt weliswaar mede af van het antwoord op de aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen, maar deze vragen zijn niet direct op de toelaatbaarheid of gerechtvaardigheid van die voorziening gericht.

3.7.3. In verband met de totstandkoming en uitvoering van EG-richtlijnen kan men de volgende tijdvakken onderscheiden:

1. de periode vóór de totstandkoming van de richtlijn;
2. de periode waarin een totstandgekomen richtlijn nog niet door de lidstaten ten uitvoer behoeft te zijn gelegd;
3. de periode waarin de richtlijn ten uitvoer moest zijn gelegd, maar dat door de desbetreffende lidstaat (of lidstaten) nog niet is;
4. de periode waarin de desbetreffende lidstaat (of lidstaten) zijn (hun) wetgeving aan de richtlijn heeft (hebben) aangepast;

Richtlijn 89/104/EEG is totstandgekomen op 21 december 1988. Op 31 december 1992 had zij ten uitvoer gelegd moeten zijn. De aanpassing van de B.M.W. aan de richtlijn heeft echter per 1 januari 1996 plaatsgehad.

In de onderhavige zaak heeft Nederma de initiële dagvaarding uitgebracht op 7 april 1992. De reconventionele vordering van Beaphar is ingesteld ter zitting (van de Rechtbank te Zutphen) van 21 mei 1992. Beide vorderingen dateren dus uit periode 2.

3.7.4. In de zaak-Champion¹⁸ heeft de advocaat-generaal bij het Benelux-Gerechtshof, Janssens de Bisthoven uiteengezet dat «de in het gemeenschapsrecht toepasselijke algemene rechtsbeginselen, met name die van rechtszekerheid en verbod van terugwerkende kracht, (...) eraan in de weg (staan) dat rekening wordt gehouden met een richtlijn die niet in het nationale recht is omgezet.»

Die uitspraak had geen algemene strekking, blijkend uit de aanhef van de zin «Gelet op de aard van de (...) ingestelde vordering». De beoogde beperking blijkt ook uit de verwijzing in voetnoot 44 naar de conclusie van advocaat-generaal A. Van Gerven bij het arrest-Marleasing van het

¹⁶ Vgl. Kapteijn/Verloren van Themaat c.s., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1995, §2.1.2, p. 311).

¹⁷ Anders dan in de zaak Dior/Evora, H.R., 20 oktober 1995, R.v.d.W., 1995,212.

¹⁸ Benelux-Gerechtshof, 13 juni 1994, zaak A 92/6, *Jurisprudentie*, 1994, p. 16; *N.J.*, 1994, 666, met noot D.W.F. Verkade.

HvJEG¹⁹. Van Gerven had alleen het oog op de invoering, zonder nationale uitvoeringswet, van een civielrechtelijke sanctie zoals nietigheid, niet op richtlijnconforme interpretatie in periode 3, in het algemeen.

3.7.5. Acht men het moment waarop de bodemprocedure is ingesteld bepalend (en daarvoor lijkt hier, nu in de loop van de procedure geen nieuwe feiten zijn aangevoerd, veel te zeggen), dan geldt voor de onderhavige zaak dat dit in periode 2 is geschied. Bij mijn weten heeft het HvJEG nooit beslist dat dan al een verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt.²⁰

Die laatste omstandigheid leidt ertoe dat geen noodzaak bestaat tot het vragen van een prejudiciële beslissing aan het HvJEG. Het zou niet geheel zinloos zijn dit voor een deel van de gestelde vragen (m.n. die onder nummer 2) toch te doen, gezien de gevolgen van het op die vragen te geven antwoord voor op de toekomst gerichte voorzieningen, m.n. het door Beaphar gevorderde verbod van gebruik door Nederland van het vormmerk. Partijen zouden daar wel belang bij hebben, maar daar zou aanzienlijke vertraging in de afdoening van de procedure tegenover staan.

4. De vragen onder nummer 1

4.1.1. *Vraag 1(a)* heeft betrekking op de situatie waarin een houder van een vormmerk andere marktdeelnemers toestaat om van hen afkomstige waren met gebruikmaking van dezelfde vorm in het verkeer te brengen, maar met andere benamingen of een eigen woord- of beeldmerk en met vermelding van hun eigen onderneming.

De vraag komt er, kort samengevat, op neer of dan moet worden aangenomen dat het vormmerk aan onderscheidend vermogen heeft ingeboet of dat dit onderscheidend vermogen verloren is gegaan op de grond dat die vorm het publiek niet (meer) in staat stelt de waar als afkomstig van een bepaalde onderneming te herkennen.

4.1.2. De vraag hangt nauw samen met de functie van een (vorm)merk.

Beaphar heeft vooropgesteld²¹ dat «naar de huidige opvattingen een merk niet meer primair dient om *herkomst* van gemerkte waren uit een bepaalde onderneming aan te duiden. Dat volgt allereerst uit de tekst van Artikel 1 van de wet zelf. Immers daarin is sprake van tekens die de waren van een onderneming kunnen onderscheiden».

Weliswaar, aldus nog steeds (de raadsleden van) Beaphar heeft het Benelux-Gerechtshof «in het arrest-Burberrys II²² overwogen dat een merk geschikt moet zijn om de waar van soortgelijke waren te onderscheiden. Uw hof heeft echter ook gezegd dat het merk de herkomst van de waar uit een bepaalde onderneming genoegzaam moet kunnen demonstreren. (...). Naar mijn oordeel heeft uw hof daarmee niet

tot uitdrukking willen brengen dat het publiek wanneer het met een merk wordt geconfronteerd zich in het bijzonder realiseert dat een teken uit één welbepaalde onderneming afkomstig is. Zo men het begrip 'herkomstteken' toch zou willen blijven gebruiken, betekent het dat, wanneer het publiek met een merk wordt geconfronteerd, (het) ervan uit kan gaan dat het uit dezelfde bron komt als de bron waaruit het product afkomstig was dat men eerder kocht. Het doet er niet toe wie die bron is. Het publiek weet trouwens over het algemeen niet wie die bron is. (...) In de moderne literatuur wordt het standpunt ingenomen dat een merk meer is dan het simpelweg identificeren van de oorsprong van een product. Een merk stelt de consumenten in staat om een product te identificeren (...)»

Die gedachte is in de procedure niet nieuw. Beaphar heeft haar o.m. ook verdedigd in het cassatiemiddel (subonderdelen 2.1-2.3) in de procedure voor de Hoge Raad die tot het verwijzingsarrest heeft geleid.

4.1.3. In de procedure voor de Hoge Raad heeft de (toenmalige) advocaat-generaal A. Koopmans in zijn conclusie²³ deze gedachte sterk gerelativeerd. Deze spreekt niet tegen dat het merk vooral als een identificatie- en communicatiemiddel wordt gezien.²⁴ Het merk heeft «aantrekkingskracht» en «kooplust opwekkend vermogen». ²⁵ «Al deze eigenschappen heeft het merk echter teneinde het publiek in staat te stellen de merkdragende producten vanwege hun herkomst van een bepaalde onderneming te onderscheiden van andere producten. Zie art. 1, eerste lid, B.M.W. M.a.w. men kan niet (...) het associatief vermogen van het merk zoveel nadruk geven dat dit als het ware wordt losgezongen van de herkomstfunctie».

4.1.4. Volgens de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof is een merk «een teken dat in de eerste plaats dient om de waren of diensten van een onderneming van de waren of diensten van anderen te onderscheiden». ²⁶

Ook volgens de rechtspraak van het HvJEG is de functie van een merk primair het aangeven van de herkomst. ²⁷ Richtlijn 89/104/EEG omschrijft «dat de door het ingeschreven merk verleende bescherming waarvan de functie met name is het merk als aanduiding van herkomst te waarborgen (...)». ²⁸

²³ Nr. 16, p. 15, *R.v.D.W.*, 1996, p. 263.

²⁴ Koopmans verwijst hier naar Gielen-Wickers Hoeth, *Merkenrecht*, 1992, nrs. 1-34, p. 3 e.v.

²⁵ Hier verwijst Koopmans naar Benelux-Gerechtshof, 1 maart 1975, zaak A 74/1 (Claerijn), *Jurisprudentie*, 1975-1979, p. 1, *N.J.*, 1975, 472.

²⁶ Benelux-Gerechtshof, 20 december 1996, zaak A 95/2, (Europabank), *R.v.D.W.*, 1997, 4, r.o. 11 sub b; zie voorts: arrest-Burberrys II (zie noot 22); Benelux-Gerechtshof, 19 januari 1981, zaak A 80/3, (Rit), *Jur.*, 1980-1981, p. 69, *N.J.*, 1981, 294, met noot L. Wichers Hoeth en Bie 1981, nr. 33; Benelux-Gerechtshof, 9 februari 1977, zaak A 76/1 (Centrafarm/Beacham), *Jur.*, 1975-1979, p. 27; *N.J.*, 1978, 415, met noot L. Wichers Hoeth onder *N.J.*, 1978, 416;

²⁷ Zie de bij Gielen/Wichers Hoeth, *o.c.*, nr. 38, p. 15 genoemde arresten.

²⁸ Considerans (Schuerman & Jordens nr. 47-I, 1996, p. 309, al. 3).

¹⁹ HvJEG, 13 november 1990, zaak C-106/89, *Jur.*, 1990, p. 1-4135 (hier: I-4147); *S.E.W.*, 1992, p. 816, met noot C.W.A. Timmermans, *N.J.*, 1993, 163.

²⁰ Zie ook S. Prechal, *Directives in European Community Law*, 1995, i.h.b., p. 210 e.v.

²¹ Pleitnotities voor het Benelux-Gerechtshof van haar raadsleden, nrs. 10 e.v., p. 5 e.v.

²² Arrest van 16 december 1991, zaak A 90/4, *Jurisprudentie*, 1991, p. 16, *N.J.*, 1992, 596, met noot D.W.F. Verkade (toevoeging -M.).

De literatuur uit verschillende Europese landen bevat in het algemeen vergelijkbare functie-aanduidingen.²⁹

Volgens Gielen/Wichers Hoeth evenwel is de herkomst-functie om verschillende redenen nauwelijks meer relevant.³⁰

4.1.6. In de situatie die in de vraag is omschreven, hebben de waren dezelfde vorm, maar verschillende woordmerken of vermeldingen van de onderneming die ze in het verkeer brengt, althans verhandelt. Die situatie mag men niet op één lijn stellen met die waarin sprake is van een vaste combinatie van vormmerk en woordmerk.³¹

Ook al hebben al deze waren dezelfde herkomst (Beaphar), het publiek kan gemakkelijk denken dat de herkomst niet dezelfde is.

Onder die omstandigheden zal het vormmerk aan onderscheidend vermogen inboeten. Afhankelijk van de kwantitatieve verhoudingen tussen de waren die enerzijds rechtstreeks door de merkhouder, anderzijds door derden met toestemming van de merkhouder, maar met andere geschreven aanduidingen, in de handel worden gebracht, zou het onderscheidend vermogen zelfs geheel verloren kunnen gaan.

4.2.1. *Vraag 1(b)* sluit hierbij aan.

Voor het geval van bevestigende beantwoording van vraag 1a en in een situatie als genoemd in vraag 1a, stelt zij ten eerste aan de orde of het verlies aan onderscheidend vermogen is toe te rekenen aan het toedoen of nalaten van de merkhouder en of deze zijn concurrenten niet (meer) met een beroep op zijn recht kan beletten van dezelfde vorm gebruik te maken.

Voorts heeft de Hoge Raad gevraagd of het daarbij verschil maakt of de merkhouder concurrenten die zonder zijn toestemming soortgelijke waren met dezelfde vorm in het verkeer brengen, in rechte aanspreekt.

4.2.2. Wat de eerste vraag betreft, zou ik menen dat, indien het verlies aan onderscheidend vermogen van een vormmerk is toe te rekenen aan toedoen of nalaten van de merkhouder en dit verlies van voldoende betekenis is (dat laatste is uiteraard een feitelijke vraag), de merkhouder zijn concurrenten niet meer kan beletten van het vormmerk gebruik te maken.

4.2.3. Ten aanzien van het in de tweede vraag aan de orde gestelde probleem wordt in de literatuur verdedigd dat van de merkhouder mag worden verwacht dat hij misbruik van zijn merk op grote schaal tracht te voorkomen en dat hij uiteraard niet zelf 'misbruik' van zijn merk mag uitlokken.³²

²⁹ O.m.: Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach e.a., *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II, 1989, nr. 786, p. 311; Baumbach/Hefermehl, *Warenzeichenrecht*, 1985, § 1, randnrs. 4 en 5, p. 60 en § 4, randnr. 11, p. 303 (N.B. een nieuwe druk moet binnenkort verschijnen, maar was bij het schrijven van deze conclusie nog niet beschikbaar); Mathély, *Le nouveau droit français des marques*, 1994, p. 10-11; enigszins anders: Braun, *Précis des marques*, 1995, nr. 14, p. 12.

³⁰ O.c. nrs. 15-31, p. 7 e.v.: ongeveer in dezelfde zin: Wichers Hoeth (bewerkt door Gielen e.a.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 1993, p. 115-116. Volgens hen heeft een merk een identiteits-, kwaliteits- en communicatiefunctie.

³¹ De raadslieden van Beaphar noemen in hun pleitnotities voor het Benelux-Gerechtshof het voorbeeld van de combinatie van de gele kleur, het schelpteken en het woord Shell.

³² Dorhout Mees, o.c., nr. 1052, p. 445.

De merkhouder moet ervoor waken dat anderen zijn merk niet gebruiken.³³

4.2.4. Aandacht verdient het volgende citaat. Soms treft men bij dergelijke stellingen de reserve aan dat de merkhouder niet verplicht is *alle* inbreukmakers te vervolgen. In art. 5, onder 4°, B.M.W. (oud) is «aan het belang van de merkhouder alléén dan zwaarder gewicht (...) toegekend dan aan dat van zijn concurrenten, indien hem van de verworping van zijn merk tot soortnaam geen enkel verwijt kan worden gemaakt, d.w.z. indien hij niets heeft gedaan wat die verworping heeft bevorderd, noch iets heeft nagelaten wat haar had kunnen tegengaan; kortom, indien de verworping niet kan worden geweten aan zijn toedoen. Blijft de vraag of zich dat geval ooit zal voordoen.»³⁴

4.2.5. Welke ook de nuances zijn die men in de literatuur aantreft, men kan daaruit wel een consensus afleiden dat het hoe dan ook verschil maakt of de merkhouder inbreukmakers al dan niet aanspreekt.

4.3.1. *Vraag 1(c)* houdt in of bij bevestigende beantwoording van vragen 1a en 1b de merkhouder zijn concurrenten niet (meer) kan beletten van dezelfde vorm gebruik te maken, ook wanneer een belangrijk deel van het publiek de door de merkhouder geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waren wel zal herkennen als afkomstig van zijn onderneming (Beaphar heeft gesteld dat haar marktaandeel voor hartvormige gisttabletten rond de 50% bedraagt).

4.3.2. Zoals ik in § 4.2.2. heb vermeld, zal in het algemeen de vraag of een merk (nog) voldoende onderscheidend vermogen heeft, van feitelijke aard zijn. Dit blijkt ook uit de gemeenschappelijke toelichting op art. 1 B.M.W.: de rechter zal op het gebied van het onderscheidend vermogen over een grote mate van vrijheid van beoordeling beschikken en zal met alle omstandigheden van het geval rekening moeten houden.³⁵

Het is mogelijk dat, hoewel een merkhouder derden toestaat zijn (vorm)merk te gebruiken zonder de merkhouder te vermelden, desalniettemin een belangrijk deel van het publiek het merk blijft herleiden tot de onderneming van de merkhouder. In zo'n geval zal sprake zijn van een sterk merk. Ik zie overigens niet op voorhand in dat er verband zou moeten bestaan tussen de bedoelde reactie van het publiek en het marktaandeel van de merkhouder.

4.3.3. Tussen de verschillende elementen van de vraag bestaat m.i. een zekere spanning. Indien een belangrijk deel van het publiek de door de merkhouder geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waren zal herkennen als afkomstig van de onderneming van de merkhouder, althans uit één bepaalde onderneming, dan zal er doorgaans juist geen sprake zijn van een belangrijk verlies van onderscheidend vermogen.

Weliswaar zal de herkenning kunnen geschieden aan de hand van het woordmerk, maar in dat geval zal, in de combinatie, het woordmerk ook het vormmerk versterken.

4.3.4. Dat het marktaandeel van Beaphar – zoals deze heeft gesteld – voor hartvormige gisttabletten meer dan 50% be-

³³ Gielen/Wichers Hoeth, o.c., nr. 669, p. 270; zie ook Baumbach/Hefermehl, o.c., § 4, randnr. 10, p. 302.

³⁴ S.K. Martens, *BIE* 1985, p. 213 e.v., hier: p. 218.

³⁵ Losbl. Benelux, p. 41.

draagt, behoeft m.i. geen verband te houden met de herkenning van deze tabletten als afkomstig van één bepaalde onderneming. Het marktaandeel kan het gevolg zijn van de verhouding tussen Beaphar en de distributeurs. Is die verhouding, door welke oorzaak ook goed, dan zal de handel de waren van Beaphar pousseren. De klant die een dierenwinkel betreedt en naar gistbrokjes, of wellicht «hartjes» vraagt, krijgt die van Beaphar aangereikt. Zou een handelaar, wellicht omdat hij door zijn voorraad Beaphar hartjes heen is, eens tabletjes van een andere producent leveren, dan zal het van de klant afhangen of deze dat (bijv. door de afwijkende verpakking) merkt. De identificatie geschiedt dan echter door de verpakking en niet door de hartvorm.

4.3.5. Een algemeen antwoord op deze vraag, los van de feitelijke situatie, lijkt mij niet te geven.

5. De vragen onder nummer 2.

5.1.1. *Vraag 2(a)* houdt in of art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. (oud) uitsluitend betrekking heeft op woordmerken (enge opvatting) of ook op beeldmerken.

5.1.2. Zowel de tekst als de toelichting wijzen erop dat de wetgever van de enge opvatting is uitgegaan.

De tekst bevat immers de passage «in het normale taalgebruik de gebruikelijke benaming van de waar is geworden». Voor het huidige art. 5, tweede lid, onder b, is dat niet anders.

Het Gemeenschappelijk Commentaar van de Regeringen bevat eveneens het woord «benaming» en voorts (tweemaal) «soortnaam».³⁶

5.1.3. Naar de ratio van de bepaling zou deze ook wel op vormmerken kunnen slaan.³⁷ Er zijn wel gevallen te bedenken waarin een bepaalde vorm voor een bepaalde waar de gebruikelijke is geworden. In de procedure is het voorbeeld van vierkante flessen genoemd. Ik zou in dat verband op een andere drank dan whisky willen wijzen. Voor de Franse likeur «triple sec» is een vierkante fles de gebruikelijke vorm geworden.³⁸

Men kan daartegenover stellen dat de wetgever die ratio, indien hij dat gewild had, in de tekst tot uitdrukking had kunnen brengen. Dat heeft hij niet gedaan, óók niet bij de herziening van 1996.

5.1.4. Voor de enige opvatting pleiten: advocaat-generaal Koopmans in zijn conclusie voor het verwijzingsarrest.³⁹

Voorstander van deze opvatting zijn voorts: Gielen/Wichers Hoeth⁴⁰, Wichers Hoeth⁴¹, E.J. Arkenbout⁴², W.A. Hoyng⁴³ en Braun; deze laatste spreekt in navolging van de wet van «dénomination usuelle»⁴⁴

5.1.5. Voorstander van de ruime uitleg is Verkade.⁴⁵ Deze noemt in de noot het argument dat het spiegelbeeld, namelijk dat een aanvankelijk niet-onderscheidend teken tot merk wordt, door het Benelux-Gerechtshof is erkend.

Nederma heeft bij pleidooi argumenten voor de ruime opvatting ontleend aan de Franse en Duitse tekst van richtlijn 89/104/EEG. In het licht van het hiervóór, in § 3.7.5., bevestigde, zijn deze argumenten voor de onderhavige zaak niet relevant.

5.1.6. Hierna geef ik een beknopt overzicht van de literatuur over het onderhavige probleem in enkele Europese landen en de VS.

Frankrijk: daar is op 4 januari 1991 een nieuwe «Code de la Propriété Intellectuelle» totstandgekomen. Art. L 714-6 vertoont gelijkenis met art.5 onder 4°, B.M.W. (Mathély, *a.w.*, p. 278). Het artikel spreekt in het algemeen van «être devenue usuelle» van «la marque». Aan de vraag of het artikel ook op vormmerken ziet, besteedt Mathély geen expliciete aandacht. De wet wordt ook genoemd door Chavanne en Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 1993, nr. 1021; uit de nrs. 1014-1020 maak ik op dat algemeen bekende merken in Frankrijk (onder de oude wet) geldig waren.

Duitsland: volgens Baumbach/Hefermehl⁴⁶ kende het «Warenzeichengesetz» een dergelijke bepaling niet. Met ingang van 1 januari 1995 is echter het nieuwe «Markengesetz» in werking getreden en dat kent wel een bepaling als art. 5, onder 4°, B.M.W. (oud), namelijk in art. 49, §2 (Campbell/Cotter, editors, *International intellectual property law*, 1995, nr. 6.18).

Groot-Brittannië: Cornish, *Intellectual property*, 1996, § 17-74 met de titel «Mark becoming generic»: grond voor herroeping van het merk is dat het is geworden tot «common name» voor het product waarvoor het is geregistreerd. Volgens Van Dale staat «name» voor naam of reputatie. De term «name» is duidelijk beperkter dan «mark», vgl. § 17-17; Cornish besteedt geen aandacht aan de vraag of de grond voor herroeping evenzo geldt voor andere tekens dan namen. Dat laatste doen Kitchin en Mellor, *The trade marks act 1994*, 1995, § 46 evenmin. Wel uitgesproken is Kerly's *Law of trademarks and tradenames*, 1986, § 8-71: «...or, in the case of word marks, by becoming the names, and therefore descriptive, of the goods (...)», Kerly's heeft echter betrekking op de oude TMA en niet de TMA van 1994.

VS.: evenals in Engeland geldt daar dat de registratie van een merk kan worden geannuleerd indien dit merk de «common descriptive name» wordt (Ladas, *Patents, trademarks and related rights*, 1975, nr. 629, p. 1162). Ladas beschrijft ook de regelgeving in andere landen en constateert dat er op dit punt aanzienlijke verschillen bestaan.

In het hiervoor genoemde boek van Campbell en Cotter worden de regelingen in diverse landen besproken. Afgaande op de vertalingen, zien de bepalingen in Italië en Luxemburg slechts op woordmerken («usual of common name»; zie resp. §§ 9.10 en 10.14). In Denemarken, Finland en Zweden vervalt het merkrecht bij verlies aan onderscheidend vermogen en wordt geen aparte melding gemaakt van verworping tot soortnaam (§§ 2.11, 4.4 en 14.8). In Oostenrijk kan een merkrecht verworpen tot «Freizeichen» (§ 1.50) en in

³⁶ Schuerman & Jordens, 47, 1987, p. 62, Benelux (losbl.), p. 48.

³⁷ Vgl. Martens, *o.c.*, 213.

³⁸ Wel geniet Cointreau, naar ik meen te weten, in sommige landen (maar niet in Frankrijk) modellenbescherming voor dit type fles.

³⁹ Nrs. 10-11, p. 9 e.v., *R.v.D.W.*, 1996, 261-262.

⁴⁰ *O.c.*, nr. 674, p. 272.

⁴¹ *O.c.*, 198.

⁴² *Handelsnamen en merken*, diss. KUN, 1991, nr. 3.4.3.3., p. 94.

⁴³ *Noten bij noten* (bundel ter herinnering aan L. Wichers Hoeth), p. 75.

⁴⁴ *O.c.*, section IV, p. 450-454.

⁴⁵ Noot onder H.R., 1 juni 1982, *BIE* 1983, 48 (Adidas).

⁴⁶ *O.c.*, (hiervóór, noot 29, p. 1329, randnr. 44 (oude druk!)).

Spanje zal het merkrecht vervallen indien het merk is verworden tot «the standard designation of the product or service for which the trademark has been registered» (à 13.19). In de wetgeving van Ierland en Noorwegen heb ik geen met art. 5 sub 4°, B.M.W. vergelijkbare bepaling aangetroffen (§§ 8.72 en 11.13).

5.1.7. Het vorenstaande samenvattend meen ik dat, voor zover er aandacht is besteed aan het verworden tot soortmerk, de meeste landen dit beperken tot woordmerken.

Aansluitend bij de tekst van de B.M.W. lijkt beperking tot woordmerken mij ook voor de Benelux de meest in aanmerking komende oplossing.

5.2.1. *Vraag 2(b)* houdt in of voor verval van het recht van merk als bedoeld in art. 5, aanhef en onder 4° B.M.W. (oud) vereist is dat het betrokken teken de (meest) gebruikelijke aanduiding van de waar is geworden of dat voldoende is dat het teken (enigszins) gebruikelijk is geworden, zonder dat daaraan in de weg behoeft te staan dat het product ook (in belangrijke mate) in andere vormen op de markt wordt gebracht.

Bij de voorgestelde beantwoording van vraag 2(a) kan vraag 2(b) in het kader van de onderhavige zaak onbesproken blijven.

Volledigheidshalve merk ik nog het volgende op.

5.2.2. Art. 5, onder 4°, B.M.W. (oud) spreekt van «gebruikelijke benaming».

Het Gemeenschappelijk Commentaar van de Regeringen bij de B.M.W.⁴⁷ zegt: «de benaming (...), die gewoonlijk gebruikt wordt om de waren van een bepaalde aard of hoedanigheid, ongeacht hun herkomst, aan te duiden».

5.2.3. Volgens Gielen/Wichers Hoeth⁴⁸ moet duidelijk komen vast te staan dat een groot deel van het publiek het woord als soortnaam hanteert. Zie hierover voorts Martens.⁴⁹

Van Kaam/Molijn⁵⁰ geven tips hoe te voorkomen dat een merk soortnaam wordt.

5.2.4. Wanneer sprake is van «gebruikelijk zijn», is een sterk met de feitelijke omstandigheden van elk afzonderlijk geval verweven vraag.

Toevoeging van «enigszins» zou verruimend werken. Van verruiming ben ik geen voorstander. Men verplaatst de grens, maar men is daarmee het probleem niet kwijt. Wanneer als algemene regel zou worden uitgesproken dat «enigszins gebruikelijk» ook gebruikelijk is, dan zou vervolgens weer een vraag kunnen opkomen in de trant van of «af en toe voorkomend» nog onder enigszins gebruikelijk valt.

In het algemeen zal «gebruikelijke aanduiding» of «gewoonlijk gebruikt worden» meebrengen dat de desbetreffende aanduiding meer gebruikt wordt dan andere, dus de meest gebruikelijke is. Indien er twee aanduidingen zijn die 50/50 gebezigd worden, kan men ze wellicht beide als gebruikelijk zien.

«Meest gebruikelijk» is een term die ook van inhoud verschilt al naargelang het geval. Indien een bepaalde aanduiding voor 5% van de verkochte waren gebruikt worden en

95 andere benamingen elk voor 1% , dan is de eerstgenoemde de meest gebruikelijke, maar niet gebruikelijk.

5.2.5. Zo gezien zou de vraag – desgewenst – als volgt beantwoord kunnen worden: *een aanduiding is gebruikelijk wanneer deze voor een aanzienlijk gedeelte van de op de markt gebrachte waren gebruikt wordt, terwijl voor de waren van de desbetreffende soort geen enkele andere aanduiding vaker gebruikt wordt.*

6. Conclusie

De conclusie luidt tot beantwoording van de gestelde vragen, zoals hiervóór, in de §§ 4.1.6., 4.2.5., 4.3.5., 5.1.7. en 5.2.5. aangegeven is.

Arrest

1. Gelet op het op 29 maart 1996 door de Hoge Raad der Nederlanden uitgesproken arrest in de zaak nr. 15.889 van de besloten vennootschap Beaphar B.V., gevestigd te Raalte (Beaphar), en de besloten vennootschap Nederlandse Dermolin Maatschappij Nederma B.V., gevestigd te Nijmegen (Nederma), waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (het Verdrag) aan dit Hof vragen van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (B.M.W.) worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten:

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

(i) Beaphar produceert zogenoemde aanvullende diervoeding, waaronder sedert 1985 hartvormige gisttabletten voor huisdieren. Op 22 oktober 1985 heeft zij het vormmerk «hart» bij het Benelux-Merkenbureau gedeponeerd voor waren in de klasse 31 (voedingsmiddelen voor dieren, met name gist-snoepjes voor honden en katten).

(ii) Beaphar verkoopt de door haar geproduceerde hartvormige gisttabletten onder eigen woord- en beeldmerken – «harten 2 (of 3) snoepjes» – aan dierenwinkels; haar marktaandeel bedraagt volgens eigen stellingen meer dan 50%. Tevens worden door Beaphar geproduceerde hartvormige tabletten met toestemming van Beaphar (merklicentie) onder de aanduidingen »Fapro» (en processe ook wel genoemd «Fabro») en «Friskies» in supermarkten verkocht en onder de aanduiding «Hema Kat» in de warenhuizen van Hema, zonder dat op of in de verpakking op enigerlei wijze wordt verwezen naar Beaphar.

(iii) Nederma houdt zich eveneens bezig met het produceren en verhandelen van diervoeding. Zij fabriceert onder meer hartvormige gisttabletten voor katten, die in Duitsland door een Duitse onderneming onder de naam «Herz» op de markt worden gebracht.

(iv) Beaphar heeft, naar zij stelt, haar concurrentie die niet van haar afkomstige hartvormige gisttabletten op de Nederlandse markt brengen, in rechte aangesproken. Deze procedures hebben, aldus Beaphar, geleid ofwel tot beëindiging van het door haar gewraakte gebruik van de hartvorm ofwel tot een schikking waarbij partijen elkaar over en weer een merklicentie hebben verleend.

⁴⁷ Benelux, losbl., p. 48.

⁴⁸ O.c., nr. 676.

⁴⁹ O.c., 214. In gelijke zin Wichers Hoeth, o.c., 124 en Arkenbout, o.c., 94.

⁵⁰ *Merkenbescherming in de Benelux*, 1994, 58-60.

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

«1.(a) Wanneer in het kader van de vraag of sprake is van inbreuk op een vormmerk, de beschermingsomvang van dat merk moet worden bepaald aan de hand van zijn onderscheidend vermogen, en zich de situatie voordoet dat de houder van dat vormmerk de door hem in die vorm geproduceerde waren onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer brengt en daarnaast andere marktdeelnemers heeft toegestaan om van hen (het Hof begrijpt: hem) afkomstige soortgelijke waren met gebruikmaking van dezelfde vorm in het verkeer te brengen, maar met andere benaming(en) en/of met een eigen woord- en/of beeldmerk en met vermelding van hun eigen onderneming, moet dan worden aangenomen dat dat vormmerk aan onderscheidend vermogen heeft ingeboet of dat dit onderscheidend vermogen verloren is gegaan op de grond dat die vorm het publiek niet – meer – in staat stelt de waar als afkomstig van de onderneming van de merkhouder, althans als afkomstig van één bepaalde onderneming te herkennen?»

«1(b) Moet, indien vraag 1(a) bevestigend dient te worden beantwoord, in een situatie als in die vraag omschreven, worden aangenomen dat dat verlies aan onderscheidend vermogen valt toe te rekenen aan het toedoen of nalaten van de houder van het merk en dat, zo het verlies aan onderscheidend vermogen van voldoende betekenis is, de houder van het merk zijn concurrenten niet (meer) met een beroep op zijn recht kan beletten van dezelfde vorm gebruik te maken? Maakt het daarbij verschil of de merkhouder concurrenten die zonder zijn toestemming soortgelijke waren met gebruikmaking van dezelfde vorm in het verkeer brengen, in rechte aanspreekt?»

«1(c) Moet, bij bevestigde beantwoording van de voorafgaande vragen, worden aangenomen dat het verlies van onderscheidend vermogen van het vormmerk van zodanige betekenis is, dat de houder van het merk zijn concurrenten niet (meer) met een beroep op zijn recht kan beletten van dezelfde vorm gebruik te maken, ook wanneer een belangrijk deel van het publiek de door de merkhouder geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waren wel zal herkennen als afkomstig van de onderneming van de merkhouder, althans als afkomstig van één bepaalde onderneming, waarbij opmerking verdient dat, naar Beaphar heeft gesteld, haar aandeel in de markt van hartvormige gisttabletten meer dan 50% bedraagt?»

«2(a) Heeft art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W. uitsluitend betrekking op woordmerken, of ook op vormmerken?»

«2(b) Is voor verval van het recht van merk als bedoeld in art. 5, aanhef en onder 4°, B.M.W., vereist dat het betrokken teken de (meest) gebruikelijke aanduiding van de waar is geworden, of is voldoende dat het teken enigszins gebruikelijk, althans gebruikelijk is geworden, zonder dat daaraan in de weg hoeft te staan dat het product óók (in belangrijke mate) met andere tekens (in dit geval: in andere vormen) op de markt wordt gebracht?

(...)

Ten aanzien van het recht:

met betrekking tot alle vragen:

10. Overwegende dat niet blijkt dat in het debat voor de Hoge Raad ter sprake is geweest of het geschil van partijen, nu daarin arrest zou worden gewezen nà het op 1 januari 1996 in werking treden van het Protocol van 2 december 1992 houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet op de merken, zou moeten worden beslist met toepassing van de B.M.W. zoals deze door dit protocol is gewijzigd (de nieuwe B.M.W.), dan wel met toepassing van de B.M.W. zoals deze voordien gold (de oude B.M.W.):

11. dat evenmin blijkt dat toen, of in een eerder stadium van het geding is gedebatteerd over de vraag of met toepassing van de oude B.M.W. deze al dan niet zou moeten worden uitgelegd overeenkomstig de Eerste richtlijn van de Raad van de EG van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten;

12. dat tegen deze achtergrond en mede in aanmerking genomen dat de Hoge Raad zich, anders dan in eerdere gevallen, terzake niet heeft uitgelaten, moet worden aangenomen dat de Hoge Raad uitleg verlangt van de oude B.M.W., zonder dat daarbij de richtlijn wordt betrokken;

13. Overwegende dat Nederma evenwel voor het Hof heeft doen betogen dat dit geding behoort te worden beslist met toepassing van de nieuwe B.M.W., die richtlijn-conform moet worden uitgelegd, althans met toepassing van de oude B.M.W., maar richtlijn-conform uitgelegd, aan welk betoog Nederma allereerst de slotsom heeft verbonden dat de vragen van de Hoge Raad moeten worden betrokken op de nieuwe B.M.W., althans op de oude B.M.W., maar richtlijn-conform uitgelegd, en vervolgens dat het Hof deze vragen niet zou moeten beantwoorden dan nadat het op zijn beurt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) heeft gesteld en deze zijn beantwoord, dan wel dat het Hof beantwoording van de vragen van de Hoge Raad zou moeten aanhouden totdat door een uitspraak van het HvJEG zekerheid is verkregen terzake van zijn bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen;

14. Overwegende dat in het midden kan blijven of bij een gang van zaken als hiervoor omschreven de prejudiciële procedure voor het Hof ruimte biedt voor het voor het eerst opwerpen van stellingen als kort weergegeven onder 13, omdat de stellingen van Nederma miskennen:

-(1°) dat de vragen van de Hoge Raad uitsluitend betrekking hebben op een tweetal geschilpunten die het debat ook in de feitelijke instanties van meet af aan hebben beheerst, namelijk of *ten tijde van het instellen van de vordering in conventie* – 7 april 1992 – *op grond van de toenmalige feitelijke omstandigheden* het door Beaphar uit hoofde van het depot van 22 oktober 1985 verkregen recht op het vormwerk «hart» was vervallen, dan wel of het onderscheidend vermogen waarover dit merk ten tijde van zijn deponering beschikte, in zodanige mate verloren was gegaan dat Beaphar zich toen op grond van dit merk niet (meer) vermocht te verzetten tegen gebruik van de hartvorm voor gisttabletten dat leidt tot het in de handel brengen van hartvormige gisttabletten onder een eigen benaming en met vermelding van een andere leverancier dan Beaphar; en

-(2°) dat deze geschilpunten naar hun aard enkel beslist konden en – gezien het rechtszekerheidsbeginsel – enkel beslist kunnen worden met toepassing van het ten tijde van het instellen van de vordering in conventie geldende recht, namelijk de oude B.M.W., die toen nog niet richtlijn-conform behoefte te worden uitgelegd;

met betrekking tot de onder 2 gestelde vragen:

15. Overwegende dat het Hof eerst de door de Hoge Raad onder 2 geformuleerde vragen van uitleg van artikel 5, aanhef en onder 4°, (oud) B.M.W. onder ogen zal zien, omdat deze van de verste strekking zijn;

16. Overwegende dat zowel de tekst van artikel 5 (oud) als geheel die erop wijst dat deze bepaling limitatief de gevallen opsomt waarin het recht op een merk vervalt, als de geschiedenis en bewoordingen van, alsmede de toelichting op het in dit artikel onder 4° bepaalde sterke steun geven aan de opvatting dat het onder 4° bepaalde uitsluitend ziet op het daarin geregelde specifieke geval dat het onderscheidend vermogen van een *woordmerk* geheel verloren is gegaan doordat het in het normale taalgebruik de gebruikelijke aanduiding voor de desbetreffende waar of dienst is geworden en niet gezegd kan worden dat dit teloorgaan op geen enkele wijze aan de merkhouder kan worden toegerekend;

17. dat weliswaar aan deze opvatting het bezwaar kleeft dat daarin ligt besloten dat in alle andere gevallen waarin het desbetreffende teken elk onderscheidend vermogen heeft verloren, niettemin het recht op het merk blijft bestaan, terwijl dit resultaat niet valt te rijmen met het uitgangspunt van de wet dat een teken alleen dan een merkrecht kan opleveren, indien het onderscheidend vermogen heeft, maar dat dit bezwaar in het licht van hetgeen hierna onder 22 en 23 zal worden overwogen tegenover de onder 16 samengevatte argumenten, onvoldoende zwaar weegt om een andere opvatting te aanvaarden;

18. Overwegende dat uit een en ander volgt dat de onder 2(a) gestelde vraag aldus moet worden beantwoord dat artikel 5, aanhef en onder 4°, (oud) B.M.W. uitsluitend betrekking heeft op woordmerken, zodat de onder 2(b) gestelde vraag geen behandeling behoeft;

met betrekking tot de onder 1 gestelde vragen:

19. Overwegende dat bij de beantwoording van de door de Hoge Raad onder 1 gestelde vragen moet worden vooropgesteld dat, naar vaste rechtspraak van het Hof,

- een merk een teken is dat kan dienen om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden, dat wil zeggen dat het geschikt is die waren of diensten van soortgelijke waren of diensten te onderscheiden en hun herkomst uit een bepaalde onderneming genoegzaam te demonstreren;

- het onderscheidend vermogen van een merk niet een constante grootheid is, maar een veranderlijke, die onder meer van belang is in het kader van de – hier aan de orde zijnde – vraag welke beschermingsomvang aan het desbetreffende merk moet worden toegekend;

- het in vorenbedoeld kader aankomt op de opvattingen van het daarvoor in aanmerking komend publiek, niet ten tijde waarop het recht op het desbetreffende merk ontstond, maar ten tijde van het als inbreuk makend gewraakte gebruik van het merk of een overeenstemmend teken;

20. Overwegende dat het Hof bij de beantwoording van de onder 1 geformuleerde vragen ervan uitgaat dat deze betrekking hebben op een ten tijde van het door de merkhouder als inbreuk op zijn vormmerk gewraakte gebruik bestaande marktsituatie, waarin het publiek niet (meer) in staat is de desbetreffende waar op grond van de hartvorm als af-

komstig van één bepaalde onderneming te herkennen, welke situatie is ontstaan doordat de in die vorm geproduceerde waar door de merkhouder en door andere marktdeelnemers in het verkeer is gebracht met gebruikmaking van uiteenlopende benamingen en verschillende woord- en/of beeldmerken;

21. Overwegende dat in de hiervoor bedoelde marktsituatie het vormmerk niet (meer) kan dienen om de waar van de onderneming te onderscheiden, hetgeen betekent dat dit merk zijn onderscheidend vermogen geheel heeft verloren;

22. Overwegende dat, indien het onderscheidend vermogen waarover een vormmerk ten tijde van zijn deponering beschikte ten tijde van het door de merkhouder als inbreuk op zijn vormmerk gewraakte gebruik van zijn merk reeds geheel verloren is gegaan, de merkhouder zich niet op grond van zijn merkrecht tegen dat gebruik kan verzetten;

23. Overwegende dat daarbij – anders dan in het uitzonderlijke geval dat het onderscheidend vermogen eerst na de aanvang van de inbreukprocedure geheel of ten dele verloren is gegaan (zie het arrest van het Hof van 13 december 1994 in de zaak A 93/3, *Jurisprudentie*, 1994, deel 15, p. 56 e.v.) – niet van belang is of het verlies van onderscheidend vermogen waarvan ten tijde van het aangevochten gebruik van het merk sprake is, geheel of ten dele valt toe te rekenen aan toedoen of nalaten van de merkhouder;

24. Overwegende dat evenmin ter zake doet de in de eerste vraag onder c genoemde omstandigheid dat een belangrijk deel van het publiek de door de merkhouder in de als merk gedeponeerde vorm geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waar wel zal herkennen als afkomstig van één bepaalde onderneming, nu deze omstandigheid onverlet laat dat het vormmerk zelf onderscheidend vermogen mist;

25. Overwegende dat uit het hiervoor overwogene volgt dat de onder 1 geformuleerde vragen geen verdere behandeling behoeven;

(...)

VERKLAART VOOR RECHT:

ten aanzien van de onder 2 gestelde vragen:

31. Het bepaalde in artikel 5, aanhef en onder 4°, (oud) B.M.W. heeft uitsluitend betrekking op woordmerken;

ten aanzien van de onder 1 gestelde vragen:

32. In de in de vraag onder 1(a) omschreven situatie waarin de als merk gedeponeerde vorm van de waar het publiek niet (meer) in staat stelt die waar als afkomstig van de merkhouder, althans als afkomstig van één bepaalde onderneming te herkennen, met als gevolg dat het vormmerk onderscheidend vermogen mist, kan de merkhouder zich niet met een beroep op het hem toekomende recht op dat vormmerk ertegen verzetten dat in de desbetreffende vorm geproduceerde waar door derden in het verkeer wordt gebracht;

33. Daarbij is niet van belang (i) of het verlies van onderscheidend vermogen van het vormmerk kan worden toegerekend aan toedoen of nalaten van de merkhouder en (ii) dat het publiek de door de merkhouder in de desbetreffende vorm geproduceerde en onder eigen woord- en beeldmerk in het verkeer gebrachte waar wel herkent als afkom-

stig van de onderneming van de merkhouders, althans van één bepaalde onderneming.

(...)

NOOT – *Vermindering van onderscheidend vermogen als een feitelijke, alternatieve, grond tot verval van het merkrecht bij vormmerken?*

1. De feiten van het bovenstaand arrest kunnen als volgt worden samengevat. Beaphar (verweerster) is houdster van een vormmerk – de hartvorm van gisttabletten als voeding voor dieren – waarvan het onderscheidend vermogen op het ogenblik van het depot (1985) niet ter discussie staat. Beaphar verkoopt deze hartvormige gisttabletten onder eigen woord- en beeldmerken maar geeft tegelijkertijd ook aan andere bedrijven toestemming (merkllicenties) om soortgelijke tabletten onder andere eigen woord- en/of beeldmerken te verkopen. Bedrijven die dit zonder toestemming van Beaphar doen, worden steeds – en met resultaat – in gebreke gesteld door laatstgenoemde.

2. Eiseres Nederma is eveneens fabrikant in diervoeding. Zij brengt dezelfde hartvormige gisttabletten voor katten op de markt en gebruikt dus onbetwistbaar een overeenstemmend teken voor gelijke of soortgelijke waren. Zij doet dit zonder toestemming van Beaphar en betwist de exclusieve rechten op het vormmerk van deze laatste. Nederma maakt daarop de procedure aanhangig waarbij zij, op verschillende gronden, nietigverklaring alsmede vervallenverklaring vordert van het depot van het vormmerk van Beaphar. Zij vraagt tevens voor recht te horen verklaren dat zij geen inbreuk maakt op het merkrecht van Beaphar.

Bij tegenvordering vraagt Beaphar dat aan Nederma ieder gebruik van de hartvorm voor diervoeders zou worden verboden.

3. De procedurevoorgaanden betreffen een beslissing van de Rechtbank van Zutphen die de vorderingen van Nederma afwijst en de tegenvordering van Beaphar gegrond verklaart. In beroep bekrachtigt het Gerechtshof te Arnhem gedeeltelijk het vonnis van de eerste rechter. De oorspronkelijke tegenvordering wordt afgewezen omdat, naar het oordeel van het Hof, Nederma geen inbreuk maakt op het vormmerk van Beaphar. Deze laatste tekent cassatieberoep aan, dat leidt tot het verwijzingsarrest met de prejudiciële vragen.

4. In zijn arrest van 29 maart 1996 stelt Hoge Raad der Nederlanden twee prejudiciële vragen aan het Benelux-Gerechtshof. Deze vragen zijn onderverdeeld in respectievelijk drie en twee subvragen.

In een eerste vraag wordt het Hof uitgenodigd een standpunt in te nemen met betrekking tot de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het vormmerk van Beaphar en wel in het licht van de zeer specifieke feitelijke omstandigheden van de zaak. Kan men aannemen dat het hartvormige merk van Beaphar nog steeds onderscheidend vermogen bezit op het ogenblik dat de procedure een aanvang nam (1992), wanneer die vorm het publiek niet (meer) in staat stelt de waar als afkomstig van de onderneming van de merkhouders of als afkomstig van één bepaalde onderneming te herkennen? Bijhorende vragen betreffen de invloed van het actief of passief gedrag van de merkhouders (vraag 1.b) en de mogelijkheid voor de merkhouders om, gelet op zijn marktaandeel van meer dan 50%, zijn exclusief verbodsrecht t.a.v.

concurrenten verder uit te oefenen (vraag 1.c).

Onder een tweede punt wordt zeer concreet de vraag gesteld of artikel 5.4 (oud) B.M.W., waarin het verval van het merk op grond van verworping of soortnaam wordt geregeld, ook van toepassing is op vormmerken.

5. Met betrekking tot alle vragen aanvaardt het Benelux-Gerechtshof dat de zaak beoordeeld moet worden onder het stelsel van de oude B.M.W., d.w.z. zonder rekening te houden met de wijzigingen aangebracht door het Protocol van 2 december 1992 (nieuwe B.M.W.) en zonder rekening te houden met de harmonisatierichtlijn (Eerste richtlijn van de Raad van de EG van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Publ. L* 40/1, 11 februari 1989). Dit besluit wordt gestaafd met de vaststelling dat in een eerder stadium van het geding over die vraag niet is gedebatteerd en dat de Hoge Raad zich terzake niet heeft uitgelaten (rechtsoverweging 12).

6. Het Hof gaat vervolgens over tot de tweede prejudiciële vraag die betrekking heeft op de toepassing van art. 5 en de mogelijkheid van verval van merken die tot soortnaam zijn verworpen («omdat deze (vragen) van de versterkte strekking zijn» - rechtsoverweging 15). Art. 5 onder 4 (oud) B.M.W. bepaalt dat het recht op het merk vervalt voor zover een merk, na op regelmatige wijze te zijn verkregen, door toedoen van de merkhouders in het normale taalgebruik de gebruikelijke benaming voor een waar is geworden. Deze wetsbepaling gaat er dus vanuit dat het betrokken merk aanvankelijk onderscheidend vermogen bezat – «na op regelmatige wijze te zijn verkregen» – en dat men niet te maken heeft met een merk waarvan de nietigheid kan worden ingeroepen. Waar de tekst spreekt over 'taalgebruik' en 'gebruikelijke benaming', rijst evenwel de vraag naar de toepassing ervan op vormmerken.

Op deze vraag antwoordt het Hof ontkennend omdat, zo wordt geargumenteed, art. 5 in zijn geheel op een limitatieve wijze de gronden tot verval opsomt. Geschiedenis, gebruikte bewoordingen en toelichting staven de opvatting dat het vierde lid van artikel 5 enkel het verloren gaan van het onderscheidend vermogen van *woordmerken* regelt (zie rechtsoverweging 16; vgl. Eeckman, P., «Nietigheid en verval van het merk», in *Algemene problemen van merkenrecht/Problèmes généraux du droit des marques*, F. Gotzen (red), Brussel, Bruylant, 1994, p. (211), 235; Wichers Hoeth, L., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, p. 198; anders: Verkade, noot onder H.R., 1 juni 1982, BIE 1983, p. 48 (Adidas); vgl. Evrard, J.J., Péters, Ph., *La Défense de la marque dans le Benelux*, Brussel, Larcier, 1996, p. 95 en verwijzingen aldaar). Daar in het voorliggende geding enkel een vormmerk ter discussie staat, moet men (logischerwijze) aanvaarden, zo vervolgt het Hof, dat het recht op een merk principieel blijft bestaan, zelfs wanneer blijkt dat het zijn onderscheidend vermogen heeft verloren (vgl. Wichers Hoeth, o.c., 1993, 198). Met andere woorden, de verworping van de hartvorm van de gisttabletten tot 'soortvorm' leidt niet tot verlies van het recht op het vormmerk.

7. We merken op dat, ondanks een aantal wijzigingen, het besproken art. 5.4 in zijn essentie niet werd aangetast door de nieuwe formulering ingevolge het Protocol van 2 december 1992 (Protocol, goedgekeurd door de wet van 11 mei 1995 (B.S., 12 maart 1996), in werking getreden op 1 januari 1996). De bepaling werd wel hernummerd tot art. 5.2.b. Voorts werd verduidelijkt dat niet enkel een toedoen, maar

ook een «nalaten» van de merkhouder in aanmerking moet worden genomen (dit gebeurde in navolging van artikel 12.2.a. van de harmonisatierichtlijn 1988). Hier codificeert de nieuwe tekst een vroeger – voornamelijk in Nederland – verdedigde leer (Wichers Hoeth, *o.c.*, 1993, 198; Gielen, Ch. en Wichers Hoeth, L., *Merkenrecht*, 1992, nr. 665; Eeckman, 1994, p. 235. *Anders*: Van Bunnem, L., *R.C.J.B.*, 1994, p. 112; Van Hecke, G., Gotzen, F., «Overzicht van Rechtspraak: Industriële Eigendom Auteursrecht (1975-1990)», *T.P.R.*, 1990, p. 1847, nr. 139; Baum, A., *Précis des marques de produits et de service*, 1987, nr. 528; *Id.*, (doch meer genuanceerd), *Précis des marques*, 1995, nrs. 521-525; Van Nieuwenhoeven Helbach, E.A., *Industriële eigendom en mededingingsrecht*, in de reeks *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, T.J. Dorhout Mees, II, Arnhem, Gouda quint 1989, nr. 1052). Om geheel conform met de richtlijn te zijn, had de Beneluxwetgever in feite ook de woorden «in het normale taalgebruik» moeten vervangen door «tot de in de handel gebruikelijke benaming». Men zal een dergelijke interpretatie dus via een richtlijnconforme interpretatie moeten bewerkstelligen (Van Innis, Th., *Les signes distinctifs*, Brussel, Larcier, 1997, 516). Verschillen vindt men nog in de aanhef van art. 5. Het «recht op het merk verval» niet langer zomaar, maar «wordt, binnen de in art. 14, onder C, gestelde grenzen, vervallen verklaard». Maar ook vroeger was het zo dat een merkrecht bij verwording tot soortnaam niet automatisch verviel en dit verval door een rechtbank moest worden vastgesteld (zie art. 14, C en D, (oud) BMW; vgl. Eeckman, *o.c.*, 1994, p. 229). Een eis daartoe kan worden ingesteld door iedere belanghebbende, aldus art. 14 C (nieuw) B.M.W.

Al deze verschillen raken evenwel het besproken probleem niet. Men mag aannemen dat de tweede prejudiciële vraag, beoordeeld onder de nieuwe B.M.W., tot eenzelfde resultaat zou voeren, namelijk dat niet tot verval van het vormmerk kan worden besloten en dat het recht op het merk blijft bestaan.

8. Betekent dit dat de merkhouder (Beaphar) zijn recht kan uitoefenen tegen Nederma die een overeenstemmend teken gebruikt (gisttablet in hartvorm) voor identieke waren (kattenvoeding)? die mogelijkheid is een essentieel attribuut van het uitsluitend recht dat aan de houder van een geldig merk toekomt met toepassing van art. 13 A, eerste lid, 1° (oud) B.M.W. (art. 13 A, 1, a, nieuw B.M.W.).

Neen, zo volgt uit het antwoord van het Benelux-Gerechtshof op de eerste prejudiciële vraag, althans niet wanneer uit de feitelijke omstandigheden blijkt dat het betwiste vormmerk, dat op het ogenblik van het depot onderscheidend vermogen bezat, dit vermogen heeft verloren op een ogenblik dat het recht wordt ingeroepen. Of dit al dan niet valt toe te rekenen aan een toedoen of nalaten van de merkhouder, acht het Hof irrelevant.

De vaststelling dat het merk in stand blijft, zegt inderdaad nog niets over de beschermingsomvang van het merk (vgl. Benelux-Gerechtshof, 5 oktober 1982, Wrigley/Benzon ('Juicy-Fruit'), *Jur.*, 1981-82, 20; *R.W.* 1982-83, 1299). Het Hof bevestigt in dat verband een aantal vaststaande principes, zoals het niet constant karakter van het onderscheidend vermogen en de rechtstreekse invloed op de beschermingsomvang van het betreffende merk (arrest 'Juicy Fruit'). Verder ook dat de beoordeling van het onderscheidend vermogen dient te gebeuren aan de hand van de perceptie door een in aanmerking komend publiek op het ogenblik dat de

beweerde inbreuk een aanvang nam (Benelux-Gerechtshof, 13 december 1994, Motores/Hody, *jur.*, 1994, p. 56 ('arrest QUICK'); *J.T.*, 1995, p. 294, noot A. Braun. Voor een omstandige bespreking van de relevante rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof, zie Van Innis, *o.c.*, 1997, 108 e.v.; Zie ook Cass. 30 oktober 1995, *R.W.*, 1996-97, 63). *In casu* heeft het vormmerk dermate aan onderscheidend karakter verloren dat het zijn meest essentiële functie, namelijk het vermogen om de waar van de merkhouder te onderscheiden van de waar van andere ondernemingen (art. 1 B.M.W.) niet meer kan vervullen. Het Hof heeft het over een marktsituatie, waarin het publiek niet (langer) in staat is de hartvormige gisttabletten te herkennen als afkomstig van één bepaalde onderneming (Cohen Jehoram, H., «Kroniek van het recht van de intellectuele eigendom», *N.J.B.*, 1998, (531), 536).

9. Wij willen nog even stilstaan bij de gevolgen van het fluctuerend karakter dat het onderscheidend vermogen kenmerkt en waarbij merken aan onderscheidende kracht kunnen winnen – en sterker worden (Benelux-Gerechtshof, 9 februari 1977, Centrafarm/Beecham, *B.M.M. Bull.* 1977, 73; *Ing. Cons.*, 1977, 64; Benelux-Gerechtshof, 9 maart 1977, ADG/Leefrink, *Jur.*, 1975-79, 48; Benelux-Gerechtshof, 19 januari 1981, Ferrero/Ritter, *Jur.*, 1980-81, p. 69) – maar ook aan kracht kunnen verliezen en zwakker worden. Het is de laatste hypothese die hier aan de orde is.

De vraag die we ons stellen is of het verlies aan onderscheidend vermogen zodanig kan zijn dat het *de facto* tot eenzelfde resultaat leidt als een verval van het merkrecht. De gronden tot verval zijn in de BMW evenwel limitatief opgesomd, zoals het Hof in rechtsoverweging 16 bevestigt. En er werd reeds vastgesteld dat de wettelijke gronden tot verval hier niet kunnen worden ingeroepen, zodat *de iure* geen sprake van verval kan zijn. We kunnen enkel spreken van een merkrecht dat, ten gevolge van het verlies aan onderscheidend vermogen, zodanig verzwakt is dat de bijbehorende beschermingsomvang tot nihil is herleid. Het recht is verworpen tot een lege doos.

Bij ons weten is het de eerste maal dat het Benelux-Gerechtshof tot die drastische conclusie komt. Dit Hof heeft steeds tot behoedzaamheid aangespoord in zoverre het de aanvaarding van een verwording tot soortnaam betreft (Juicy Fruit - arrest, *supra*). Anderzijds lijkt het logisch dat, als men aanvaardt dat een teken door 'inburgering' onderscheidend vermogen kan verwerven dat het oorspronkelijk niet had, ook het omgekeerde moet worden aanvaard en men moet (kunnen) aannemen dat een merk het onderscheidend vermogen, dat het oorspronkelijk had, nadien verliest (het Benelux-Gerechtshof heeft dit overigens ook zelf vastgesteld in het 'Juicy Fruit' arrest, *supra*).

10. Vanuit technisch-juridisch oogpunt zou het ons juist toeschijnen indien op de feitelijke situatie, voorwerp van de besproken zaak, art. 5.2.b. kon worden toegepast. Uiteraard moet daartoe het toepassingsgebied van deze wetsbepaling worden uitgebreid tot alle merken (en niet alleen tot woordmerken). Uit de bewoordingen van het besproken Beaphar-arrest valt af te leiden dat een dergelijke uitbreiding moeilijk via een extensieve interpretatie te verwezenlijken valt (zie ook de schriftelijke conclusie van advocaat-generaal Mok, punt 5.1.). We moeten dus verhopen dat, bij een volgende herzieningsronde van de B.M.W. de Beneluxwetgever aan dit probleem aandacht schenkt. In die hypothese zullen de gedragingen van de merkhouder (toedoen

of nalaten) wel relevant zijn om tot verval te kunnen besluiten. In de besproken zaak kan worden geoordeeld dat 'door het toedoen' van Beaphar, meer bepaald waar ze toestaat dat andere marktdeelnemers eigen waren op de markt brengen met gebruikmaking van dezelfde vorm, maar onder eigen woord- en beeldmerken, het vormmerk zijn onderscheidend vermogen is gaan verliezen.

Men kan nog opwerpen dat verval veel ingrijpender is dan een verlies aan onderscheidende kracht. Die kracht zou immers, gelet op het niet constant karakter van het onderscheidend vermogen, opnieuw kunnen toenemen. Dit argument is juist, maar neemt niet weg dat daarmee een verschillende behandeling geldt voor woordmerken ten opzichte van andere merken. Waarop steunt overigens die discriminatie tussen woord- en andere merken in artikel 5.2.b. (nieuw) BMW?

*Dr. Marie-Christine Janssens
Centrum voor Intellectuele Rechten (K.U.Leuven)*

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 5 SEPTEMBER 1996

Voorzitter-rapporteur: de h. Charlier
Openbaar ministerie: de h. Piret
Advocaten: mrs. Bützler en T'Kint

Echtscheiding – Onderhoudsbijdrage tussen echtgenoten – Inkomsten – Lasten – Onderhoud van buiten het huwelijk geboren kinderen – Behoeften van wettig gezin

De beslissing dat de onderhoudsplichtige de kosten voor het onderhoud van buiten het huwelijk geboren kinderen niet tot zijn lasten kan rekenen, aangezien de behoeften van het wettig gezin primeren, schendt de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., 213 B.W. en 1280 Ger.W.

B. t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 november 1995 gegeven door het Hof van Beroep te Brussel;

(...)

Overwegende dat de onderhoudsbijdrage die tijdens een echtscheidingsgeding door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg op grond van art. 1280 Ger.W. aan een echtgenoot wordt toegekend, een uitvoeringswijze is van de plicht van hulpverlening die krachtens art. 213 B.W. aan ieder van de echtgenoten wordt opgelegd;

Overwegende dat het bedrag van die onderhoudsbijdrage moet worden vastgesteld met inachtneming van de behoeften en de inkomsten van ieder van de echtgenoten;

Overwegende dat eiser, onder de van zijn inkomsten af te trekken lasten, het onderhoud en de opvoeding vermeldde van twee uit zijn relatie met mevrouw V... geboren kinderen die hij erkend had;

Dat het arrest, nu het beslist dat eiser de kosten voor het onderhoud van die kinderen niet tot zijn lasten kon rekenen, «aangezien de behoeften van zijn wettig gezin primeren», de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., 213 B.W. en 1280 Ger.W. schendt;

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 24 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Marchal
Rapporteur: de h. Verougstraete
Openbaar ministerie: mevr. de Raeve
Advocaten: mrs. Simont en Verbist

Internationaal privaatrecht – Arbeidsovereenkomst – Wet van 14 juli 1987 – Overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter

Het feit dat een arbeidsovereenkomst aanknopingspunten bevat met de rechtssystemen van verschillende landen heeft niet tot noodzakelijk gevolg dat ze niet onderworpen is aan het Belgische recht, met inbegrip van de bepalingen die de autonomie van de partijen beperken in verband met de keuze van de bevoegde rechter.

De wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, bepaalt niet welke wet toepasselijk is op de overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter. Art. 3 van deze wet houdt dan ook geen verband met de mogelijkheid voor de partijen om te bepalen welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van hun geschillen.

L. t/ B. N.V.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 september 1995 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel, gesteld als volgt:

(...)

doordat het bestreden arrest de Arbeidsrechtbank te Antwerpen onbevoegd verklaarde om kennis te nemen van het arbeidsgeschil met internationale dimensies dat door eiser bij deze rechtbank aanhangig was gemaakt, op volgende gronden: «4.10 De arbeidsrechtbank te Antwerpen was, gelet op het bepaalde in artikel 3 van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gemeenschappelijke verklaringen, opgesteld te Rome op 17 juni 1980 – dat de partijen in een (internationale) arbeidsovereenkomst toestaat zelf te bepalen niet alleen welk recht de arbeidsovereenkomst zal beheersen maar ook welke rechter bevoegd is bij conflicten – niet de bevoegde rechter om kennis te nemen van het geschil, aangezien de partijen op 10 februari 1989 overeenkwamen dat – aldus de overeenkomst (art. 12) ‘seuls les tribunaux de Kinshasa seront compétents pour connaître des litiges de l’exécution du présent contrat’ (vertaald: ‘alleen de rechtbanken van Kinshasa zullen bevoegd zijn om kennis te nemen van de betwistingen die uit de uitvoering van onderhavig contract voortspuiten’), en de overeenkomst tussen de partijen een overeenkomst was waaruit verbintenissen ontstonden waarop artikel 3 van toepassing was (...)

terwijl, eerste onderdeel, het bestreden arrest de toelaatbaarheid van de in de overeenkomst van 10 februari 1989 opgenomen bevoegdheidsclausule getoetst heeft aan de bepaling van art. 3 van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gemeenschappelijke verklaringen, opgesteld te

Rome op 19 juni 1980; art. 3, meer bepaald het derde lid, van de wet van 14 juli 1987 bepaalt dat wanneer op het ogenblik van de rechtskeuze, al dan niet gepaard gaande met de aanwijzing van een buitenlandse rechter, alle overige elementen van het geval wijzen op de toepasselijkheid van het recht van een ander land, de bepalingen waarvan volgens het recht van dit land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, de zgn. «dwingende» bepalingen, toch toepasselijk zijn; een volledig identieke bepaling opgenomen werd in het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980 (art. 3, derde lid); voormelde bepalingen niet de toelaatbaarheid als zodanig van de internationale bevoegdheidsclausules regelen; de clausules tot aanwijzing van de bevoegde rechter integendeel uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van de wet van 14 juli 1987 en het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, opgemaakt te Rome 19 juni 1980, gesloten zijn (art. 2, §2, lit. d, wet van 14 juli 1987 en art. 2, lit. d, Verdrag); het bestreden arrest derhalve de toelaatbaarheid van de litigieuze clausule ten onrechte getoetst heeft aan de bepaling van art. 3 van de wet van 14 juli 1987; zodat, de beslissing dat de rechtsmachtclausule in de arbeidsovereenkomst van 10 februari 1989 toelaatbaar is, niet wettelijk verantwoord is (schending van de artikelen 1, 2, §2, lit. d., 3, in het bijzonder §3 van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, 1, 2, lit. d, 3, meer bepaald 3°, 6, van genoemd Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst); (...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Over de grond van niet-ontvankelijkheid: het onderdeel vertoont geen belang, nu het dictum naar recht verantwoord blijft, omdat het recht van de partijen om de rechtbanken van Kinshasa als de bevoegde rechter aan te wijzen, bij ontstentenis van andersluidende wetsbepalingen voortvloeit uit het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie der procespartijen, welke rechtsgrond ambtshalve door het Hof kan worden ingevuld:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het geschil een arbeidsovereenkomst betreft die gesloten werd tussen een vennootschap naar Belgisch recht, werkgever wiens zetel in België gevestigd is, en een Belgische werknemer die in België woont, welke overeenkomst in Zaïre moest worden uitgevoerd tegen een loon in Zaïrese en in Belgische munt, en aansluiting meebrengt bij de Belgische overzeesesociale zekerheid; dat het arrest vaststelt dat in die arbeidsovereenkomst bedongen werd dat de rechtbanken van Kinshasa uitsluitend bevoegd zouden zijn, om kennis te nemen van de geschillen met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst;

Dat het arrest oordeelt dat de overeenkomst aanknopingspunten bevat met de rechtssystemen van verschillende landen, namelijk België en Zaïre;

Dat die gegevens niet tot noodzakelijk gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst gesloten tussen de partijen niet onderworpen is aan het Belgische recht, met inbegrip van de bepalingen die de autonomie van de partijen beperken in verband met de keuze van de bevoegde rechter;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen;

Wat het onderdeel zelf betreft:

Overwegende dat het arrest beslist dat het beding waarbij uitsluitend bevoegdheid wordt verleend aan de rechtbanken van Kinshasa geldig is, op grond dat «het bepaalde in art. 3 van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gezamenlijke verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, dat de partijen in een internationale arbeidsovereenkomst toestaat zelf te bepalen, niet alleen welk recht de arbeidsovereenkomst zal beheersen, maar ook welke rechter bevoegd is bij conflicten»;

Overwegende dat de voormelde wet van 14 juli 1987, krachtens haar art. 2, §2, d), niet bepaalt welke wet toepasselijk is op de overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter, en mitsdien art. 3 van de wet geen verband houdt met de mogelijkheid voor de partijen te bepalen welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van hun geschillen;

Dat het arrest de beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel gegrond is;

NOOT – *Het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) en bedingen van forumkeuze in arbeidsovereenkomsten*

1. In bovenstaand arrest spreekt het Hof van Cassatie zich voor de eerste maal uit over de interpretatie van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980 (*B.S.*, 9 oktober 1987; «EVO»). Deze wet heeft het EVO niet enkel goedgekeurd, maar heeft de bepalingen ervan reeds vervroegd, namelijk vanaf 1 januari 1988, in België in werking doen treden. Het EVO zelf is voor ons land in werking getreden op 1 april 1991. Dit betekent dat de contracten gesloten tussen 1 januari 1988 en 1 april 1991 onderworpen zijn aan de wet van 14 juli 1987; het EVO als zodanig is slechts van toepassing op overeenkomsten gesloten vanaf 1 april 1991. Beide teksten bevatten dezelfde verwijzingsregels. Toch is de temporele afbakening tussen beide stelsels belangrijk: bij de interpretatie en toepassing van het EVO moet namelijk rekening worden gehouden met het internationale karakter ervan en de wenselijkheid om eenheid te bereiken in de wijze van interpretatie en toepassing (art. 18). Wat het aan het Hof van Cassatie voorgelegde probleem betreft, bestaat er voorts geen verschil tussen de wet van 14 juli 1987 en het EVO. Het arrest is dus ook belangrijk voor de toepassing van het Verdrag zelf.

2. Het bestreden arrest van het Arbeidshof te Antwerpen had de Arbeidsrechtbank te Antwerpen onbevoegd verklaard om kennis te nemen van een internationaal arbeidsgeschil, en dit op grond van een beding in de arbeidsovereenkomst die in 1989 was gesloten en waarin bevoegdheid werd toegekend aan de rechtbanken van Kinshasa om kennis te nemen van de betwistingen m.b.t. de uitvoering van het contract. Het Arbeidshof beoordeelde de toelaatbaarheid van dit beding van forumkeuze aan de hand van art. 3 van de wet van 14 juli 1987. Hoewel art. 3, derde lid, de contractuele aanwijzing van een rechter vermeldt, bevat deze bepaling geen regeling van de geldigheid van een dergelijk beding van forumkeuze. Zoals het Hof van Cassatie terecht opmerkt, sluit de wet van 14 juli 1987 de «overeenkomsten...

tot aanwijzing van een bevoegde rechter» immers uitdrukkelijk uit haar toepassingsgebied (art. 2, 2° d; dezelfde bepaling is opgenomen in art. 1, 2° d, EVO). Wegens deze beperking van het materiële toepassingsgebied kan het Hof van Cassatie terecht besluiten dat, in tegenstelling tot wat het Arbeidshof had beslist, art. 3 van de wet geen verband houdt met de mogelijkheid voor de partijen te bepalen welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van hun geschillen. In de lagere rechtspraak was eerder al in dezelfde zin uitspraak gedaan (Voorz. Arbrb. Luik, 6 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 953, noot Martin, D.).

3. Aangezien het in deze zaak ter discussie staande beding van forumkeuze bevoegdheid toekende aan de rechtbanken van Kinshasa, en niet aan de rechtbanken van een lidstaat bij het EEX-verdrag van 27 september 1968, werd het niet beheerst door art. 17 van dat verdrag. De Belgische rechter diende bijgevolg de toelaatbaarheid en geldigheid ervan te bepalen aan de hand van het Belgische procesrecht enerzijds en het gemeenrechtelijke internationaal contractenrecht anderzijds.

4. Wat dit laatste betreft, moet ook worden gelet op de overwegingen die het Hof van Cassatie aanvoert ter verwerping van het middel van niet-ontvankelijkheid. Het zijn immers vooral deze intrigerende overwegingen die aan het arrest een bijzondere waarde lijken te geven.

In het middel van niet-ontvankelijkheid werd gesteld dat het betrokken onderdeel van het cassatiemiddel geen belang vertoonde, aangezien het dictum in elk geval verantwoord bleef op grond van het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie der procespartijen om de bevoegde rechter aan te wijzen. Het Hof van Cassatie verwerpt dit argument, op grond van de overweging dat het feit dat de overeenkomst aanknopingspunten met verschillende rechtssystemen bevat, niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst niet onderworpen zou zijn aan het Belgische recht, met inbegrip van de bepalingen die de autonomie van de partijen beperken in verband met de keuze van de bevoegde rechter.

Voorbeelden van dergelijke bepalingen zijn, in het arbeidsrecht, de artikelen 627, 9°, en 630, eerste lid, Ger.W. Zoals bekend, blijft het eerste artikel aanleiding geven tot verschillende interpretaties: al naargelang het doel dat men aan de bevoegdheidsregel toekent (nl. procesordening of bescherming van de werknemer), wordt de exploitatiezetel van de werkgever of de plaats van tewerkstelling van de werknemer als bevoegdheidscriterium gehanteerd (cf. Laenens, J., «Bevoegdheid van de arbeidsrechtbank» in Van Limberghen, G. (red.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 141-143). Art. 630, eerste lid, Ger.W. staat slechts afwijkende bedingen van forumkeuze toe die dateren van na het ontstaan van het geschil.

In deze bepalingen worden traditioneel louter interne bevoegdheidsregels gelezen (Rigaux, F. en Fallon, M., *Droit international privé, Tome II, Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, 549 en 595). Ze strekken zich niet uit de regeling van de internationale bevoegdheid (ook rechtsmacht genoemd) van de Belgische rechtbanken. Uit het geannoteerde cassatiearrest kan echter worden afgeleid dat de genoemde bepalingen toch via de conflictenrechtelijke aanwijzing van Belgisch recht tot toepassing zouden kunnen komen en zodoende wél van toepassing kunnen zijn op een internationaal geschil.

5. Het Hof van Cassatie overweegt namelijk dat de internationale arbeidsovereenkomst mogelijk wordt beheerst door Belgisch recht, met inbegrip van de bepalingen die de vrije forumkeuze beperken. Belangrijk hierbij is dat die laatste bepalingen volgens het Hof dus deel kunnen uitmaken van het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst; het Hof van Cassatie rept niet over hun toepassing als onderdeel van de *lex fori* die steeds procesrecht en bevoegdheid beheerst.

Dat Belgisch recht moet worden toegepast bij de beoordeling van de geldigheid van een beding tot derogatie van bevoegdheid, is niet meer dan logisch. Traditioneel wordt immers gesteld dat de contractuele geldigheid van dergelijke bedingen moet worden beoordeeld aan de hand van de *lex contractus*, terwijl hun procesrechtelijke geldigheid moet worden beoordeeld aan de hand van de *lex fori derogati* (het recht van het uitgesloten forum, *in casu* het Belgische recht) en de *lex fori prorogati* (het recht van het aangewezen forum) (van Hecke, m.m.v. G., Lenaerts K., *Internationaal privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 37; Van Houtte, H., «Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding», *T.B.H.*, 1989, 566).

Wanneer, zoals *in casu* het geval was, aan de Belgische rechter een geschil wordt voorgelegd in weerwil van een beding van forumkeuze ten voordele van buitenlandse rechtbanken, zal die Belgische rechter de Belgische rechtsmachtsregels moeten toepassen om te beoordelen of die onttrekking van rechtsmacht aan de Belgische rechtbanken geoorloofd is. Dit is logisch, omdat uitsluitend het Belgische recht de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken kan afbakenen (cf. Heyvaert, A., *Belgisch Internationaal Privaatrecht – Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 45-46). Aangezien artt. 627, 9°, en 630, eerste lid, Ger.W. als louter interne bevoegdheidsregels worden geïnterpreteerd die zich niet uitstrekken tot internationale geschillen, bestaan er in het Belgische gemene recht betreffende internationale bevoegdheid als zodanig geen bepalingen die de opname van een dergelijk beding van forumkeuze in een arbeidsovereenkomst verbieden (De Ceuster, J., «Het arbeidsrechtelijk statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België», in Rigaux, M. (red.), *Actuele problemen van arbeidsrecht 2*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 337).

Een dergelijk verbod zou volgens het besproken arrest nu echter wél kunnen resulteren uit de toepassing van Belgisch recht op de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat het Hof van Cassatie aan de artikelen 627, 9°, en 630, eerste lid, Ger.W. – toch voorbeelden van «bepalingen die de autonomie van de partijen beperken in verband met de keuze van de bevoegde rechter» – een rol toekent als onderdeel van het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Als de arbeidsovereenkomst onderworpen is aan Belgisch recht, blijkt dit recht dus ook de artikelen 627, 9°, en 630 Ger.W. te (kunnen) bevatten. Dit betekent dat bedingen van forumkeuze ten voordele van buitenlandse rechters niet in alle arbeidsovereenkomsten mogen worden opgenomen.

6. In de doctrine werd al langer gepleit voor een dergelijke interpretatie, die trouwens reeds meermaals in de lagere rechtspraak tot uiting kwam. Verschillende auteurs benadrukten terecht dat de redenen die de verplichte toepassing van politiewetgeving en voorrangsregels op arbeidsovereenkomsten die sterk met de Belgische rechtsorde zijn verbonden (het principiële criterium hiervoor is dat de arbeid

gewoonlijk in België wordt uitgevoerd, cf. art. 6, 1°, EVO en Cass., 4 december 1989, *R.W.*, 1989-90, 988) rechtvaardigen, logischerwijze ook verplichten tot een strenge houding t.a.v. bedingen van forumkeuze ten voordele van buitenlandse rechters. De onmogelijkheid om door het opnemen van een beding van rechtskeuze te ontsnappen aan de Belgische beschermingsbepalingen, vindt namelijk een noodzakelijk verlengstuk in de onmogelijkheid om die Belgische bepalingen op onrechtstreekse wijze te ontwijken door het verlenen van bevoegdheid aan buitenlandse rechters (cf. Born, H. en Fallon, M., «Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)», *J.T.*, 1987, 482; Erauw, J., «Internationaal privaatrechtsrecht» in *Aanwerven - Tewerkstellen - Ontslaan*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, losbl., nr. 130; Rigaux, F. en Fallon, M., o.c., 550 en 596).

Aldus wordt ook duidelijk - en deze interpretatie is zeker niet onverenigbaar met de tekst van het besproken arrest - dat de toepasselijkheid van Belgisch recht niet *steeds* de toepassing van artt. 627,9° en 630 Ger.W. impliceert. Aan die procedurele bescherming bestaat weinig behoefte wanneer Belgisch recht door rechtskeuze van toepassing is op een arbeidscontract dat voorts weinig banden met onze rechtsorde heeft. Dit wordt anders wanneer het arbeidscontract zo nauw met de Belgische rechtsorde is verbonden dat de toepassing van de Belgische politiewetgeving en voorrangsregels gerechtvaardigd is bij het principiële criterium van de uitvoering van de arbeid in België).

In het verdragsrecht is deze behoefte aan bescherming van de werknemer m.b.t. bedingen van forumkeuze reeds tot uiting gekomen in art. 17, *in fine*, van het EEX-verdrag, versie San Sebastian. Het Hof van Cassatie lijkt nu een gelijksoortige benadering voor te staan voor de gemeenrechtelijke rechtsmachtsafbakening. Daarbij moge meteen worden opgemerkt dat, gelet op de beleidsopties van het huidige conflictenrecht inzake arbeidsovereenkomsten, een dergelijke benadering slechts zin heeft als men in art. 627, 9°, Ger.W. een regel leest ter bescherming van de werknemer.

7. Uit het voorgaande blijkt een grote aandacht voor de sterke verwevenheid tussen conflictenrecht en rechtsmachtsafbakening. Het streven naar het voorkomen van een uitholling van het Belgische conflictenrecht d.m.v. een handig gebruik van de rechtsmachtsregels, is allerm minst nieuw. Zeker wanneer de toepassing van Belgische voorrangsregels en politiewetgeving in het geding is, wordt vaak en op diverse wijzen getracht de toepassing ervan te verzekeren d.m.v. een ingreep op de rechtsmachtsafbakening (cf. Meeusen, J., *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht - Analyse van het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 352 e.v.). Ook het Hof van Cassatie blijkt aandacht te hebben voor die wisselwerking tussen bevoegdheid en bepaling van het toepasselijke recht. Met het oog op de coherentie van het Belgische I.P.R., is het eveneens belangrijk om vast te stellen dat het geannoteerde arrest de gemeenrechtelijke rechtsmachtsregels doet aansluiten bij de verworvenheden van de verdragsrechtelijke rechtsmachtsregels (met name het EEX-verdrag).

Johan Meeusen
Postdoctoraal Onderzoeker F.W.O.
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 9 DECEMBER 1997

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Bewijs – In strafzaken – Onrechtmatig verkregen bewijs

1. *De rechter vermag niet een misdrijf bewezen te verklaren, wanneer het daartoe aangevoerde bewijs, hetzij door de overheid die met de opsporing, de vaststelling of de vervolging ervan is belast, hetzij door de aangever van dat misdrijf door een strafbaar feit of op een andere wijze onrechtmatig is verkregen.*

2. *Aan de rechtmatige verkrijging van het bewijs, waarvan de aangever bij toeval in het bezit kwam, zonder zelf hiertoe een misdrijf of een andere onrechtmatigheid te hebben gepleegd, wordt geen afbreuk gedaan noch doordat hij dit bewijs niet onmiddellijk aan de gerechtelijke overheid overhandigt, maar niet bedrieglijk verbergt, noch doordat hij zonder wettelijke machtiging van dit bewijs gebruik maakt of laat maken.*

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel t/ S.
e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 september 1997 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat uit de in het middel vermelde consideransen van het bestreden arrest blijkt dat de appèlrechters aannemen dat de klager bij toeval in het bezit kwam van bepaalde documenten; dat ze na deze vaststelling consideren dat, enerzijds, hij deze stukken bedrieglijk verborg en aan derden overhandigde, anderzijds, een toevallig bezit een onregelmatig gebruik, inzonderheid «voor een doel waartoe hij in persoon niet wettelijk gemachtigd was», niet rechtvaardigt;

Overwegende dat de rechter niet vermag een misdrijf bewezen te verklaren, wanneer het daartoe aangevoerde bewijs, hetzij door de overheid die met de opsporing, de vaststelling of de vervolging ervan is belast, hetzij door de aangever van dat misdrijf door een strafbaar feit of op een andere wijze onrechtmatig is verkregen;

Dat aan de rechtmatige verkrijging van het bewijs, waarvan de aangever bij toeval in het bezit kwam, zonder zelf hiertoe een misdrijf of een andere onrechtmatigheid te hebben gepleegd, geen afbreuk wordt gedaan, noch doordat hij dit bewijs niet onmiddellijk aan de gerechtelijke overheid overhandigt maar bedrieglijk verbergt, noch doordat hij zonder wettelijke machtiging van dit bewijs gebruik maakt of laat maken;

Dat de appèlrechters door hun motivering de bewijsregels in strafzaken miskennen en de beslissing niet naar recht verantwoorden;

...

NOOT – Zie ook: Cass., 17 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 464, met noot L. Huybrechts; Cass., 17 april 1991, *R.D.P.*, 1992, 94, met noot C. De Valkeneer; Cass., 4 januari 1994, *R.W.*, 1994-95, 185 met conclusies van de advocaat-generaal J. du Jardin en met noot van F. D'Hont.

HOF VAN BEROEP TE GENT

13e KAMER – 15 NOVEMBER 1995

Voorzitter: de h. Gallet

Advocaten: mrs. Heerman, Moors, Moentjens, Dupont en De Luyck

Geneeskunde – Arts – Aansprakelijkheid – Bejaarde rolstoelpatiënte bij een consultatie niet bijstaan bij het verlaten van de rolstoel

Een arts begaat een fout wanneer hij een bejaarde patiënte, die in een rolstoel tot bij hem was gebracht om door hem te worden onderzocht of ze geen evenwichtsstoornissen had, niet bijstaat wanneer zij op zijn verzoek de rolstoel verlaat om plaats te nemen op de pendelstoel en er evenmin over waakt dat zij daarbij door een verpleegkundige wordt geholpen.

O.C.M.W. Oudenaarde t/ Vanden B., L.C.M. en S.

Inzake A.R. 50.569:

Bij verzoekschrift ter griffie van het Hof neergelegd op 27 juli 1993 heeft het O.C.M.W. Oudenaarde hoger beroep ingesteld tegen het vonnis op 22 juni 1993 uitgesproken door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde, achtste kamer.

Inzake A.R. 50.975:

Bij verzoekschrift ter griffie van het Hof neergelegd op 27 september 1993 heeft S. Jean-Marie eveneens hoger beroep ingesteld tegen hetzelfde vonnis.

Er wordt geen betekening van dit vonnis voorgelegd. De hoger beroepen zijn tijdig en regelmatig.

Daar de beide hoger beroepen betrekking hebben op hetzelfde vonnis en dezelfde betwisting, vergt een goede rechtsbedeling de samenvoeging van de zaken om erover te beslissen in een enkel arrest.

Bij dagvaarding van 25 september 1989 vorderde Vanden B. Adriana, geboren op 5 oktober 1908, van het O.C.M.W. Oudenaarde en Dr. S. vergoeding voor schade geleden door het feit dat zij op 13 oktober 1988 ten val kwam ter gelegenheid van een consultatie in het kabinet van Dr. S. in het ziekenhuis van het O.C.M.W. Zij vorderde een provisie en de aanstelling van een geneesheer-deskundige.

Bij dagvaarding van 29 juni 1990 vorderde ook de L.C.M., ziekteverzekeraar van Vanden B. terugbetaling van de gedane uitgaven. Bij verzoekschrift van 13 juni 1991 kwam Vanden B. Adriana vrijwillig tussen in dit geding.

Zowel het O.C.M.W. als Dr. S. hebben de aansprakelijkheid betwist.

De eerste rechter voegde de vorderingen van Vanden B. en van de L.C.M. samen en veroordeelde het O.C.M.W. en Dr. S. «solidair, minstens in solidum, de ene bij gebreke van de andere» tot betaling van een provisie van 100.000 fr. aan Vanden B. Adriana en een provisie van 200.000 fr. aan de L.C.M.

Zowel het O.C.M.W. (A.R. 50.569) als Dr. S. (A.R. 50.975) stelden hoger beroep in tegen dit vonnis. Zij stellen in hoofdorde dat de oorspronkelijke eisers falen in de op hen rustende bewijslast, omdat zij geen fout bewijzen.

Beoordeling:

In de dagvaarding werd door Vanden B. gesteld dat zij in behandeling was bij Dr. O. en dat zij op diens aanwijzen een evenwichtstest diende te ondergaan bij Dr. S. (neus-, keel- en oorarts), dat zij in een rolstoel tot aan de wachtkamer van deze laatste geneesheer werd gebracht en dat zij zich dan op eigen kracht tot aan de pendelstoel diende te begeven, waar bij zij ten val kwam en een heupbreuk opliep. Het ziekenhuis werd aansprakelijk geacht omdat niet werd gezorgd voor een begeleiding en Dr. S. omdat hij, als specialist in evenwichtsstoornissen, de val niet had voorzien en deze niet had voorkomen.

De L.C.M. stelde in de dagvaarding dat Vanden B. zich naar de dienst van Dr. S. diende te begeven, dat zij – na haar beurt te hebben afgewacht in de wachtzaal, waar de verlichting zeer slecht was – aldaar werd afgehaald door Dr. S. en een verpleegster, dat deze haar niet goed vasthielden waardoor zij struikelde en met de zijde tegen een traprede viel.

De niet-ondertekende noch gedagtekende ongevalsangifte die de L.C.M. voorlegt, vermeldt als omstandigheden van het ongeval: «gerechtigde zat haar beurt af te wachten in de wachtzaal, waar de verlichting defect was (slachtoffer verbleef reeds in ziekenhuis en moest naar die afdeling voor een bijkomend onderzoek). De verpleegster die haar in gezelschap van Dr. S. kwam halen had haar niet goed vast (ten gevolge van de duisternis?), waardoor gerechtigde struikelde en op haar zijde tegen de traprede viel waardoor zij haar heup brak».

De aangifte gedaan bij de N.V. De S., verzekeraar familiale aansprakelijkheid van het slachtoffer, is gelijkkluidend.

Bij brief van 17 oktober 1988 heeft het O.C.M.W. bij zijn verzekeraar aangifte gedaan van de feiten. In deze aangifte werden de feiten beschreven als volgt: «In de loop van de voormiddag diende betrokken patiënte een onderzoek te ondergaan bij Dr. S., specialist ORL. Zij begaf zich met Dr. S. naar de pendelstoel voor nystagmografie. Bij het opstapen om plaats te nemen op de zitting, bleef ze met één voet onder het trapje haperen en struikelde. Dr. S. heeft tevergeefs gepoogd de val te voorkomen.»

Dr. S. schreef aan zijn verzekeraar dat Vanden B. een medisch onderzoek diende te ondergaan en dat hij haar verzocht plaats te nemen op een onderzoekzetel, dat zij door een verkeerde beweging of door onachtzaamheid struikelde over de voetsteun van de zetel en ten val kwam. Hij onderstreept dat het ongeval toevallig gebeurde en dat er geen sprake was van slechte verlichting of van een defect van de toestellen.

In een brief van het Oostvlaams verzekeringskantoor (blijkbaar optredend voor Vanden B.) aan de N.V. De S. wordt verwezen naar de slechte verlichting en wordt gesteld «was het niet de taak van de verpleegster (religieuze) die het slachtoffer als begeleidster vergezelde, ervoor te zorgen dat deze laatste niet ten val kwam, zelfs indien wij aannemen dat getroffen tegen de poot van het evenwichtstoestel botste en daardoor struikelde en viel? Moest men niet dubbel voorzichtig zijn met personen die mogelijke evenwichtsstoornissen vertoonden en deze stevig vasthouden, zodat ze niet konden vallen?».

De N.V. R. B., verzekeraar van het O.C.M.W., liet – op 14 december 1988 aan de N.V. De S. en op 4 januari 1989 aan de L.C.M. – weten dat zij meende dat haar verzekerde niet

aansprakelijk was, omdat Dr. S. niet werd bijgestaan door een verpleegster en dat hij niet in dienstverband werkte voor het ziekenhuis en alleen de gebruikte ruimten en toestellen huurt.

'De M.', verzekeraar van Dr. S., liet op 13 april 1989 aan de N.V. De S. weten dat zij niet kon tussenkomen, omdat het niet gaat om «schade die rechtstreeks voortvloeit uit de uitoefening van zijn beroep».

Ingevolge de afwijzing van verantwoordelijkheid door zowel het O.C.M.W. als door Dr. S., werd Vanden B. door de L.C.M. uitgenodigd een nauwgezette verklaring te geven van de feiten.

In het antwoord van 18 december 1989 schrijft een kind van mevrouw Vanden B. (brief echter wel ondertekend door deze laatste zelf) dat zowel zijn/haar moeder als Dr. S. zelf bevestigen dat zij begeleid werd door een verpleegster (een religieuze), dat dit ook normaal was, aangezien zij opgenomen was voor evenwichtsstoornissen en dat het lokaal slecht verlicht was. Om deze redenen acht hij/zij het ziekenhuis aansprakelijk. Ook wordt in deze brief vermeld dat uit de verklaring van Dr. S. blijkt dat een verpleegster aanwezig was. Deze bewering is echter in strijd met wat Dr. S. zelf vermeldde in zijn aangifte: daarin is immers geen sprake van de aanwezigheid van een verpleegster.

Om te oordelen omtrent de feiten, kan derhalve enkel gesteund worden op de verklaring van Dr. S. en de – via tussenpersonen afgelegde – verklaringen van mevrouw Vanden B. De verklaringen van deze dame zijn niet eensluidend: dit is verklaarbaar enerzijds door de omstandigheden dat het geen rechtstreekse verklaringen betreft en anderzijds door de omstandigheden dat deze dame (op gevorderde leeftijd) zeker hevige pijnen doorstond, zodat de herinnering aan de juiste omstandigheden vervaagd en onnauwkeurig is. Om deze redenen meent het Hof dat de verklaring van Dr. S. geloofwaardig is en als juist dient aanvaard te worden.

Het wordt niet betwist dat Dr. S. niet in dienst is van het O.C.M.W., zodat deze instelling slechts aansprakelijk kan worden gesteld wanneer hetzij een fout werd begaan door haar personeel (verpleegster) hetzij de instelling bijstand van een verpleegster diende te voorzien en dit heeft verzuimd, hetzij het ongeval zou te wijten zijn aan slechte verlichting of dat het zou veroorzaakt zijn door de toestellen die Dr. S. huurt.

Dat de verlichting slecht was, wordt ontkend, door Dr. S. en het is ook weinig waarschijnlijk dat de verlichting onvoldoende is in een consultatiekabinet van een geneesheer. Ook heeft Dr. S. uitdrukkelijk vermeld dat de toestellen niet gebrekkig waren.

Uit de verklaring van Dr. S. blijkt niet dat een verpleegster aanwezig was op het ogenblik van de feiten. En er is ook niet bewezen dat om enige reden een verpleegster diende aanwezig te zijn bij het onderzoek dat door Dr. S. werd uitgevoerd. Er is dan ook geen fout van het O.C.M.W. bewezen.

Voorts blijkt uit de verklaring van Dr. S. dat hij mevrouw Vanden B. heeft uitgenodigd plaats te nemen in de pendelstoel en dat hij haar daarbij niet heeft geholpen. Gelet op de gevorderde leeftijd van de patiënte (80 jaar), het feit dat ze in een rolstoel tot bij hem was gebracht en het feit dat het door hem te verrichten onderzoek precies diende om na te gaan of de patiënte geen evenwichtsstoornissen had, heeft deze arts een fout begaan door de patiënte niet bij te staan

(of erover te waken dat zij geholpen werd door een verpleegster) of minstens in haar onmiddellijke nabijheid te blijven om haar desnoods te kunnen opvangen, wanneer zij (op zijn vraag en dus niet uit eigen beweging) de rolstoel verliet om plaats te nemen op de pendelstoel: een normaal zorgvuldig arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou erover gewaakt hebben dat de patiënte niet ten val kon komen op de wijze zoals dit gebeurde. Deze fout staat in oorzakelijk verband met de schade. Op deze grond is Dr. S. aansprakelijk voor het ongeval.

Het bestreden vonnis moet dan ook in die zin worden hervormd.

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 20 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Van Craen

Raadsheren: de h. Michiels en mevr. Transaux

Advocaten: mrs. Jageneau, Leysen, Daerden loco Van Goethem, Noelmans en P. Janssen loco Ver Berne

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Eigenaar van dierentuin – Onvoldoende afstand tussen bezoekers en gevaarlijke dieren – Kind dat wordt gebeten

De eigenaar van een dierentuin dient er als professioneel voor te zorgen dat de bezoekers niet in lichamelijk contact kunnen komen met dieren die blijkbaar gevaarlijk zijn, zoals in casu chimpansees, en is dan ook, wegens het toebrengen van onvrijwillige slagen en verwondingen, strafrechtelijk en civielrechtelijk aansprakelijk als een kind door een van die dieren wordt gebeten.

O.M. en P.-M., D.-B. en L.V.O. t/ W.

Overwegende dat het aan de beklaagde als eigenaar en verantwoordelijke van de dierentuin toekwam er voor te zorgen dat er geen lichamelijk contact kan zijn tussen bezoekers en dieren die blijkbaar gevaarlijk zijn, *in casu* de chimpansees, zoals uit de voorliggende feiten blijkt;

Overwegende dat G. Jamaer, adjunct-commissaris van politie te Genk de meest precieze vaststellingen ter plaatse verrichtte en wel op 5 augustus 1992, daags na het tweede voorval;

dat uit haar proces-verbaal blijkt dat de veiligheidsafsluiting op dat ogenblik, zowel dus ten tijde van feit I als van feit II, een hoogte had van 107 cm en dat deze zich op een afstand van 105 cm van de metalen afsluiting van de apenkooien zelf bevond;

dat tevens blijkt dat deze afsluiting van de apenkooien bestond, hetzij uit een vierkantig rasterwerk met zijden van 7 cm, hetzij uit een verticaal traliwerk (alleszins de eerste vier van de twaalf kooien) bestaande uit rechtopstaande verticale staven (van ruim 1 cm dik), die 5 cm van elkaar verwijderd waren;

Overwegende dat het feit I zich voordeed ter hoogte van de vierde apenkooi, een kooi met verticaal traliwerk, bewoond door een chimpansee;

dat Benoit P. vanop de arm van zijn moeder, die achter de veiligheidsafsluiting stond, de aap nootjes en/of koekjes toewierp, zijnde voedsel dat door de ouders gekocht was aan de ingang van de zoo en er met dat doel verkocht werd, toen plotseling de aap zijn arm door de tralies stak, de hand van de kleuter greep, moeder en kind naar de tralies toetrok en in de hand van de kleuter beet;

Overwegende dat het feit II zich voordeed ter hoogte van de zevende kooi, een kooi met een vierkantig rasterwerk, en waarin twee chimpansees zaten;

dat door beklagde weliswaar, zij het op aanwijzing van anderen hem gegeven, de vierde kooi werd aangeduid als de plaats van het gebeuren, maar dat zulks onmogelijk is, omdat uit het onderzoek is gebleken dat in die vierde kooi slechts één aap zat, en terwijl ook vaststaat dat in de kooi waar het feit zich voordeed wel degelijk twee apen zaten, zoals dat blijkt uit de verklaringen van Ivo M. en getuige Geert S. en de vaststellingen/verklaring van G. Jamaer;

dat Ivo M. in zijn aanvankelijke verklaring niets vermeldde over een ontbrekend staafje in het rasterwerk, zodat er een grotere opening, nl. 7×14 cm was, maar dat het niet verwonderlijk is dat deze persoon ten gevolge van de emotie door het gebeuren daar geen acht op sloeg; dat hij 's anderendaags opnieuw (zij het met de pers) ter plaatse ging en alsdan het grotere gat (7×14 cm) wel vaststelde;

dat adjunct-commissaris G. Jamaer vaststelde dat, wanneer zij op 10 augustus 1992 een tweede maal ter plaatse ging, er recent laswerk was uitgevoerd aan deze zevende kooi, namelijk dat er een ontbrekend staafje terug werd tussengeplaatst;

dat Antonius D., onderhoudsman in dienst van beklagde, bevestigde dat hij het rasterwerk van de zevende kooi herstelde op 6 augustus 1992;

dat volgens verklaring van M., bevestigd door getuige S., de aap het kind Senne D., vastgehouden door zijn oom M. en op de veiligheidsafsluiting staande, toen het nootjes toereikte, plots bij de arm greep en tot tegen de kooi trok en het in de hand beet;

Overwegende dat de beklagde beweert dat hem geen fout, namelijk geen gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, kan verweten worden, maar dat de beide voorvallen louter te wijten zijn aan het roekeloze gedrag van de begeleiders van de minderjarige kinderen;

dat beklagde in conclusie beweert dat de kinderen door de moeder/oom over de afsluiting getild werden en dat ze zulks uitdrukkelijk verklaarden in de processen-verbaal;

Overwegende allereerst dat beklagde blijkt geeft van een slechte lezing van het strafdossier, omdat zulks nergens in de processen-verbaal verklaard is geworden;

dat de moeder van Benoit P. enkel verklaarde dat zij het kind in haar armen genomen heeft en dat de oom van Senne D. verklaarde dat hij de jongen op de afsluiting zette;

Overwegende dat, indien het gevaarlijk was om een kind op de afsluiting te zetten, het dan ook onverantwoord was dat deze afsluiting slechts een hoogte had van 105 cm, een hoogte die als het ware de begeleiders uitnodigde om kleine kinderen erop te tillen; dat beklagde trouwens zelf het onverantwoorde van een dergelijk lage afsluiting heeft ingezien door ze, zij het dan maar pas na het tweede voorval, te verhogen tot 130 cm;

Overwegende dat aan de onvoldoende hoogte van de afsluiting ten tijde van de feiten niet wordt geredigeerd door

ergens ten gronde, nauwelijks zichtbaar, en nog minder zichtbaar als er veel volk voor de afsluiting staat, één versleten bordje voor 12 kooien aan te brengen met de bewoordingen «hier oppassen – prenez garde ici»;

dat uit de bewoordingen van het bordje ook niet kan worden opgemaakt dat de apen dusdanig gevaarlijk zijn dat ze verwondingen toebrengen;

dat trouwens, indien ze gevaarlijk waren – wat inmiddels wel gebleken is – het totaal onvoldoende was er een bordje te zetten, met welke vermelding dan ook, maar dat het alsdan de beklagde, als professioneel bekend met de gevaren, toekwam ervoor te zorgen dat hoe dan ook niemand van het publiek in contact kon komen met de apen, desnoods met een afsluiting van manshoogte;

Overwegende dat de onvoldoende hoogte van de afsluiting overigens niet op zich te beoordelen is, maar in de context van het feit dat aan de ingang van de zoo speciaal voedsel verkocht wordt om de dieren te voederen, en dat bij de kwetsige apen geen enkel verbod tot voederen vermeld was;

dat met andere woorden het voederen van de dieren, inclusief de blijkbaar gevaarlijke apen, aangemoedigd werd;

Overwegende dat zowel uit het attest van dierenarts M. als uit de vaststellingen van adjunct-commissaris Jamaer van de politie Genk blijkt dat de apen hun armen tot 25 cm door het traliwerk steken;

Overwegende dat, zelfs indien zulks de maximale afstand is die de apen met hun armen door de tralies kunnen, er nog slechts een afstand van $105 - 25 = 80$ cm rest vanaf de afsluiting tot aan de aap, wat, gelet op de hoogte – eerder laagte van 107 cm – totaal onvoldoende is en bij het vooroverbuigen van de bezoeker en het toereiken van voedsel op een voor de hand liggende wijze lichamelijk contact tussen mens en dier kan totstandbrengen;

dat de politie van Genk tijdens haar observatie (op 5 augustus 1992) trouwens ook vaststelde dat een groot aantal bezoekers over de veiligheidsafsluiting leunt om de apen voedsel toe te steken;

dat het misschien zelfs de bedoeling was om een dergelijk contact mogelijk te maken, en dat de bezoekers, onbekend met de gevaren, zulks zelfs misschien apprecieerden, maar dat het aan de beklagde als professioneel toekwam om te weten of de dieren gevaarlijk waren en, zo ja, om zo'n een contact te beletten;

Overwegende dat, evident, zojuist voormelde overwegingen betrekking hebben op een intacte afsluiting van de apenkooien en dat bij beschadiging van de afsluiting, wanneer er een opening is van 7 op 14 cm in het rasterwerk, zoals bij feit II de aap er misschien wel zijn hele armlengte kan doorsteken (70 cm volgens het attest van de dierenarts M. door beklagde voorgebracht), zodat de fout van beklagde nog des te groter is;

Overwegende dat er ter plaatse evenmin een bewaker te bespeuren was om, bij een onvoldoende technische veilige behuizing van de apen, de bezoekers attent te maken op de gevaren;

Overwegende dat uit de voorgaande overwegingen duidelijk het gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg van de beklagde, in oorzakelijk verband met de toegebrachte verwondingen, blijkt;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL*1e KAMER – 15 SEPTEMBER 1997*

Voorzitter: de h. Van Orshoven

Raadsheren: de hh. Vanderwegen en van der Eecken

Advocaten: mrs. Smeedts, Verstraeten en Van Passel

1. Dwangsom – Verbeurte – Betekening – 2. Gerechtsdeurwaarder – Proces-verbaal van vaststelling – Dagtekening

1. *Wanneer de dwangsomrechter een verplichting oplegt met onmiddellijke ingang vanaf de betekening, dan kan de dwangsom reeds worden verbeurd op de dag waarop het vonnis van de dwangsomrechter wordt betekend.*

2. *Geen enkele wetsbepaling verbiedt de gerechtsdeurwaarder één enkel proces-verbaal op te stellen met betrekking tot vaststellingen die over verschillende dagen zijn verspreid.*

V.Z.W. G. t/ N.V. S.

Overwegende dat het hoger beroep, regelmatig naar vorm en termijn, de hervorming beoogt van het aangevochten vonnis, dat de oorspronkelijke vordering van appellante strekkende tot de opheffing van het uitvoerend beslag onder derden belegd bij exploot van 15 april 1993 op verzoek van geïntimeerde en tot diens veroordeling tot betaling van een schadevergoeding van 750.000 F wegens tergend en roekeloos beslag, ontvankelijk maar ongegrond verklaard heeft; dat appellante het hof primair verzoekt haar oorspronkelijke vordering gegrond te verklaren, subsidiair te zeggen voor recht dat de verbeurde dwangsommen maximaal 2.500.000 BF bedragen; dat geïntimeerde het Hof verzoekt het aangevochten vonnis te bevestigen;...

Overwegende dat appellante beweert dat het «Proces-verbaal van vaststelling en tenuitvoerlegging» van gerechtsdeurwaarder D. niet gedagtekend zou zijn en met toepassing van art. 862, §1, 3°, Ger.W., nietig zou dienen verklaard te worden;

Overwegende dat met «vaststelling» bedoeld wordt de vaststellingen van zuiver materiële feiten waartoe de gerechtsdeurwaarder krachtens art. 516, tweede lid, Ger.W. is overgegaan, op verzoek van geïntimeerde, als bewijsmiddel van de niet-naleving door appellante van het gerechtelijk bevel gepaard met een dwangsom (zie desbetreffend J. VAN COMPERNOLLE, *L'Astreinte, in Répertoire Notarial*, 1992, nrs. 88 tot 94, onder voorbehoud van het nieuw art. 516, tweede lid, Ger.W.); dat met «tenuitvoerlegging» bedoeld wordt het doen opruimen van de versperringen en het doen ontzetten van de bedrijfsterreinen waartoe de aangezochte gerechtsdeurwaarder krachtens de beschikkingen van 26 en 27 maart 1993 gemachtigd werd over te gaan, desnoods met de hulp van de openbare macht;

Overwegende dat bedoeld proces-verbaal wel degelijk gedagtekend is, in tegenstelling tot hetgeen appellante beweert; dat immers uit dit P.V. duidelijk blijkt dat de gerechtsdeurwaarder D. op verzoek van de N.V. S. zich «op hiernavermelde dagen en uren» begeven heeft naar de fabriek van geïntimeerde (blz. 1); dat hij vervolgens de verrichtingen beschrijft die hij gedaan heeft op «heden, vrijdag zesentwintig maart 1900 drieënnegentig» om 14.10 uur, 15.30 uur en 15.40 uur (blz. 2 en 3), om 16.15 uur en 16.30 uur (blz. 20 en 21)

tot 17.15 uur (blz. 30), «heden, zaterdag zevenentwintig maart 1900 drieënnegentig» om 17.00 uur en 17.45 uur (blz. 30 en 31), om 18.15 uur (blz. 54) tot 22.10 uur (blz. 61 en 62), «Heden, zondag achtentwintig maart 1900 drieënnegentig» om 15.00 uur en 15.15 uur (blz. 62 en 63), om 15.30 uur tot 16.00 uur (blz. 66), en «heden, maandag negenentwintig maart 1900 drieënnegentig» om 2.25 uur tot 6.45 uur (blz. 70, 71, 72, 73, 74) en van 7.00 uur tot 14.15 uur (blz. 84), waarna het P.V. afgesloten werd (blz. 98 en 99); dat op dit P.V. een fiscale zegel aangebracht werd op 29 maart 1993 en dit P.V. geregistreerd werd op 9 april 1993;

Overwegende dat geen enkele wetsbepaling de gerechtsdeurwaarder verbod oplegt slechts één proces-verbaal op te stellen m.b.t. verrichtingen die zich over verschillende dagen verspreiden; dat bedoeld «P.V. van vaststelling en tenuitvoerlegging» dan ook rechtsgeldig gedagtekend is op 26, 27, 28 en 29 maart 1993;

Overwegende dat ingevolge de rechtsgeldige dagtekening van het «P.V. van vaststelling en tenuitvoerlegging», het nutteloos voorkomt te onderzoeken of dit P.V.; al dan niet een «proceshandeling» in de zin van artt. 860 e.v. Ger.W. uitmaakt, waarvan het verzuim van de vermelding van de datum – *quod non in casu* – overigens niet tot nietigheid zou kunnen leiden wanneer uit de gedingstukken blijkt ofwel dat de handeling het doel bereikt heeft dat de wet ermee beoogt, ofwel dat die niet vermelde vorm werkelijk in acht is genomen (nieuw art. 867 Ger.W.);

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht – zij het om een ander motief – beslist heeft dat het P.V. van vaststelling en tenuitvoerlegging van gerechtsdeurwaarder D. niet nietig kan verklaard worden;...

(...)

Overwegende dat krachtens de beschikking van 26 maart 1996 appellante verbod werd opgelegd de vrije toegang en uitgang van de fabriek van geïntimeerde gelegen te Lillo met betrekking tot personen, goederen en diensten te belemmeren, en haar de verplichting opgelegd werd de aangebrachte versperringen op te ruimen en de bedrijfsterreinen te ontzetten onmiddellijk na de betekening van de beschikking, op straffe van een dwangsom van 100.000 f per persoon en per inbreuk op deze beschikking per dag vertraging;

Overwegende dat appellante ten onrechte beweert dat de eerste verbeuring van de dwangsommen pas zou kunnen geschieden vanaf zaterdag 27 maart 1993 om 14.34 uur; dat immers uit de beschikking duidelijk blijkt dat bevel werd gegeven de terreinen te verlaten *onmiddellijk* na de betekening (op 26 maart 1993 om 14.35 uur) van de beschikking, zodat met alle vastgestelde inbreuken op 27, 28 en 29 maart 1993 rekening mag worden gehouden;

Overwegende dat volgens het beslagexploot voor zaterdag 27 maart 1993 een bedrag van 22 x 100.000 f = 3.300.000 F verschuldigd is, ingevolge de aanwezigheid van 24 personen (6 in de hijskraan, 7 in de zouttrechter en 11 in de omgeving van de spoorweg) en de vaststelling van 9 inbreuken; dat appellante tevergeefs stelt dat er hooguit 11 x 100.000 F = 1.100.000 F verschuldigd zou zijn (7 personen en 4 inbreuken); dat immers de loutere aanwezigheid van personen op de plaatsen waar zij zich niet mochten bevinden (in de hijskraan, in de zouttrechter of in de omgeving van de spoorweg) een inbreuk op het rechterlijk bevel uitmaakt, omdat zij door hun aanwezigheid het normaal verloop van de activiteiten van geïntimeerde verhinderen, terwijl de aanwezig-

heid van het Greenpeace-schip aan de kaaimuur (1), van een spandoek aan de laadarm van de hijskraan (2), van een dekzeil over de zouttrechter (3), van personen op de transportband (4), van een containerkeet (5) en van een gevaarsdriehoek (6) dwars over de sporen van drie geparkeerde wagens (7, 8, 9) een overtreding vormt op het bevel de bedrijfsterreinen te ontzetten;...

(...)

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

4e KAMER – 13 JUNI 1995

Voorzitter: de h. Beerten

Advocaten: mrs. Driessen, Michel en Lomme loco Bontinck

Koop – Verborgen gebreken – 1. Keuzerecht van koper tussen ontbinding en prijsvermindering – Verkochte zaak niet meer vatbaar voor teruggave in dezelfde staat als op het ogenblik van de verkoop – Gevolg – 2. Vordering tot prijsvermindering – Ernst van het gebrek – Geen toepassingsvoorwaarde – 3. Herstelling door de fabrikant – Weerslag op door koper ingestelde vordering tot prijsvermindering

1. De door art. 1644 B.W. aan de koper toegekende keuzemogelijkheid om, in geval van een verborgen gebrek aan de verkochte zaak, de ontbinding van de koop of prijsvermindering te vorderen, vervalt wanneer de koper de verkochte zaak niet meer in dezelfde staat aan de verkoper kan teruggeven als die waarin ze zich op het ogenblik van de verkoop bevond. De koper kan dan enkel een vordering tot prijsvermindering instellen.

2. Dat het gebrek waardoor de verkochte zaak is aangetast, ook een zekere ernst dient te vertonen, is een voorwaarde die enkel dient vervuld te zijn bij het instellen van een vordering tot ontbinding van de koop.

3. Indien de verkochte zaak een verborgen gebrek vertoont op grond waarvan de koper een vordering tot ontbinding van de koop of tot prijsvermindering kan instellen, kan de verkoper hem geen herstelling van de verkochte zaak opdringen.

B. t/ B.V.B.A. Garage V. en N.V. F.

Gelet op het vonnis van 5 juni 1993 waarbij de h. Moonen als deskundige werd aangesteld met als opdracht het door eerste verweerster verkochte voertuig Alfa Romeo 33 type 1500 IE te onderzoeken en na te gaan of het voertuig technisch volledig in orde is dan wel of dit gebreken vertoont; in dit laatste geval de precieze aard ervan te omschrijven en inzonderheid de ernst ervan; na te gaan of deze gebreken al inherent aanwezig waren op het ogenblik van de verkoop; te adviseren nopens de wijze waarop de vastgestelde gebreken kunnen worden verholpen en de kosten ervan te begroten.

Gelet op het verslag van 5 april 1994, waarbij de expert tot het besluit komt dat:

- tot 14 juli 1992 de motor behept was met gebreken;

- de gebreken zich waarschijnlijk gesitueerd hebben in de benzine-inspuiting, die geregeld wordt door de regelenheid en inductieve sensor;
- waarschijnlijk door tweede verweerster de regelenheid werd vervangen en mogelijk ook de inductieve sensor, potmeter en luchtklep;
- de motor op datum van het laatste bezoek (21 januari 1994) in goede staat was en vrij mag gebruikt worden;
- een bedenking moet gemaakt worden bij de uitlaatgasen die in heel minieme hoeveelheden in het watercircuit komen en de motortemperatuur in het oog moet worden gehouden.

...

In hoofddorde vordert aanlegster de ontbinding van de overeenkomst.

Krachtens art. 1644 B.W. heeft de koper de keuze om een *actio redhibitoria* dan wel om een *actio aestimatoria* in te stellen.

Deze keuzemogelijkheid vervalt – en de koper kan geen *actio redhibitoria* meer instellen – wanneer hij de verkochte zaak niet meer in dezelfde staat als deze waarin zij zich op het ogenblik van de verkoop bevond, kan teruggeven aan de verkoper (Devos, «Chronique de jurisprudence, Les contrats, [80-87], La vente,» J.T., 1991, 171, nr. 31).

Aanlegster heeft op 22 januari 1994 het voertuig terug in ontvangst genomen en thans gedurende 18 maanden gebruikt. Derhalve is aanlegster niet meer in de mogelijkheid het voertuig in zijn oorspronkelijke toestand terug te geven.

Zulks belet evenwel niet dat aanlegster haar *actio redhibitoria* kan wijzigen in een *actio aestimatoria*, wat zij subsidiair doet.

Om in een *actio aestimatoria* te slagen, dienen volgende voorwaarden te zijn vervuld: 1. het gebrek moet zodanig zijn dat het normale gebruik van de zaak erdoor wordt verhinderd; 2. het gebrek dient verborgen te zijn; 3. het gebrek moet op het ogenblik van de koop reeds aanwezig zijn.

Dat het gebrek ook een zekere ernst dient te vertonen, is een voorwaarde die enkel dient vervuld te zijn bij het instellen van een *actio redhibitoria* (Van Cauwelaert, «Verborgene gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper» (noot onder Leuven, 16 november 1979), R.W., 1980-81, 200, nr. 4).

Uit het feitenrelaas blijkt dat de gebreken een normaal gebruik van het voertuig niet mogelijk maakten, zodat de eerste voorwaarde vervuld is.

De gebreken die werden vastgesteld, manifesteerden zich slechts tijdens het gebruik van het voertuig en waren voordien niet waarneembaar. De gebreken waren dan ook verborgen, zodat de tweede voorwaarde eveneens vervuld is.

Uit het expertiseverslag blijkt dat tot 14 juli 1992 de motor behept was met gebreken. De expert bedoelt hiermee klaarblijkelijk dat vanaf de verkoop tot 14 juli 1992 de wagen gebreken vertoonde.

Overigens kwamen reeds de eerste dag van de ingebruikneming gebreken te voorschijn, wat erop wijst dat de gebreken op het ogenblik van de koop aanwezig waren.

Bovendien geeft eerste verweerster in haar conclusies na deskundigenonderzoek toe dat het voertuig met het kwetsieve verborgen gebrek was behept op het ogenblik van de verkoop.

Omdat ook aan de derde voorwaarde is voldaan, kan aanlegster een *actio aestimatoria* instellen.

Het feit dat het voertuig op 13 juli 1992 door tweede weerster werd hersteld, doet hieraan geen afbreuk. De koper kan immers geen herstelling opdringen en de koper heeft steeds het recht een vordering op grond van art. 1644 B.W. in te stellen (Van Cauwelaert, *o.c.*, 204, nr. 15).

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE TURNHOUT

4e bis KAMER – 16 JANUARI 1997

Voorzitter: mevr. Gilles

Rechters: mevr. Raeymaekers en de h. Caers

Openbaar ministerie: de h. Sterkens

Advocaat: mr. Bruurs

Wegverkeer – Verkeersbelemmering – Signalisatie

Stilstaande voertuigen, in de zin van art. 2.19 van het Wegverkeersreglement, kunnen noch als een verkeersbelemmering in de zin van art. 78.2, noch als op de openbare weg aangebrachte werken in de zin van art. 78.1 van vermeld Reglement worden beschouwd.

Dergelijke stilstaande voertuigen dienen derhalve niet te worden gesignaleerd.

O.M. t/P.

Overwegende dat de beklaagde zich heeft verdedigd betreffende de heromschreven telastlegging C naar artikel 78.1 van het Wegverkeersreglement;

Overwegende dat kwestieus artikel betrekking heeft op het signaleren van de op de openbare weg aangebrachte werken.

Overwegende dat beklaagde de met grind beladen aanhangwagen aan het *lossen* was.

Overwegende dat de door beklaagde uitgevoerde werkzaamheden derhalve louter en alleen betrekking hadden op het lossen van materialen.

Overwegende dat een stilstaand voertuig in de zin zoals bepaald in artikel 2.19 van het Wegverkeersreglement geen bijzondere signalisatie vereist.

Overwegende dat blijkens de gegevens van het dossier betreffende de beklaagde geen sprake kan zijn van de op de openbare weg aangebrachte werken, die zouden te signaleren zijn met toepassing van artikel 78.1.1 van het Wegverkeersreglement;

Overwegende dat de door beklaagde uitgevoerde werkzaamheden enkel en alleen betrekking hebben op het lossen van de aanhangwagen, hetgeen nu juist het criterium is van een stilstaand voertuig.

Overwegende dat derhalve de overtreding van artikel 78.1.1 dan ook niet bewezen is.

(...)

NOOT – Over het signaleren van voertuigen

1. Art. 2 van het Wegverkeersreglement maakt een onderscheid tussen stilstaande voertuigen, die niet langer stilstaan dan nodig is voor het in- of uitstappen van personen of voor het laden of lossen van zaken (art. 2.19) en geparkeerde voertuigen die langer stilstaan dan nodig is voor deze handelingen (art. 2.20).

2. Nu was de beklaagde grind aan het lossen voor de verbouwingen aan een pand te Retie en had hij zijn voertuig met daaraan gekoppeld een zwaar beladen aanhangwagen op de openbare weg, vóór de bouwplaats, geplaatst.

Het was kort na de middagsiësta toen de verbalisanten het voertuig aantroffen en meteen ook vaststelden dat de beklaagde zich door verscheidene helpers liet bijstaan om het lossen te bespoedigen.

3. Alle gekheid op een stokje: de verkeerszondaar werd prompt vervolgd wegens «het verkeer gehinderd of onveilig gemaakt te hebben door voorwerpen of stoffen op de openbare weg te hebben geworpen, geplaatst, achtergelaten of laten vallen, hetzij door er rook of stoom te verspreiden» (art. 7.1, Wegverkeersreglement), het laten stilstaan of parkeren op een plaats waar het duidelijk een gevaar zou kunnen betekenen of onnodig zou kunnen hinderen (art. 24.1 Wegverkeersreglement) en het in het leven roepen van een verkeersbelemmering (art. 78.2 Wegverkeersreglement).

4. De beklaagde, die door de politierechtbank werd veroordeeld, liet zich niet onbetuigd en ging in hoger beroep en kreeg van de appèlrechter over heel de lijn gelijk. Men kan inderdaad bezwaarlijk beweren dat een stilstaand voertuig dat gelost wordt een belemmering in de zin van art. 7.1 van het Wegverkeersreglement uitmaakt. De correctionele rechtbank stelde ook vast dat een stilstaand voertuig in klaarlichte dag in de maand augustus op een plaats waar de snelheid beperkt is tot 50 km per uur geen gevaar betekent voor de andere weggebruikers.

5. Ten slotte besliste de correctionele rechtbank dat een voertuig dat men aan het lossen is, niet kan worden bestempeld als een op de openbare weg aangebracht werk dat overeenkomstig art. 78.1 van het Wegverkeersreglement moet worden gesignaleerd. Want signaleren in de zin van dit artikel houdt in dat er op de openbare weg verkeerstekens (verkeersborden, verkeerslichten en wegmarkeringen) worden aangebracht, hetgeen alleen door de wettelijk daartoe bevoegde overheden mag geschieden.

6. Vermoedelijk werd de toestand van het stilstaand voertuig, dat de beklaagde aan het lossen was, gelijkgesteld met een defect voertuig dat eventueel op afstand moet gesignaleerd worden door een gevaarsdriehoek overeenkomstig art. 51 van het Wegverkeersreglement. Maar nu dit voertuig in klaarlichte dag duidelijk kon worden opgemerkt vanop een afstand van méér dan 100 meter, was ook dergelijke signalisatie overbodig.

7. Drie verkeersovertredingen die de bouwheer worden ten laste gelegd voor het lossen van wat grind bij een bouwplaats, lijkt dat niet *des Guten zuviel*? Gaat het om *Vielbe-straferei*, om wat freewheelen van ambtenaren die zich vervelen of moest Barbertje toch hangen?

Soms krijgt men de indruk dat verbalisanten die ijverig worden en zich bekwamen, het leven van anderen tot een hel maken...

A. Vandeplas

AANGEKONDIGD

M. KROES, *Werking en doorwerking van grondrechten*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij, 344 p., 75 fl.

P. BORGHES, *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap*, Gent, Mys & Breesch, 168 p., 1.850 fr.

K. RAES (ed.), *Liefde's onrecht* (Tegenspraak cahier 18), Gent, Mys & Breesch, 220 p., 1.650 fr.

A.M. MISSEGHES (ed.), *Actuele problemen in de non-profitsector*, Gent, Mys & Breesch, 168 p., 1.450 fr.

P.H. VERMEEREN en P. HANCKE, *Pensioenfondsen*, Gent, Mys & Breesch, 144 p., 1.450 fr.

M.G.M. HOEKENDIJK, *Zakboek strafrecht voor de politie 1998*, Deventer, Gouda Quint, 222 p., 65 fl.

W. PAS, B. SEUTIN, J. THEUNIS, G. VAN HAEGENDOREN, J. VAN NIEUWENHOVE en L. VERMEIRE (red.), *De Grondwet*, Brugge, Die Keure, 360 p., 1.950 fr.

M. WILLEMS en J. WELLENS (red.), *Belasting- & Beleggingsgids 1998*, Kapellen, Pelckmans, 448 p., 690 fr.

L. MISSON, *Quelle Justice voulez-vous?*, Brussel, Ed. Luc Pire, 270 p.

P.A.C.E. VAN DER KOOIJ en S.J.A. MULDER, *Hoofdzaken mededingingsrecht* (tweede druk), Deventer, Kluwer, 228 p.

J.W. VAN ZUNDERT, *Tekstuitgave 1998 - Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 350 p., 59 fl.

K.M. BRAUN e.a., *Introductie tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 208 p., 50 fl.

I. DE WEERDT (red.), *Zeerecht - Deel I*, Antwerpen, E.T.L., 422 p.

P.A.M.J. GRAAT, *Maatschappelijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 494 p.

P. CAUWENBERGH, *International transfer pricing*, Antwerpen / Groningen, Intersentia, 406 p., 4.950 fr.

M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen / Groningen, Intersentia, 2.450 fr.

H.J.B. SACKERS en Y. BURUMA (red.), *Kroniek van het strafrecht 1997*, Deventer, Gouda Quint, 140 p., 42,50 fl.

Th. G. DRUPSTEEN, P.C. GILHUIS, C.J. KLEIJS-WIJNOBEL, S.D.M. DE LEEUW en J.M. VERSCHUREN, *De toekomst van de wet milieubeheer*, Deventer, Tjeenk Willink, 266 p., 65 fl.

A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT en E.M. VERMEULEN, *Europees bestuursrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 174 p., 55 fl.

H.J. DE VRIES en P.J.J. VAN BUUREN, *De betekenis van de algemene wet bestuursrecht voor het ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 170 p., 55 fl.

H.J.A.M. VAN GEEST en P.J. HÖDL, *Wet op de ruimtelijke ordening*, Deventer, Tjeenk Willink, 218 p., 55 fl.

J.-Y. CARLIER, *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, Brussel, Bruylant, 860 p., 3.950 fr.

DEPARTEMENT DE DROIT ECONOMIQUE ET SOCIAL DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *La participation financière des travailleurs*, Brussel, Bruylant, 344 p., 2.750 fr.

H. BLOEMEN, *De Vlaamse wooncode* (losbladige uitgave), Brugge, Vanden Broele, 311 p., 1.500 fr.

A.F.M. BRENNINKMEIJER, *Gedeelde rechtsorde* (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Leiden), Deventer, Tjeenk Willink, 86 p., 35 fl.

MEDEDELINGEN

Colloquium: Het Europa van de autoverzekering en de rechten van de weggebruiker

Op 19 en 20 juni 1998 heeft het 5de Internationaal colloquium Europees verzekeringsrecht plaats te Leuven. Aansluitend heeft ook de huldiging plaats van prof. H. Claassens met overhandiging van het Liber Amicorum.

Inlichtingen en inschrijvingen: Rechtsfaculteit Leuven, Tienestraat 41B, 3000 Leuven, prof. H. Cousy of mevr. A. Robijns, tel. 016/32.52.14 en fax 016/32.53.14.

Studiemiddag: De afhandeling van strafzaken door het openbaar ministerie

In het kader van het Federale Programma van Toekomstgericht Sociaal-economisch Onderzoek werken leden van de Afdeling Strafrecht en Criminologie (K.U. Leuven), het Département de Droit Pénal et de Criminologie (U.C. Louvain) en het Séminaire Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques (F.U. Saint-Louis) sinds januari 1996 aan een rechtsvergelijkend en sociaal-wetenschappelijk onderzoek betreffende de afhandeling van strafzaken (buiten proces) door het openbaar ministerie. Naar aanleiding hiervan wordt er op 10 juni 1998 een studiemiddag georganiseerd aan de K.U. Leuven.

Inlichtingen en inschrijvingen: Instituut voor Strafrecht, mevr. M. Bringmans, Hooverplein 10, 3000 Leuven, tel. 016/32.52.11, fax 016/32.53.27 en e-mail: marleen.bringmans@law.kuleuven.ac.be

Gespecialiseerde opleiding «Ondernemingsrecht»

Het Departement rechten van de Universitaire Instelling Antwerpen organiseert voortgezet gespecialiseerd academisch onderwijs over «Ondernemingsrecht».

Het programma is gesteund op een gevallenstudie. De casus wordt steeds benaderd vanuit de relevante rechtstakken: vennootschapsrecht, economisch en publiek recht, fiscaal recht, sociaal recht, verbintenissenrecht.

Het programma richt zich tot juristen die zich willen bijscholen, bv. in het licht van het heroriënteren of het kwalitatief verdiepen van hun carrière of praktijk.

Ondernemingsrecht is een opleiding van één jaar en omvat drie blokken: oprichting, werking en beëindiging van de onderneming. Dit komt overeen met drie trimesters. Ieder blok omvat 100 college-uren, waarvan 20 voorbehouden voor de gevallenstudie. De colleges lopen van eind september tot half juni. Ze vinden plaats op dinsdagavond van 18 tot 21 u. en tweewekelijks op zaterdagvoormiddag vanaf 9 uur.

Deze gespecialiseerde opleiding leidt tot het behalen van de academische graad van «Gediplomeerde in de gespecialiseerde studies van het ondernemingsrecht» (Master in Business Law).

Inlichtingen: Ondernemingsrecht, p/a prof. dr. H. Braeckmans, Departement Rechten UIA, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk of telefonisch: mevr. K. Moser (tel. 03/820.29.02) of secretariaat (tel. 03/820.29.42), e-mail: crigouts@uia.ua.ac.be

Gespecialiseerde Studie Fiscaal Recht

De voortgezette academische opleiding in het fiscaal recht heeft als doel specialisten in het fiscaal recht te vormen. Deze opleiding richt zich tot juristen en bedrijfseconomen.

De opleiding wil een diepgaande kennis en onderzoeksvaardigheid verschaffen in de diverse deelgebieden van het fiscaal recht. Gelet op de vaak onduidelijke en snel wijzigende belastingwetteksten, wordt bij de opleiding de nadruk gelegd op het bijbrengen van vaardigheden om zelfstandig, creatief en synthesesgericht de belastingwetgeving te bestuderen. In dit licht wordt uiteraard aandacht besteed aan de wisselwerking tussen enerzijds het belastingrecht en anderzijds de andere rechtstakken en de economische disciplines.

De opleiding leidt tot de graad van «Gediplomeerde in de gespecialiseerde studie van het fiscaal recht» (Master in Tax Law).

Inlichtingen: GGS Fiscaal Recht p/a prof. dr. B. Peeters, Departement Rechten (UIA, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk of telefonisch: mevr. K. Moser (tel. 03/820.29.02) of secretariaat (tel. 03/820.29.42), e-mail: crigouts@uia.ua.ac.be

Stedenbouw - Planschade

Van de raadsman van het Vlaamse Gewest ontving de redactie het bericht dat een voorziening tot cassatie werd ingesteld tegen het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 19 november 1997, dat werd gepubliceerd in de lopende jaargang op p. 1290.

**ADVOCATENKANTOOR
B.V.B.A. R. WITTERWULGHE
TE 1150 BRUSSEL**

WENST HAAR KANTOOR TE VERSTERKEN MET

een stagiair

met:

- twee jaar beroepservaring
- een uitstekende kennis van het Nederlands en Frans
- goede studieresultaten, een bijzondere licentie is een pluspunt
- interesse voor ondernemingsrecht en financieel recht
- ervaring met procedure
- goede algemene kennis economie

Gelieve uw C.V. te richten tot:
B.V.B.A. R. WITTERWULGHE
Orbanlaan 214, 1150 Brussel
Contactpersoon: Mter X. DEFOURT

De Nationale Orde van Advocaten werft
**EEN TWEETALIGE (N/F)
MEDEWERKER-JURIST (M/V)**

aan

Gemotiveerde brief en CV dienen gericht te worden aan de Deken van de Nationale Orde van Advocaten, Gulden-Vlieslaan 65, 1060 Brussel

Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving

Patricia Popelier

ISBN 90-5095-027-2 - 680 blz. - BEF 3.950

Met voorwoord van Prof. Dr. K. Rimanque

Er is een toenemend onbehagen merkbaar over de kwaliteit en de wildgroei van de regelgeving. Steeds vaker worden wegen gezocht en ook geopend naar een juridische toetsing van ondeugdelijke rechtsregels. Dit boek draagt hiertoe bij door de formulering van beginselen van behoorlijke regelgeving, afgeleid uit het rechtszekerheidsbeginsel. Het steunt daarbij op rechtsvergelijking en op een analyse van de Belgische en Europese rechtsbronnen. Ook thema's als deregulering, openbaarheid van bestuur en de aansprakelijkheid van de wetgever komen daarbij aan bod. Duidelijk wordt hoe men preventief op de totstandkoming van behoorlijke regelgeving kan toezien, maar vooral hoe rechtsonzekere regelgeving juridisch kan worden gesanctioneerd.

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Churchilllaan 108 • 2900 Schoten (Antwerpen) • Tel.: 03/680.15.50 • Fax: 03/658.71.21

Corpus juris

Houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie

Portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne

ISBN 90-5095-033-7 – 190 blz. - BEF 650

Uitgave Nederlands - Frans

Het corpus juris is het resultaat van een studie die werd gerealiseerd in opdracht van het Europees Parlement, door onderzoekers van de Verenigingen van Europese Juristen voor de Bescherming van de Financiële Belangen van de Europese Unie, onder de auspiciën van het Directoraat generaal voor de financiële controle (DGXX) van de Europese Commissie. In deze studie wordt een vrij radicale breuk voorgesteld met de traditionele “horizontale” aanpak, gebaseerd op interstaatse strafrechtelijke samenwerking tussen staten. Voorgesteld wordt een Europees parket te creëren (art. 18), dat de drijvende kracht zou zijn in de strijd tegen de EU-fraude. Het ganse territorium van de Europese Unie zou hierbij als een enkele rechtsruimte gelden (art. 18 §1), in die zin dat het Europees openbaar ministerie opsporingen en vervolgingen zou kunnen verrichten over gans de Unie (art. 24) en dat dwangbevelen, uitgevaardigd door nationale rechters op vordering van het Europees openbaar ministerie, uitvoerbaar zouden zijn over gans de Unie. Hierdoor zouden rogatoire commissies voor huiszoekingen en inbeslagnemingen en omslachtige procedures zoals uitlevering kunnen worden vermeden.

Onder leiding van
Sous la direction de

Prof. M. Delmas-Marty

met voorwoord van
avec préface de

Prof. C. Van den Wyngaert

Nederlandse vertaling door

Dr. B. De Smet en

Dr. G. Stessens