

# RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

**G. STRAETMANS, De vernieuwde wet op de handelspraktijken.  
Een eerste analyse** 689

## Rechtspraak

**Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Inkomstenbelastingen** – Personenbelasting – Aftrekbare bestedingen – Onderhoudsbijdragen – Rechterlijke beslissing met terugwerkende kracht

Arbitragehof 15 september 1999 705

**1. Stedenbouw** – Bouwvergunning – Weerslag op privaatrechtelijke erfdienstbaarheid – **2. Subjectief recht** – Niet-onmiddellijke uitoefening – Rechtsgevolg – Rechtsverwerking

Cass. 6 november 1997 (*met noot*) 707

**Verzekering** – Motorrijtuigen – Schorsing van dekking wegens niet-betaling van de premie – Strafbaar feit van het in het verkeer brengen van een niet-verzekerd voertuig

Cass. 20 januari 1999 (*met noot*) 707

**Verzekering** – Motorrijtuigen – Opgefokte bromfiets – Riscoverzwaring – Mededelingsverplichting aan verzekeraar – Niet-naleving – Niet-verzekering

Cass. 1 juni 1999 (*met noot van G. Jocqué, «Besturen van een opgefokte bromfiets: toch strafbaar»*) 708

**1. Overeenkomst** – Kwalificatie – Opdracht van hoven en rechtbanken – **2. Bewaargeving** – Bewaringsverplichting – Zorgen van een goed huisvader – Teruggaveverplichting – Overmacht – Diefstal

Hof Antwerpen 18 maart 1997 711

**Voorrechten** – Kosten tot behoud van de zaak – Ereloon van deskundige

Hof Gent 31 december 1998 (*met noot van V. Sagaert, «De minnelijke verzekeringsexpert: bevoorrecht op grond van art. 20, 4° Hyp. W.»*) 714

**Belediging en smaad** – Animus iniuriandi – Politieambtenaar – Bediening

Hof Antwerpen 3 februari 1999 (*met noot van A. Vandeplas, «Over smaad en animus iniuriandi»*) 716

**Geneeskunde** – Aansprakelijkheid – Arts – Zelfbeschikingsrecht – Toestemming – Informatie – Verlies van een kans

Rb. Brugge 19 januari 1998 717

**Faillissement** – Verschoonbaarverklaring – Derdenverzet

Kh. Veurne 28 april 1999 718

**Huur** – Woninghuur – Opzegging voor eigen gebruik – Opzegging door rechtspersoon ten voordele van vennoot-familied – Vermelding van de identiteit van de persoon in wiens voordeel wordt opgezegd en van diens band van bloedverwantschap met de verhuurder

Vred. Merksem 21 december 1995 (*met noot*) 718

## Wetgeving in kort bestek

Arbeidsvoorwaarden – Gelijkheid man/vrouw 720

Rechtspersonen – Strafrechtelijke verantwoordelijkheid 722

Wijziging R.v.St.-Wet 722

Wet handelspraktijken – Diverse wijzigingen 723

Burgerlijke stand – Aangifte van een levenloos kind 723

Bestrijding van de fiscale fraude 723

Verlatenverklaring en overdracht van ouderlijk gezag 724

Justitiehuizen 724

Magistratuur – Wedden 724

O.C.M.W. – Wijziging van de organieke wet 724

Sociale verkiezingen 725

Gemeenten en provincies – Administratief toezicht 726

Binnengemeentelijke territoriale organen – Oprichting en toezicht 727

Personeel lokale en regionale besturen – Beroepsprocedure bij ontslag 728

# RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

**Redactie:** A. Van Oevelen (hoofdredacteur),  
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,  
M. van Damme, 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  
M. Gelders  
P. Humblet  
W. Lambrechts  
R. Leysen  
J. Meeusen  
H. Nys  
I. Opdebeek  
W. Pintens  
W. Rauws  
D. Simoens  
G. Suetens-Bourgeois  
H. Vanhees  
S. Van Overbeke  
J. Wouters

**Abonnementen, advertenties:** N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten  
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21  
Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

Gebrevetteerd Hofleverancier van België



— UNIFORMIER —

*Kledingfabrikanten en specialisten in toga's*

**DIRK NEVENS**

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05  
Fax (02) 466 63 24  
Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77  
rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

## Regularisatie: hoe en voor wie?

van Jan Fermon & Georges-Henri Beauthier

(ISBN 90 6445 178 8, 96 blz., groot formaat, 450 bfr.)

Het handboek om met kennis van zaken  
een aanvraag tot regularisatie voor  
'mensen zonder papieren' in te dienen.

**Te bestellen bij EPO-distributie:**

**tel: 03/239.68.74 - fax: 03/218.46.04**

**e-mail: uitgeverij@epo.be**

# DE VERNIEUWDE WET OP DE HANDELSPRAKTIJKEN

## EEN EERSTE ANALYSE

### Inleiding

Met de wetten van 25 mei 1999 beoogt de wetgever voorschijns enkele Europeesrechtelijke omzettingen<sup>1</sup> na te komen en de wet op de handelspraktijken (hierna WHPC) aan een grondige revisie te onderwerpen.<sup>2</sup> De nieuwe WHPC trad in werking op 1 oktober 1999. Hierna volgt een beknopt becommentarieerd overzicht van de meest ingrijpende wijzigingen die de WHPC onderging.

Benevens enkele tekstuele verbeteringen en nieuwe definities, spitsen de markantste wijzigingen zich toe op de reclamebepalingen en de nieuwe afdeling inzake overeenkomsten op afstand. In die volgorde wordt met laatstgenoemde wijzigingen van start gegaan. Een overzicht van de belangrijkste aanvullingen rondt de bijdrage af.

### I. WIJZIGINGEN AAN DE RECLAMETITEL

In omzetting van richtlijn 97/55,<sup>3</sup> de zogenaamde richtlijn vergelijkende reclame, moet vergelijkende reclame onder de door de richtlijn bepaalde voorwaarden voortaan worden toegelaten. De op dit punt relevante bepaling uit de WHPC, art. 23.7, en meer bepaald het strenge adagium van Fredericq<sup>4</sup> waarop ze werd geschoeid, was reeds meermaals voorwerp van kritiek.<sup>5</sup> Ook de richtlijn zelf is niet vrij van kritiek.<sup>6</sup> Beide fundamentele kritieken vallen evenwel buiten het bestek van deze bijdrage. Hierna wordt slechts nagegaan of de reclamebepalingen uit de WHPC in conformiteit met de richtlijn werden aangepast. Daartoe is een inzicht in de krachtlijnen van de Richtlijn vereist.

<sup>1</sup> Het betreft de omzetting van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (omzettingsverplichting vóór 4 juni 2000), *P.B.*, 1997, L 144/19 en van richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (omzettingsverplichting vóór 23 april 2000), *P.B.*, 1997, L 290/18.

<sup>2</sup> Wet tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.*, 23 juni 1999, en wet tot wijziging van de artikelen 97 en 117 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.*, 23 juni 1999. Deze opsplitsing was noodzakelijk, omdat enkele wijzigingsbepalingen een aangelegenheid regelen die ressorteert onder een ander Grondwetsartikel.

<sup>3</sup> Zie vorige voetnoot.

<sup>4</sup> Naar luid van dit adagium had «le concurrent le droit d'exiger qu'on ne parle pas de lui, même pour dire la vérité», wat natuurlijk een ruim verbod van vergelijkende reclame in de hand werkte. Zie L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, II, Brussel, 1947, nr. 108.

<sup>5</sup> Zie o.m. G. STRAETMANS, «De vernieuwde reclamereglementering uit de WHPC herbezoekt aan de hand van markante rechtspraak», in *Handelspraktijken Anno 1996*, J. STUYCK (ed.), Antwerpen, Kluwer, 58-85.

<sup>6</sup> Zie G. STRAETMANS, «Europese regelgeving inzake vergelijken van reclame: terug naar af?», *T.P.R.*, 1998, nr. 2, 443-447 en G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 376-391 en 433-445.

### A. Opzet van de richtlijn in grote trekken

Richtlijn 97/55 stelt de principiële mogelijkheid tot kwaliteitsvergelijkende reclame voorop. Vanuit de terechte overtuiging dat vergelijkende reclame in het belang van de consumenten de concurrentie tussen leveranciers kan stimuleren,<sup>7</sup> harmoniseert de richtlijn de vergelijkingsvoorwaarden. De harmonisatie van de voorwaarden waaronder een vergelijking geoorloofd is, waarborgt dat de voordelen van de verschillende vergelijkbare producten beter en objectiever zullen worden belicht.<sup>8</sup> De richtlijn wijzigt richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame, zodat de ruime definitie van reclame uit laatstgenoemde richtlijn overeenkomstig geldt. Iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep<sup>9</sup> ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen, is reclame in de zin van richtlijn 97/55.<sup>10</sup> Deze uniformiteit heeft als belangrijk gevolg dat de rechtspraak die reeds terzake van misleidende reclame werd ontwikkeld, zal kunnen doorwerken op de interpretatie van de nieuwe richtlijnbeoordelingen.

### 1° Definitie van vergelijkende reclame

Richtlijn 97/55 harmoniseert allereerst het begrip «vergelijkende reclame». Het omvat elke vorm van reclame waarbij een concurrent, of goederen of diensten van een concurrent,

<sup>7</sup> In art. 1 en in art. 4, eerste lid, eerste alinea, maakt de Richtlijn gewag van de plicht die rust op de lidstaten om misleidende en vergelijkende reclame te bestrijden in het belang van zowel consumenten als concurrenten en het publiek in het algemeen.

<sup>8</sup> Het recht op voorlichting van de consument lag reeds besloten in de resolutie van de Raad van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de EEG voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *P.B.*, 1975, C 92/1, en in de resolutie van 19 mei 1981 betreffende een tweede programma van de EEG betreffende een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *P.B.*, 1981, C 133/1. Naar luid van art. 153, eerste lid, Verdrag van Amsterdam (ex-art. 129 A, eerste lid, b), Verdrag van Maastricht) draagt de Gemeenschap bij tot de bevordering van het recht op voorlichting en vorming van de consument, om de belangen van consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen.

<sup>9</sup> In de literatuur werd er reeds meermaals op gewezen dat de reclamebepalingen uit de Belgische WHPC in tegenstelling tot de Europese reclamebepalingen niet van toepassing zijn op vrije beroepsbeoefenaren. Zie ook verder over de toepassing van de beginselen van vergelijkende reclame op vrije beroepsbeoefenaren.

<sup>10</sup> Zie art. 2.1, Richtlijn 84/450, *P.B.*, 1984, L 250/18.

rent, uitdrukkelijk of impliciet worden *genoemd*.<sup>11</sup> De richtlijn sluit refererende reclame in. Om onder het toepassingsgebied van de richtlijn te ressorteren, is een vergelijking in strikte zin<sup>12</sup> derhalve niet vereist.

Nochtans stelt de Richtlijn, niet vrij van dubbelzinnigheid, slechts toelaatbaarheidsvoorwaarden aan vergelijken-de reclame in strikte zin. Immers, naar luid van de richtlijn is vergelijkende reclame slechts geoorloofd, *voor wat de vergelijking betreft*, dus voor zover een vergelijking in strikte zin wordt doorgevoerd, indien een aantal voorwaarden zijn vervuld.<sup>13</sup> Door het vergelijkingsaspect aldus te beklemtonen in de aanhef tot de toelaatbaarheidsvoorwaarden, blijft de zuiver verwijzende reclame, waarbij een concurrent of door een concurrent aangeboden goederen of diensten worden genoemd, buiten schot, tenminste indien men mag aannemen dat de Europese wetgever de refererende reclame niet op absolute wijze wou verbieden. De toepassing van de richtlijnvoorwaarden op verwijzende reclame zou onverkort een dergelijk gevolg sorteren, aangezien men niet goed kan inzien hoe zuiver verwijzende reclame de voorwaarde kan vervullen dat zij «op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van goederen en diensten met elkaar *vergelijkt*». <sup>14</sup> Het lijkt dan aannemelijk dat de Europese wetgever niet de uitsluiting van refererende reclame voor ogen had. Zulks zou de vrijmakingsbeweging die de richtlijn ten grondslag ligt, al te ernstig ondergraven.

De afbakening van het begrip «vergelijkende reclame» en van «concurrent» uit de richtlijndefinitie vertoont nauwe verwantschap. «Concurrent» kan los van het standpunt van de consument worden gedefinieerd aan de hand van marktcriteria, zoals de relevante markt, die in ruimte, tijd en per product wordt beperkt. Een beperkende definitie van concurrent is weinig aannemelijk, aangezien de Europese wetgever precies vergelijkingsvoorwaarden harmoniseert om al te strenge verboden van vergelijkende reclame, die de concurrentie kunnen verstoren en een negatieve invloed kunnen hebben op de keuze van de consument, weg te werken.<sup>15</sup>

Om derhalve de goede werking van de interne markt te vrijwaren, is het dus wenselijk een ruim concept van vergelijkende reclame voorop te stellen.<sup>16</sup> Het gebruik van de beperktere term «concurrent» in de definitie doet dan afbreuk aan die visie, tenzij met concurrent elkeen wordt bedoeld die aan de aanbodzijde deelneemt aan het economische ver-

keer.<sup>17</sup> Deze interpretatie, die weliswaar aansluit bij de met de richtlijn gewenste verruiming, lijkt me evenmin aannemelijk. Zo de Europese wetgever een ruim toepassingsgebied beoogde, kon het ondernemingsbegrip uit het mededingingsrecht worden gehanteerd.<sup>18</sup> De uitdrukkelijke keuze voor het begrip «concurrent» moet dan worden gelezen als een duidelijke afwijzing van het Europese ondernemingsbegrip.

Op grond van een teleologische interpretatie lijkt het begrip «concurrent» enerzijds dus niet te kunnen samenvallen met het begrip «onderneming», terwijl het anderzijds ook niet te beperkt mag worden gedefinieerd, want zulks zou dan weer de opzet van de richtlijn te veel uithollen. Een interpretatie van het begrip «concurrent» in de lijn van de Europese reclamerechtspraak dringt zich dan op. Uit de rechtspraak die op grond van de richtlijn misleidende reclame werd ontwikkeld,<sup>19</sup> moet de geoorloofdheid van reclamebepalingen worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de consument. Hierna zal bij de analyse van de vergelijkingsvoorwaarden nauwkeuriger worden aangeduid waarvoor het begrip «concurrent» dan staat.

Algemeen zij nog vermeld dat de term «vergelijkende reclame» in deze bijdrage wordt gebruikt voor de vergelijken-de reclame *sensu stricto* in bovenvermelde zin, en de term «refererende reclame» voor, zo men wil, de oneigenlijk «vergelijkende» reclame of de andere reclamevormen die onder de ruime definitie uit de richtlijn kunnen ressorteren.

## 2° Vergelijkingsvoorwaarden

De vergelijkingsvoorwaarden die hierna kort aan bod komen, zijn *cumulatief* en moeten als een geheel worden nageleefd,<sup>20</sup> om te voorkomen dat vergelijkingen de concurrentie verstoren, schade berokkenen aan concurrenten of een negatieve invloed hebben op de keuze van de consument.<sup>21</sup>

### a) Objectieve vergelijking

Vergelijkende reclame in strikte zin is dan toegelaten op voorwaarde dat de *vergelijking* op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doeleind bestemd zijn met elkaar vergelijkt.<sup>22</sup>

<sup>11</sup> Zie art. 2bis en inleidende overweging 6, waarin een ruim concept van vergelijkende reclame wenselijk wordt geacht om alle vormen van reclame te bestrijken. Naast vergelijkende reclame in strikte zin, namelijk «het naast elkaar leggen en beschouwen van verschillende zaken om overeenkomst en verschil te bepalen» (definitie van vergelijken in Van Dale, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 12de druk, Utrecht-Antwerpen, 1995, 3313), omvat de richtlijn ook refererende reclame, waarbij slechts naar goederen of diensten van een concurrent wordt verwezen.

<sup>12</sup> Zie vorige voetnoot.

<sup>13</sup> Zie art. 3bis.

<sup>14</sup> Voorwaarde van art. 3bis, 1°, c).

<sup>15</sup> Inleidende overweging 7.

<sup>16</sup> Zie inleidende overweging 6.

<sup>17</sup> Vergelijk met de overgang van het handelaarsbegrip uit de WHPC van 1971 naar het verkopersbegrip in de huidige WHPC van 1991.

<sup>18</sup> De onderneming is dan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop ze wordt gefinancierd. Zie hierover uitgebreid: W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCEAU, J. STUYCK en J. STEENBERGEN, *Kartelrecht*, in *Belgisch Privaatrecht*, XIII, Deel 2B, Story-Scientia, Antwerpen, 1996, 67-81, nrs. 57-69.

<sup>19</sup> Hierboven werd immers reeds aangegeven dat de bepalingen over vergelijkende reclame een onderdeel van de richtlijn misleidende reclame vormen.

<sup>20</sup> Zie inleidende overweging 11 van de richtlijn.

<sup>21</sup> Inleidende overweging 7 van de richtlijn.

<sup>22</sup> Art. 3bis, 1°, b).

Uit deze definitie zou men kunnen afleiden dat vergelijkende reclame slechts toegelaten is voor *concurrerende* goederen of diensten. Zulke interpretatie zou, zoals hierboven gesteld, zelfs sporen met de definitie van vergelijkende reclame, als verkoopspromotie tussen *concurrenten*.<sup>23</sup> De reclamerechtspraak waarnaar hierboven werd verwezen, beoordeelt de geoorlooftheid van reclame evenwel stevast vanuit het gezichtspunt van de consument. Dit betekent m.i. dat met het begrippenpaar «in dezelfde behoefte voorzien» en «voor hetzelfde doel bestemd zijn» niet zozeer een marktsituatie wordt bedoeld. Behoeft en doeleinde verwijzen dientengevolge niet naar de substitueerbaarheid (omwisselbaarheid) van goederen of diensten vanuit het standpunt van de concurrent maar vanuit het oogpunt van de *consument* (en diens normale gebruik). Er wordt met andere woorden uitsluitend gekeken naar de vraagsubstitutie en niet naar de aanbods substitutie.

Een bij de vaststaande rechtspraak aansluitende interpretatie verdient m.i. zonder meer de voorkeur, maar toch mag niet uit het oog worden verloren dat vergelijkende reclame uit voorgaande definitie slechts «concurrenten» betreft. De Europese wetgever laat er het raden naar hoe nagegaan zou moeten worden welke ondernemingen concurrent zijn van elkaar. Zo bovenvermelde analyse van de vergelijkbaarheidsvoorwaarden doorwerkt op de algemene definitie van vergelijkende reclame, moet vanuit het standpunt van de consument worden nagegaan welke personen elkaar beconcurreren. Zoals vermeld, kan dit worden vastgesteld aan de hand van de behoefte die wordt bevredigd en het doeleinde dat wordt bereikt. Concurrenten zijn dan «personen die in de ogen van de consument substitueerbare producten aanbieden op de markt».

Indien zo aannemelijk wordt dat «concurrent» uit de algemene definitie op dezelfde wijze moet worden geïnterpreteerd als «substitueerbaar» uit de vergelijkingsvoorwaarden, dan dwingt een consequente analyse tot het besluit dat reclame waarin goederen of diensten van ondernemingen of ondernemingen onderling worden *vergeleken*,<sup>24</sup> zonder meer verboden is indien de ondernemingen geen goederen of diensten aanbieden die in de ogen van de consumenten substitueerbaar zijn.

De vaststelling dat de consument de spil is van de beoordeling van de geoorlooftheid van reclame, werpt ook een nieuw licht op de voorwaarde dat de vergelijking wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken moet betreffen. Het gebrek aan duidelijke richtlijnen terzake van de Europese wetgever wordt dan deels verzacht door de vaststaande reclamerechtspraak. Daarin vormt de Europese consument het uitgangspunt, die, alvast voor wat misleidende reclame betreft, slechts tot aankopen wordt beïnvloed door vermeldingen die niet alleen relevante informatie bevatten, maar bovendien ook rechtstreeks betrekking hebben op de kwaliteit van een product of een dienst. Wel verduidelijkt de Europese rechter niet op algemene wijze wat onder aankoopbeslissende factoren moet worden ver-

staan,<sup>25</sup> zodat nog heel wat rechterlijke interpretatieruimte bestaat.

De vergelijking tussen voornoemde kenmerken moet voortvloeien uit objectieve wijze worden doorgevoerd.<sup>26</sup> Wat daarmee precies wordt bedoeld en welke criteria de objectiviteit van een vergelijking kunnen weergeven, wordt andermaal niet verduidelijkt. Uit de formulering van de preambule,<sup>27</sup> met name dat de geharmoniseerde voorwaarden voor geoorloofde reclame criteria moeten omvatten voor een *objectieve* vergelijking van de kenmerken van goederen en diensten, mag worden afgeleid dat een reclame die aan voornoemde kenmerken beantwoordt en in overeenstemming met de hierna besproken aanvullende vergelijkingsvoorwaarden wordt gevoerd, een objectieve vergelijkende reclame is.

De term «objectief» lijkt dan niet zozeer te wijzen op het onderscheid met «subjectief», maar is veeleer een referentie aan de toelaatbaarheidscriteria, die objectiviteit waarborgen. De zienswijze dat de «gewichtige, vergelijkbare» kenmerken van een product of een dienst moeten worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de consument, sluit immers «subjectieve» kenmerken in.<sup>28</sup> Zo zal de «snob-appeal»-gevoelige consument andere kenmerken doorslaggevend vinden dan de rationele. Hoewel laatstgenoemde consument als Europeesrechtelijk uitgangspunt geldt, namen Europese wetgever en rechter de luxe-gevoelige consument reeds meermaals in bescherming.<sup>29</sup> Per goederen- en dienstensector zal derhalve moeten worden nagegaan welke kenmerken het aankoopgedrag van de betrokken consument beïnvloeden en dus vergelijkbaar zijn.

Vanzelfsprekend mag de vergelijkende reclame dan niet misleidend zijn en geen verwarring stichten tussen adverteerder en concurrent in de ruimste zin (d.i. zijn persoon, goederen, diensten, handelsnaam, merken enz.).<sup>30</sup> Deze vereisten vormen dubblure met het misleidingsverbod dat reeds vervat lag in de richtlijn misleidende reclame,<sup>31</sup> waarvan de vergelijkingsbepalingen een geïntegreerd onderdeel uitmaken.

Een vergelijking mag evenmin afbrekend zijn, *c.q.* de goede naam schaden van of zich kleinerend uitlaten over een concurrent in de ruimste zin (d.i. zijn naam, goederen, diensten, activiteiten, handelsnaam, merken enz.).<sup>32</sup> Hierbij moet, zoals hierboven vermeld, rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaruit volgt dat niet

<sup>25</sup> Zie voor een uitgebreide analyse, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, o.c., 423-429.

<sup>26</sup> Art. 3bis, 1°, c), aanhef.

<sup>27</sup> Zie inleidende overweging 7.

<sup>28</sup> Vrijblijvende suggestieve reclame wordt wel door het vereiste van objectiviteit uitgesloten.

<sup>29</sup> Zie over het gediversifieerde Europese consumentenbeeld, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, o.c., 412-420, en inzonderheid over een mededingingsbeleid waarbij de belangen van de rationele en de «snob-appeal»-gevoelige consument naast elkaar worden beschermd, de beschikkingspraktijk van de Commissie inzake selectieve distributie van luxe-parfums, geanalyseerd in G. STRAETMANS, «Over merkartikelen, selectieve distributie en parallelimport. Les parfums ne valent que ce qu'on les fait valoir, het overige is literatuur...», *Jaarboek Handelspraktijken* 1993, 332-355.

<sup>30</sup> Art. 3bis, 1°, a) en d).

<sup>31</sup> Zie art. 2.2 van die richtlijn.

<sup>32</sup> Art. 3bis, 1°, a)-e).

<sup>23</sup> Zie *infra*, I, B, 1°.

<sup>24</sup> Bedoeld wordt de vergelijking in strikte zin en niet de zuivere verwijzing.

elke vergelijking met slechtmaking kan worden gelijkgesteld. Voor vergelijkingen en merkinbreuken alsook prijsvergelijkingen in reclame bevat de richtlijn bijkomende aanwijzingen.

Een vergelijking die tenslotte verwijst naar een speciale aanbieding moet bovendien duidelijk en ondubbelzinnig begin (indien nog niet begonnen) en einde van de speciale aanbieding alsook de speciale voorwaarden en prijs ervan aangeven of de vermelding 'zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen geleverd worden' <sup>33</sup> bevatten.

### 3° Beleidsruimte voor lidstaten

De richtlijn beoogt een *totale harmonisatie* van de vergelijkingsvoorwaarden, zodat lidstaten terzake geen «strengere» maatregelen ter bescherming van de consument kunnen nemen. <sup>34</sup> De lidstaten kunnen wel, ook na de richtlijn, verboden van vergelijkende reclame <sup>35</sup> handhaven of introduceren voor *bepaalde* goederen of diensten, indien zij rechtstreeks werden opgelegd dan wel door een instantie of organisatie die bevoegd is om de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep te reguleren. <sup>36</sup> De richtlijn houdt immers geenszins de verplichting in om vergelijkende reclame voor die goederen of diensten toe te staan. <sup>37</sup>

Op deels overlappende wijze vervolgt de richtlijn dat niets de lidstaten belet om verbodsbepalingen of beperkingen voor het gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmaatschappelijke dienstverlening te handhaven of te introduceren, die rechtstreeks worden opgelegd door de lidstaat of door een instantie of organisatie die volgens de wetgeving van lidstaten verantwoordelijk is voor het reguleren van de uitoefening van een beroepsactiviteit. <sup>38</sup> Deze verregaande uitzonderingen doen de balans onmiskenbaar en paradoxaal op het uitgangspunt overheffen ten nadele van vergelijkende reclame. Om alsnog de coherentie met het verworven consumentenbeleid te handhaven, voegt de Europese wetgever er noodgedwongen aan toe dat de door de nationale overheden genomen maatregelen in overeenstemming moeten zijn met de

verdragsbepalingen, inzonderheid met de door het Hof van Justitie ontwikkelde 'rule of reason'. <sup>39</sup>

De richtlijn doet bovendien geen afbreuk aan de Europese reclamebepalingen voor specifieke producten en/of diensten en evenmin aan beperkingen of verbodsbepalingen die voor reclame op specifieke media werden ingevoerd. <sup>40</sup>

Daarmee worden respectievelijk de reclamebepalingen voor geneesmiddelen <sup>41</sup> en de bepalingen inzake reclame op televisie <sup>42</sup> bedoeld.

### 4° Procedurele bepalingen

De lidstaten wordt opgedragen passende en doeltreffende middelen voor de naleving van de bepalingen inzake vergelijkende reclame te nemen. <sup>43</sup> Tot de passende maatregelen behoort een vordering tot staking, die kan worden ingesteld door personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een rechtmatig belang daartoe hebben. <sup>44</sup>

Indien de ongeoorloofde vergelijkende reclame nog niet onder het publiek is gebracht, maar zulks op het punt staat te gebeuren, moeten de bevoegde rechterlijke of administratieve instanties van de lidstaten de publicatie ervan kunnen verbieden of een gerechtelijke procedure inleiden tot het verkrijgen van zo'n verbod. <sup>45</sup> Alvorens een dergelijke beslissing te nemen, moet wel rekening worden gehouden met alle belangen die op het spel staan, alsook met het algemene belang. <sup>46</sup> Bij de beoordeling van het ongeoorloofde karakter kan aan de adverteerder worden opgedragen *binnen een korte termijn* bewijzen aan te dragen van de materiële juistheid van de feitelijke gegevens in de reclame. <sup>47</sup> Een dergelijke bewijslast kan slechts aan de adverteerder worden opgelegd, indien zulks, gelet op de omstandigheden van het betrokken geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de adverteerder en elke andere procespartij, pas-

<sup>33</sup> Art. 3bis, 2°. Deze toevoeging schept problemen in het licht van art. 23, 9°, WHPC, aangezien het in België verboden is reclame te voeren omtrent goederen en diensten wanneer de verkoper over een onvoldoende voorraad beschikt. Naar Belgische rechtspraak kan de verkoper zich niet aan de voorraadplicht onttrekken met de vermelding «zolang de voorraad strekt».

<sup>34</sup> Art. 7, tweede lid.

<sup>35</sup> Onder de toepassing van de door de richtlijn op totale wijze geharmoniseerde voorwaarden van vergelijking.

<sup>36</sup> Hoewel de draagwijdte van de richtlijnbeperkingen op dit punt niet precies is, kan hierbij worden gedacht aan bijzondere reclamebepalingen, uitgevaardigd door beroepsinstellingen die bevoegd zijn om een beroepsdeontologie op te stellen en de naleving ervan af te dwingen. Men denke o.m. aan de «Nationale» Orde van Advocaten, al blijft de uitzondering niet beperkt tot vrije beroepsbeoefenaren.

<sup>37</sup> Art. 7, vierde lid.

<sup>38</sup> Art. 7, vijfde lid. Deze bepaling is wel slechts op maat van vrije beroepsbeoefenaren.

<sup>39</sup> Zie *supra*, en zie art. 7, vierde lid, *partim* en vijfde lid *partim*. Uit deze bepalingen volgt ook wel dat de Europese wetgever niet afkerig staat tegenover zelfreguleringsorganen of nog de zelfregulering in zekere zin erkent als middel om de mededinging te organiseren. Zulks wordt overigens bevestigd in de aanhef van de richtlijn en in art. 5.

<sup>40</sup> Zie art. 7, derde lid.

<sup>41</sup> Zie hierover uitgebreid, G. STRAETMANS, «Reclamebeperkingen voor geneesmiddelen. Grenzen aan de informatie?», in *Het Geneesmiddel. Juridisch bekeken*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 125-208.

<sup>42</sup> Zie de verschillende reclamebepalingen in richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, *PB.*, 1989, L 298/23, en zie richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van richtlijn 89/552/EEG, *PB.*, 1997, L 202/60. Zie over de Belgische regelgeving inzake reclame op radio en televisie, A. PUTTEMANS, «Le public et la pub. Les tours et contours juridiques de la publicité», *T.B.H.*, 1997, 413 e.v.. Zie hierover in ruimer perspectief, J.J.C. KABEL, «Grensoverschrijdende reclame en oneerlijke mededinging», *Ars Aequi*, 1993, 714-726.

<sup>43</sup> Art. 4, eerste lid.

<sup>44</sup> Art. 4, eerste lid, *juncto* art. 4, tweede lid, a), *partim*.

<sup>45</sup> Art. 4, tweede lid, a), *in fine*.

<sup>46</sup> Aanhef van art. 4, tweede lid.

<sup>47</sup> Art. 6, a).

send lijkt. Om het voortdurend effect van ongeoorloofde vergelijkende reclame te ondervangen, kunnen lidstaten bovendien maatregelen uitwerken, zoals het bevel de rechterlijke beslissing bekend te maken of een rechtzetting te publiceren.<sup>48</sup>

Ook vrijwillig toezicht door zelfreguleringscolleges kan tot de naleving van de richtlijnbevestigingen bijdragen. Precies omdat zelfregulering in de reclamesector in bepaalde lidstaten sterk opgang maakt, sluit de richtlijn een dergelijk toezicht niet uit, maar dan wel voor zover parallel aan het toezicht door een zelfreguleringsorgaan ook een gerechtelijke of een administratieve procedure blijft bestaan. De naleving van de richtlijn derhalve volledig toewijzen aan bijvoorbeeld de Belgische Jury voor Eerlijke Praktijken in de reclame, zou een niet-conforme omzetting van de richtlijn zijn.

## B. Omzetting in het Belgische recht

Hierna volgt een beknopte commentaar op de bepalingen uit de WHPC die voor de duidelijkheid artikelsgewijs is opgebouwd. Daarbij wordt dezelfde indeling als bij de analyse van de richtlijn vergelijkende reclame aangehouden. Vooraf past het om een voorbehoud te maken. De gevolgen van de nieuwe wetbepalingen zijn schatplichtig aan de Belgische rechtspraak. Gelet op de totale harmonisatie van de vergelijkingsvoorwaarden, zal de interpretatie van de Europese rechter doorslaggevend zijn. Hierboven werd ten aanzien van deze toelaatbaarheidsvoorwaarden een in het licht van het Europese recht, aannemelijke interpretatie verdedigd. Zij gelden ook voor onderhavige analyse als uitgangspunt en kunnen de Belgische rechter tot hulp zijn bij de toepassing van de nieuwe bepalingen

### 1° Definitie van vergelijkende reclame

In omzetting van de richtlijn wordt art. 22 WHPC met een nieuw lid aangevuld. Daarin wordt de door de richtlijn ingevoerde definitie van vergelijkende reclame woordelijk overgenomen. Die letterlijke overname op zichzelf is niet bekritiseerbaar. Wel is de bepaling uit de richtlijn zelf slordig geredigeerd. Dit zal in de praktijk bijna onvermijdelijk toepassingsproblemen met meebrengen.

De twee onduidelijke elementen uit de definitie zijn het begrip «concurrent» en het partikel «...uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd». Daarnaast mag het op het punt van duidelijkheid worden betreurd dat een verklarende definitie van vergelijkende reclame refereert aan reclame in het verklarende gedeelte. Voor de WHPC doet dit geen problemen rijzen, aangezien de ruime definitie van reclame uit art. 22, eerste lid, overeenkomstig van toepassing blijft.

De verwijzing naar «uitdrukkelijk of impliciet noemen», met als bedoeling een zo omvattend mogelijke definitie van het begrip «vergelijking» te geven, is inconsistent met de richtlijnopzet. Deze beoogt immers de voorwaarden voor vergelijkende reclame *sensu stricto* te harmoniseren, en doet dit op *totale* wijze. Precies de grenzen aan impliciete vergelijkingen, die onder het begrip «vergelijkende reclame» in de zin van de richtlijn ressorteren, werden nog niet op Europees niveau klaargesteld.

Getransponeerd naar de Belgische context, betekent dit dat het erg ruime vergelijkingsbegrip behouden blijft. Zoals bekend, werd door de rechtspraak in art. 23.7, *in fine*, vanouds ook een verbod van verwijzende reclame gelezen. Zowel het vereiste «vergelijking» als het vereiste van «identificatie» uit het verbod, «het zonder noodzaak mogelijk (te) maken een of meer andere verkopers te identificeren» worden zeer ruim geïnterpreteerd, zodat beide lijken samen te vallen. Een enkelvoudige, zelfs impliciete *verwijzing* wordt zo al gauw een vergelijking in de zin van de WHPC. De verruiming culmineerde in het verbod van de slogan «aluminium, uw bijdrage tot het behoud van de tropische regenwouden», aangezien de woorden «tropische regenwouden» refereerden aan de concurrentiële houtsector. Niet alleen een (impliciete) verwijzing naar één of een groep van verkopers, maar ook de (impliciete) verwijzing naar één of een groep van producten, levert dan een vergelijking in de zin van de WHPC (en wellicht van de richtlijn?) op.

In beginsel hoeft een dergelijke ruime interpretatie, waarvan de conformiteit met het Europese recht tot op heden niet kan worden nagegaan, geen al te verstrekkende gevolgen te sorteren. De definitie van vergelijkende reclame op zichzelf houdt immers geen rechtsgevolgen in voor de marktdeelnemers. Toch zal de invulling van dit vereiste, gelet op het systeem van de richtlijn, een niet onbelangrijke rol spelen in samenhang met het begrip «concurrent». Het bepaalt immers de wijze waarop een concurrent, *c.q.* diens product of dienst wordt geïdentificeerd en derhalve het toepassingsgebied van, maar ook de grenzen aan geoorloofde vergelijkende reclame. Uit de richtlijn volgt, zoals hierboven gesteld, dat vergelijkende reclame *sensu stricto* die geen concurrent, diens producten of diensten identificeerbaar maakt door een impliciete of uitdrukkelijke vernoeming, niet geoorloofd is. Wel zou een *zuiver refererende* (vergelijkende<sup>49</sup>) reclame, buiten schot van de richtlijn blijven. Een ruime interpretatie van het identificatievereiste zal derhalve meer vormen van reclame onder het keurslijf van de richtlijnvoorwaarden brengen, terwijl een strikt identificatievereiste het vergelijkingsverbod dat met de toepassingsvoorwaarden correleert, zal doen opleven. Een teleologische interpretatie vanuit de doelstellingen van de richtlijn leidt er dan toe dat aan het identificatievereiste een ruime invulling wordt gegeven. Zulks resulteert niet alleen uit de bewoordingen van de definitie van vergelijkende reclame zelf, namelijk het *uitdrukkelijk of impliciet noemen*, maar ook uit de preambule van de richtlijn, waarin een *ruim concept* van vergelijkende reclame wordt vooropgesteld.<sup>50</sup> De gangbare, ruime interpretatie die aan het identificatievereiste in de Belgische rechtspraak wordt gegeven, lijkt dan in overeenstemming met de algemene opzet van de richtlijn.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> De definitie van vergelijkende reclame uit de richtlijn maakt dat ook zuiver refererende reclame als vergelijkende reclame moet worden gekwalificeerd. De vergelijkingsvoorwaarden en het daarmee samenhangende verbod zijn m.i. slechts van toepassing op de vergelijkende reclame in strikte zin.

<sup>50</sup> Zie meer bepaald inleidende overweging 6.

<sup>51</sup> In die lijn vermeldt de memorie van toelichting, dat elk visueel of geluidsteken, elke slogan, of institutionele signatuur, alsook elke zinspelende die de concurrent in staat stelt de concurrent van een adverteerder te herkennen, een impliciete identificatie uit-

<sup>48</sup> Art. 4, tweede lid, derde alinea.

Moeilijker ligt het evenwel met het begrip «concurrent». Hierboven werd verdedigd dat deze woordkeuze een beperktere invulling onderstelt. Het toepassingsgebied van de WHPC strekt zich immers uit tot de ruimere groep van verkopers, zoals gedefinieerd in art. 1.6 a)-c) WHPC. Het verkopersbegrip dat op zichzelf evenmin een toonbeeld van duidelijkheid is,<sup>52</sup> geldt als algemene aanknopingspunt voor de reclamebepalingen. Voor de vergelijkende reclame is het referentiepunt evenwel de «concurrent». Dit begrip werd noch door de Europese wetgever noch door de Belgische wetgever verduidelijkt. Het blijft derhalve open voor rechterlijke interpretatie, die haaks op de doelstellingen van de richtlijn, opnieuw tot rechtsdifferentiatie aanleiding kan geven. Bij de invulling van het begrip «concurrent» moet men bovendien goed voor ogen houden dat vergelijkende reclame slechts mogelijk is voor vergelijkingen tussen concurrenten of concurrerende producten of diensten. Vergelijkende reclame tussen marktdeelnemers die niet elkaars concurrenten zijn of tussen producten of diensten die niet met elkaar concurreren, zijn verboden.

Om alsnog de doelstellingen van de richtlijn te bereiken, zal het begrip «concurrent» een Europeesrechtelijke invulling moeten krijgen. Daarbij is het in de eerste plaats aangewezen alle elementen die de rijke Europese reclamerechtspraak aanreikt, in overweging te nemen. Onder voorbehoud van toekomstige jurisprudentie, kan derhalve vanuit het oogpunt van de Europeesrechtelijke uniformiteit de aan de reclamerechtspraak ontleende, en hierboven verdedigde, interpretatie van het begrip «concurrent» door de Belgische rechtspraak worden overgenomen. Concurrent wordt dan *de persoon die producten of diensten aanbiedt, die in de ogen van de consument waartoe de reclame zich richt, substitueerbaar zijn*. De verduidelijking die de memorie van toelichting aan het begrip «concurrent» geeft, als zou de richtlijn geen onderscheid maken tussen rechtstreekse en onrechtstreekse concurrenten, zodat vergelijkingen tussen verschillende transportwijzen (trein, vliegtuig, auto) of verwarmingssystemen mogelijk zijn en vergelijkingen tussen onrechtstreekse concurrenten uit verschillende sectoren (reisagentschap en verkoper van draagbare telefoons) niet,<sup>53</sup> mist juridische grondslag, vindt geen enkele steun in Europese of Belgische rechtspraak en is derhalve ontoereikend.

Kortweg kan er dus een dubbele correlatie worden vastgesteld tussen enerzijds het «identificatievereiste», dat in beginsel volgens de richtlijn ruim moet worden geïnterpreteerd en het begrip «concurrent», dat Europeesrechtelijk een beperktere, enge omschrijving vergt, én anderzijds tussen voornoemde interpretaties en de reikwijdte van geoorloofde vergelijkende reclame, *c.q.* van het verbod van vergelijkende reclame (*sensu stricto*).

maakt: (zie memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 6).

<sup>52</sup> Zie hierover uitgebreid, G. STRAETMANS, «Recente tendensen in handelspraktijken», in *CBR Jaarboek 1998-1999*, Antwerpen, Maklu, 1999, (243), 245-262.

<sup>53</sup> Memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 6.

## 2° Vergelijkingsvoorwaarden

Het met de nieuwe wet ingevoerde art. 23 bis neemt de vergelijkingsvoorwaarden uit de richtlijn terecht nauwgezet over. De verduidelijkingen die hierboven vanuit de Europese reclamerechtspraak aan deze toepassingsvoorwaarden werden gegeven, gelden dan ook overeenkomstig.

De memorie van toelichting doet terecht opmerken dat een vergelijkende reclame die slechts slaat op één wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief kenmerk, onder het regime van de richtlijn geoorloofd kan zijn. Een volledige vergelijkende test is derhalve niet vereist. De memorie vervolgt ietwat voortvarend dat een adverteerder diens tengevolge «één specifieke hoedanigheid van zijn artikel (sic) (zal) kunnen doen gelden (bijvoorbeeld het lagere brandstofverbruik van een wagen, minder verbruik van water of elektriciteit van een vaatwasmachine)». <sup>54</sup> Daarbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn. <sup>55</sup> Het vervullen van voornoemd toelaatbaarheidsvereiste voor vergelijkende reclame sluit het misleidende karakter van dergelijke reclame derhalve niet uit. Zo is het niet denkbeeldig dat wanneer een concurrent in reclame slechts één productkenmerk in de verf zet, hij zich schuldig maakt aan misleiding door omissie. <sup>56</sup>

In § 3 van art. 23bis WHPC wordt de richtlijnbevestiging m.i. ten onrechte aangevuld met «*verboden is elke vergelijkende reclame die de voorwaarden gesteld in §§1 en 2 niet eerbiedigt*». Volgens de memorie van toelichting was deze toevoeging vereist om de vordering tot staking tegen vergelijkende reclame die de toelaatbaarheidsvoorwaarden niet vervult, toe te laten. <sup>57</sup> Gelet op de aanhef van art. 23bis, namelijk dat vergelijkende reclame geoorloofd is *op voorwaarde dat* deze aan de toelaatbaarheidsvoorwaarden beantwoordt, en op de redactie van art. 93 en 94 die elke met de eerlijke handelspraktijken strijdige daad verbieden, rijst de vraag wat § 3 daaraan toevoegt. De toevoeging van § 3 is eens te meer opmerkelijk, daar de wetgever naliet art. 95 WHPC aan te passen. Naar luid van die bepaling stelt de voorzitter van de rechtbank van koophandel het bestaan vast en beveelt hij de staking van een zelfs onder het strafrecht vallende daad die een inbreuk op de bepalingen van deze wet uitmaakt. Het tweede lid van datzelfde artikel laat de rechter toe reclame bedoeld in art. 23 te verbieden wanneer zij nog niet onder het publiek is gebracht, maar de publicatie ervan op het punt

<sup>54</sup> Memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 9.

<sup>55</sup> Naast de richtlijn misleidende reclame waarvan de bepalingen inzake vergelijkende reclame een onderdeel zijn, wordt dit bevestigd door art. 3bis, 1, a) en d) van richtlijn 97/55 en art. 23bis, § 1, 1°, WHPC.

<sup>56</sup> De richtlijn vergelijkende reclame laat de misleidingscriteria onverlet. De Europese reclamerechtspraak erkent misleiding door omissie uitdrukkelijk. Zie bijvoorbeeld over een misleiding door weglating van relevante gegevens, die tevens een misleidende juiste reclame is, H.v.J., 25 februari 1992, zaak C-203/90, Gutshof-Ei, *Jur.*, 1992, I-1024, rechtsoverweging 17 en zie hierover meer uitgebreid, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, o.c., 420-429.

<sup>57</sup> Memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 9.

staat te gebeuren. De wetgever had er goed aan gedaan art. 23bis aan dit lid toe te voegen.<sup>58</sup>

Daarnaast maakte de wetgever van de gelegenheid gebruik om ongelukkige bewoordingen uit art. 23, 1° en 2°, weg te nemen en gelijktijdig te uniformiseren. Zo wordt de term «gekocht»<sup>59</sup> vervangen door «verkregen» en wordt aan 23, 2° «de diensten die ermee (= de hoofddienst) gepaard gaan» toegevoegd, zodat ook misleidende aanwijzingen met betrekking tot diensten die met de hoofddienst gepaard gaan door het misleidingsverbod worden gevat.

De nieuwe bepaling vervat in art. 23bis heeft natuurlijk gevolgen op de bestaande reclameverboden. De bepalingen uit art. 23 inzake afbrekende (art. 23, 6°), vergelijkende en verwarringstichtende (art. 23, 8°) reclame worden dan ook vervolledigd met de zinsnede «onverminderd de bepalingen voorzien in artikel 23 bis».

Een uitloper van richtlijn 97/7 inzake verkoop op afstand, die hierna uitvoeriger wordt besproken, is de aanvulling van het verbod van redactionele misleiding, art. 23, 5°. Naar luid van het toegevoegde lid moet ongevraagde reclame per e-mail, bij de ontvangst ervan door de afnemer duidelijk en ondubbelzinnig als zodanig herkenbaar zijn. Elders werd over dit verbod reeds gesteld dat het doublure vormt met het algemeen verbod van misleidende reclame, dat natuurlijk ook ziet op redactionele misleiding.<sup>60</sup>

In dezelfde lijn wordt de reeds aanzienlijke lijst van reclameverboden nog uitgebreid. Opmerkelijk is dat niet zo zeer een naar de inhoud laakbare reclamevorm wordt beteugeld, maar wel, m.i. voor het eerst,<sup>61</sup> een zuivere wijze van reclame voeren. Een veertiende lid wordt daartoe aan art. 23 toegevoegd, waarin reclame wordt verboden die betrekking heeft op een gratis aanbod van producten of diensten of enig ander voordeel, wanneer de vraag om deze te verkrijgen niet is gescheiden van enige bestelbon van producten of diensten. Dit reclameverbod laat natuurlijk de toegelaten gezamenlijke aanbiedingen onverlet. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit reclameverbod een gangbare praktijk bij verkoop op afstand bedoelt. Reclame voor geschenken zonder aankoopverplichting zou vaak verraderlijk zijn, omdat de consument dikwijls de mening is toegedaan dat slechts op bestelling van één of meer producten het gratis geschenk kan worden verkregen.<sup>62</sup> Hiermee begeeft de wetgever zich m.i. op glad ijs. Zo de aanbieding van het gratis geschenk op de bestelbon de consument in de waan

laat over de precieze voorwaarden om het gratis geschenk te verkrijgen, is er sprake van verwarringstichtende of liever misleidende reclame, die reeds door andere verbodsbepalingen wordt beteugeld. Men kan derhalve niet goed inzien wat het nieuwe verbod aan de bestaande toevoegt. Ook het axioma dat de consument automatisch wordt misleid zo een gratis aanbieding niet losstaat van de bestelbon, is zowel op Belgische consumentenrechtelijke als Europeesrechtelijke gronden bekritiseerbaar.<sup>63</sup> Vooral de ultieme redengeving dat «de huidige praktijk de klaarheid (verzwakt) over het aanbod van de verkoper en de aankoopdaad (aantast) door de aandacht van de consument af te leiden van het hoofdzakelijke naar het bijkomstige», heeft veel weg van de *ratio legis* die aan het oorspronkelijke verbod van verkoop met premie (gezamenlijk aanbod) onderlag, dat, zoals bekend, achterhaald is.

Ten slotte moest de wetgever een interne tegenspraak in art. 23, 10° inzake sweepstakes, die overigens conflicteerde met de uitzondering op het verbod van gezamenlijk aanbod in art. 56, 6°, dat toelaat titels tot deelneming aan toegelaten loterijen of tombola's gezamenlijk aan te bieden, wegwerken.<sup>64</sup> Van het sweepstake-verbod werd immers uitgezonderd, de reclame betreffende de al dan niet kosteloze aanbiedingen voor deelnemingen aan toegelaten loterijen, op voorwaarde dat deze aanbiedingen niet gebonden zijn aan de verkrijging van andere producten of diensten.<sup>65</sup> Aldus werden, naar luid van art. 23, 10° *in fine*, de gevallen bedoeld in art. 56, 6° van de bepaling opnieuw onder het verbod gebracht, terwijl de aanhef tot art. 23, 10°, nadrukkelijk in een uitzondering van het verbod voor deze gevallen voorzag. Precies de dubbelzinnige referentie aan gezamenlijke aanbiedingen stemde dan niet met de uitzondering op het verbod van gezamenlijk aanbod in art. 56, 6° overeen.

Uit de aanhef van art. 23, 10° wordt aldus de verwijzing naar 56, 6° geschrapt, alsook de zinsnede «op voorwaarde dat die aanbiedingen niet verbonden zijn aan de verwerving van andere producten en diensten» uit art. 23, 10°, *in fine*. De uitzondering luidt derhalve als volgt: het verbod geldt niet voor «de reclame die, al dan niet gratis, aanbiedingen van deelnemingstitels aan de toegelaten loterijen bevat, met inbegrip van de aanbiedingen bedoeld in de artikelen 56.6 en 57.2». Partikel 6 uit art. 56 wordt bijkomend kortweg vervangen door «titels tot deelneming aan toegestane loterijen». Tegelijkertijd werd elke aanleiding tot een nieuw conflict tussen art. 23, 10°, en de uitzondering uit art. 57, 2°, weggenomen.

### 3° Beleidsruimte voor lidstaten

De letterlijke overname van de vergelijkbaarheidsvoorwaarden neemt evenwel niet weg dat de Belgische wetgever verdragsconforme *algemene* verboden van vergelijkende re-

<sup>58</sup> Zie hierover meer onder 4°, Procedurele bepalingen.

<sup>59</sup> Daaraan werd immers in de praktijk (vruchteloos?) gerefereerd om de toepassing van het verbod van misleidende reclame uit te sluiten voor kosteloze aanbiedingen van geschenken, terwijl het voor de toepassing van de reclametitel irrelevant is of het product kosteloos, ten bezwarende titel, in huur of op gelijk welke andere wijze van inbezitting werd verkregen.

<sup>60</sup> Zie G. STRAETMANS, «De vernieuwde reclamereglementering uit de WHPC herbezoekt aan de hand van markante rechtspraak», in *Handelspraktijken Anno 1996*, J. STUYCK (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1996, 54-56.

<sup>61</sup> Het verbod van redactionele misleidende reclame zie ik niet als een bijzondere wijze van reclame voeren, maar als een bijzondere verschijningsvorm van reclame die naar de inhoud, weliswaar mede door de wijze waarop ze wordt gevoerd, misleidt.

<sup>62</sup> Memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 8.

<sup>63</sup> Zie uitgebreid over het beeld van de consument, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, o.c., 54-107, 390, 391 en 416-420.

<sup>64</sup> Zie over deze interne inconsistentie, G. STRAETMANS, «Artikelsgewijze commentaar Handels- en economisch recht: Art. 23, 10° WHPC», Antwerpen, Kluwer, Ohra-losbladig, 5.

<sup>65</sup> Zie hierover uitgebreid, G. STRAETMANS, «Verkoop op afstand: verkooppromotie en reclame», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 62-70.

clame voor bepaalde goederen of diensten kan handhaven of invoeren. De wetgever heeft in de omzettingwetgeving geen uitdrukkelijk gebruik gemaakt van deze bevoegdheid. Wel moet worden vastgesteld dat de wetgever op andere terreinen ten onrechte in de overtuiging verkeerde beleidsruimte te behouden. Deze tekortkomingen ten aanzien van de totale harmonisatie die de richtlijn doorvoert, worden hierna kort aangestipt.

Opmerkelijk allereerst is het behoud van het bestaande art. 23, 7°, WHPC inzake vergelijkende reclame. Dientengevolge is elke reclame verboden, «die onverminderd de bepalingen voorzien in art. 23 bis vergelijkingen inhoudt die bedrieglijk of afbrekend zijn of die het zonder noodzaak mogelijk maken een of meer andere verkopers te identificeren». Dit betekent dat elke vorm van vergelijkende reclame die niet beantwoordt aan de vergelijkingsvoorwaarden gesteld in art. 23bis ook verboden blijft. Voor zover art. 23, 7°, WHPC slechts vergelijkingen *sensu stricto* viseert, hoeft daaruit geen conflict met de richtlijnbevestigingen te rijzen,<sup>66</sup> wanneer de toepassingsvoorwaarden ten minste niet cumulatief aan die van art. 23bis worden gelezen.<sup>67</sup> De bepaling vormt dan wel doublure met art. 23bis zelf, dat reeds afsluit met een paragraaf waarin elke vergelijkende reclame die de voorwaarden van art. 23bis niet eerbiedigt, wordt verboden.<sup>68</sup> Op dezelfde grond is de hierboven besproken toevoeging aan de bepalingen inzake afbrekende en verwarringstichtende reclame volstrekt overbodig.

Als evenwel uit de toegevoegde zinsnede ook mag worden afgeleid, dat, zoals vanouds, elke refererende reclame op grond van art. 23, 7°, WHPC, als vergelijkende reclame *sensu lato* mag worden verboden, en derhalve buiten de geoorloofde vergelijkende reclame op grond van art. 23bis WHPC, elke vergelijkende reclame *sensu lato* onder verwijzing naar Fredericq's adagium verboden blijft, komt de Belgische wetgeving m.i. opnieuw in conflict met het Europese recht. De memorie van toelichting laat zulks immers uitschijnen. Naar het oordeel van de wetgever was het gepast «voornoemde verboden van 23, 6°, 7° en 8° te laten voortbestaan. Zij zullen van toepassing blijven in al de gevallen waar de bestaansvoorwaarden van de vergelijkende reclame niet vervuld zijn».<sup>69</sup>

De totale harmonisatie strekt er immers toe een minimum aan vergelijkende reclame in strikte zin toelaatbaar te maken, op voorwaarde dat de geharmoniseerde vergelijkingsvoorwaarden worden nageleefd. De lidstaten kunnen derhalve de mogelijkheid van vergelijkende reclame in die betekenis niet uitbreiden, noch striktere vergelijkingsvoor-

waarden handhaven.<sup>70</sup> Aan refererende reclame stelt de richtlijn in beginsel geen perken, aangezien zulks, haaks op de vrijmakingsratio van de richtlijn, onverkort tot een algemeen verbod van verwijzende reclame zou leiden. Bepalend is dan de algemene rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan nationale regelgeving die de consument de toegang tot bepaalde informatie ontfangt, onverenigbaar kan worden verklaard met de Europese bepalingen inzake vrij verkeer.<sup>71</sup> Voor zover zuiver refererende reclame waarheidsgetrouwe informatie kanaliseert naar de consument, lijkt het behoud van het oude art. 23, 7°, WHPC te conflicteren met de Europese reclamerechtspraak.

In het licht van deze gebeurlijke conflicten met het Europese recht, ware het beter geweest art. 23, 7°, WHPC kortweg te schrappen en te vervangen door een art. 23, 7°, WHPC, waarin de bewoordingen van het huidige art. 23bis werden opgenomen.

Het totale karakter van de harmonisatie doorkruist ook de lijst van kenmerken uit art. 23, 1° en 2°, WHPC. De vergelijkende reclame zal moeten worden gevoerd over wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken. Hierboven werd ervoor geopteerd ook deze kenmerken vanuit het gezichtspunt van de consument te interpreteren. Het zal dus zaak zijn de lijst van kenmerken uit voornoemde artikelen in overeenstemming met dat gezichtspunt toe te passen.<sup>72</sup>

Ook de rechterlijke interpretatie van het reclameverbod, vervat in art. 23, 9°, WHPC, zal onder druk van de richtlijnbevestigingen een versoepeling moeten ondergaan. Kortweg verbiedt deze bepaling reclame voor een verkoop zonder toereikende voorraad. Een verkoper kan zich niet van deze verplichting ontdoen «door de vermelding in de reclame dat de «voorraad slechts strekt tot hij uitgeput is»».<sup>73</sup> Naar luid van de richtlijn is een vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding geoorloofd wanneer o.m. de speciale voorwaarden en prijs ervan worden aangegeven of de vermelding «zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen geleverd worden». Gelet op het totale karakter van de harmonisatie, zal deze vermelding, ter (juridische) ontlasting van de verkoper, moeten worden toegestaan. Ook het recente arrest van het Hof van Cassatie schept geen volledige duidelijkheid op dit punt. Volgens het Hof blijkt uit de bewoordingen van art. 23, 9°, WHPC «dat het voorzien van een toereikende voorraad voor de verkoper slechts een inspanningsverbintenis kan zijn; dat, daarentegen, het aanleggen van een voorraad die noodzakelijk is om daaraan te voldoen, neerkomt op een verbintenis waaraan de verkoper zich enkel kan

<sup>66</sup> De vaststelling dat art. 23, 7° vergelijkende reclame *sensu stricto* verbiedt voor de ruimere groep van verkopers conflicteert immers niet met art. 23bis, dat dergelijke reclame tussen concurrenten onder bepaalde voorwaarden geoorloofd verklaart. Ook ingevolge art. 23bis is elke vergelijkende reclame *sensu stricto* die niet wordt gevoerd tussen concurrenten, c.q. hun producten of diensten, een verboden vergelijkende reclame.

<sup>67</sup> Deze cumulatie van voorwaarden zou, gelet op het totale karakter van de harmonisatie, in strijd zijn met de richtlijn.

<sup>68</sup> Zie art. 23bis, §3.

<sup>69</sup> Memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 8.

<sup>70</sup> Zoals hierboven vermeld, voorziet de richtlijn wel in een aantal uitzonderingen op deze regel.

<sup>71</sup> Zie hierover uitgebreid, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, o.c., 295-412.

<sup>72</sup> Vergelijk met één van de schaarse uitspraken die het misleidingsrisico daadwerkelijk toespitsen op voor de consument aankoopbeslissende factoren, Voorz. Kh. Hasselt, 16 juli 1996, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1996, 237, die de vermelding in reclame dat een videorecorder over VPS beschikt, kwalificeert als een kenmerk dat het economisch gedrag van de consument tot wie de reclame is gericht, kan beïnvloeden.

<sup>73</sup> L. DE GRUYSE, «De vernieuwingen inzake reclame», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1992, 50.

onttrekken door het bewijs van overmacht». <sup>74</sup> Hoewel het voorzien in voldoende voorraad een *inspanningsverbintenis* is, blijft het aanleggen van een voorraad in overeenstemming met die gewekte verwachting een verplichting waaraan de verkoper slechts kan ontkomen indien hij overmacht aantoonst. <sup>75</sup> De vermelding in reclame «zolang de voorraad strekt», lijkt dan geenszins toereikend om van laatstgenoemde verplichting bevrijd te zijn.

De totale harmonisatie heeft bovendien tot gevolg dat een algemeen verbod van reclame die verwijst naar vergelijkende tests, uitgevoerd door consumentenorganisaties, zoals thans nog vervat in art. 23, 12°, WHPC, zal moeten worden opgeheven. Betreft het vergelijkende reclame in strikte zin, dan zal moeten worden nagegaan of de weergave van de vergelijkende tests in overeenstemming is met de geharmoniseerde toelaatbaarheidsvoorwaarden waaraan elke vergelijkende reclame wordt onderworpen. Een algemeen verbod, dat niet beperkt wordt tot bepaalde goederen of diensten, gaat verder dan de totale harmonisatie en is derhalve niet toegelaten. Zo art. 23, 12°, WHPC uitsluitend verwijzende reclame beoogt, valt het verbod weliswaar buiten de totale harmonisatie en onder de ruime definitie van vergelijkende reclame uit de richtlijn. Voorgaande bedenking bij art. 23, 7° is dan van overeenkomstige toepassing. De uitdrukkelijke erkenning door het Hof van Justitie dat niet «elke vergelijking gelijk te stellen is aan een slechtmaking», doet ernstige vragen rijzen over de conformiteit van een algemeen verwijzingsverbod dat geen rekening houdt met het eventueel informatieve en juiste karakter van vergelijkende tests. Een uitwas van het adagium van Fredericq, namelijk de rechterlijke zienswijze dat een verkoper niet het recht heeft om een voor hem gunstige vergelijkende studie voor reclamedoeleinden aan te wenden, komt eveneens op de helling. <sup>76</sup>

Ook art. 43 § 4, eerste zin, waarin het principiële verbod vervat ligt van vergelijkingen van prijzen met andere prijzen dan de gereglementeerde kleinhandelsprijzen, moest, ingevolge richtlijn 97/55, aangepast worden. Prijsvergelijkende reclame geniet in de Europese rechtspraak een ruime toegankelijkheid. Een concurrent mag derhalve zijn toegepaste prijs vergelijken met die van een concurrent. Richtlijn 97/55 bevestigt thans de voor de interne markt heilzame werking van prijsvergelijkende reclame. De preambule aan de richtlijn onderwerpt prijsvergelijkingen immers slechts aan de misleidingstest. <sup>77</sup> Art. 43 leidt derhalve uitzondering door de

door art. 23bis toegelaten prijsvergelijkingen. Daarnaast achtte de wetgever het nuttig om het verbod van prijsvergelijkingen met bijvoorbeeld louter fictieve prijzen, zoals de prijs van de dag, van de markt enz. te handhaven. Voor zover dit verbod beoogt misleidende prijsvergelijkingen bij de consument te voorkomen, kan dit de Europeesrechtelijke toets doorstaan. Bij enkele rigide toepassingen in de recente rechtspraak van dit prijsvergelijkingsverbod kon de conformiteit met het Europese recht evenwel in vraag worden gesteld. <sup>78</sup>

#### 4° Procedurele bepalingen

*Grosso modo* worden de door de richtlijn ingevoerde procedurele wijzigingen correct omgezet. Zo wordt art. 24, dat reeds gedeeltelijk, ingevolge de richtlijn misleidende reclame, op de richtlijn vergelijkende reclame anticipeerde, aangevuld met een korte termijn. <sup>79</sup> De wetgever heeft hier terecht voor de rechtszekerheid gekozen en de termijn waarbinnen de adverteerder de juistheid van de gegevens uit de gevoerde reclame kan bewijzen, op maximum één maand gesteld. Daarbij zij wel opgemerkt dat deze termijn voortaan niet alleen geldt voor de juistheid van gegevens in vergelijkende reclame, maar ook in misleidende reclame.

De invoering van art. 23bis vergde voorts de aanpassing van enkele corresponderende procedurele bepalingen. Zo kan de vordering tot staking wegens schending van art. 23bis ook worden ingesteld tegen de adverteerder, als bepaald in art. 27, <sup>80</sup> en wordt art. 43, § 4, eerste zin inzake prijsvergelijkende reclame <sup>81</sup> aangepast met een verwijzing naar art. 23bis. Enkel art. 95, tweede lid, dat de rechter de mogelijkheid biedt «nakende» reclame te verbieden, werd niet aangevuld met een verwijzing naar art. 23bis. Dit betekent dat de rechter de staking van vergelijkende reclame die nog niet onder het publiek is gebracht, maar waarvan de publicatie op het punt staat te gebeuren, niet kan bevelen. Men mag hierin een tekortkoming ten aanzien van de omzettingsverplichtingen uit de richtlijn zien, die de vordering tot staking van vergelijkende reclame alvorens ze publiek wordt gemaakt, nadrukkelijk voorschrijft.

Ook de formulering van art. 97, 12°, WHPC wordt aangepast om beter het onderscheid <sup>82</sup> te kunnen maken tussen overtredingen van reclamebepalingen uit de WHPC en overtredingen op reclamebepalingen uit andere, eventueel sectorale, wetgeving <sup>83</sup> of decreten <sup>84</sup> of overtredingen van re-

<sup>74</sup> Cass., 12 september 1996, *R.W.*, 1996-97, 1135.

<sup>75</sup> Zie Voorz. Kh. Hasselt, 13 december 1996, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1996*, waarin een levering niet als overmacht, maar wel als een voorzienbaar risico werd beschouwd, net als het faillissement van een leverancier in Voorz. Kh. Brussel, 7 oktober 1996, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1996*, 597.

<sup>76</sup> Zie hierover uitgebreid, G. STRAETMANS, «De vernieuwde reclamereglementering uit de WHPC herbezoekt aan de hand van markante rechtspraak», in *Handelspraktijken Anno 1996*, J. STUYCK (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1996, 74-77.

<sup>77</sup> De preambule conflicteert enigszins met art. 3bis van de richtlijn, dat de prijs als een wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief kenmerk van een goed of dienst beschouwt. Naar luid van artikel 3bis, 1, c), gelden de vergelijkingsvoorwaarden immers ook voor vergelijkingen die beperkt blijven tot één van die kenmerken. Strikt gezien zou prijsvergelijkende reclame dan onder de cumulatieve voorwaarden uit de richtlijn moeten ressorteren.

<sup>78</sup> Zie vooral naar aanleiding van de door De Slegte gevoerde prijsreclame, Antwerpen, 24 februari 1997, *R.W.*, 1997-1998, 1258, met noot G. STRAETMANS, en Cass., 26 november 1998, *R.W.*, 1999-2000, 396. Zie daarnaast Voorz. Kh. Brussel, 21 februari 1996, *T.B.H.*, 1998, 446, over prijsvergelijkingen in reclame voor spaarrekeningen.

<sup>79</sup> Zie *supra*.

<sup>80</sup> Zie over het adverteerdersbegrip, G. STRAETMANS, «Artikelsgewijze commentaar. Art. 27 WHPC», in *Artikelsgewijze commentaar Handels- en Economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, Ohra - losbladig, 1-7.

<sup>81</sup> Zie hierboven onder punt 3° Beleidsruimte lidstaten.

<sup>82</sup> Dit onderscheid lag voordien reeds besloten in art. 97, 12°, maar de manke formulering ervan had in de praktijk aanleiding gegeven tot discussies.

<sup>83</sup> Zie hierover J. STUYCK, «De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking», in *Handelspraktijk*.

glementaire bepalingen. Art. 97, 12°, biedt de handelsrechter dus een rechtsgrond om reclame-overtredingen met de vordering tot staking te beteugelen, maar slechts voor zover het geen reclamebepalingen betreft die in de WHPC vervat liggen of in uitvoering daarvan werden genomen. Tegen deze kan immers op grond van art. 95 de vordering tot staking worden ingeleid.

Daarnaast wordt aan dit artikel een 15° toegevoegd naar luid waarvan de uitoefening van een beroepsactiviteit zonder te beschikken over het door de programmawet van 10 februari 1998 opgelegde attest, met een vordering tot staking kan worden beteugeld. Daarnaast was en blijft een beroep op de vordering tot staking mogelijk voor o.m. het uitoefenen van een handelsactiviteit zonder ingeschreven te zijn in het handelsregister.<sup>85</sup>

## II. INVOEGING VAN EEN NIEUWE AFDELING INZAKE VERKOOP OP AFSTAND.

De omzetting in het Belgische recht van richtlijn 97/7/EG inzake verkoop op afstand<sup>86</sup> bracht zo'n ingrijpende wijzigingen mee dat de wetgever ervoor opteerde om de bestaande afdeling uit de WHPC te vervangen door een volledig nieuwe, weliswaar met behoud van het aantal artikelen (art. 77-83 WHPC). Een volledige analyse van de nieuwe afdeling, genaamd «overeenkomsten op afstand», gaat het bestek van deze bijdrage ver te buiten. Hierna worden slechts enkele krachtlijnen toegelicht met betrekking tot het toepassingsgebied, de verplichte voorafgaande toestemming van de consument, de informatieverplichtingen én de bedenktijd en daaraan verbonden rechten, in die volgorde. Vooraf zij er nog op gewezen dat deze richtlijn, anders dan de richtlijn vergelijkende reclame slechts een minimum harmonisatie doorvoert,<sup>87</sup> zodat de lidstaten op tal van punten strengere bepalingen kunnen invoeren of handhaven, op voorwaarde natuurlijk dat die nationale bepalingen in overeenstemming zijn met het EG-verdrag.

### A. Toepassingsgebied

Het nieuwe art. 77 WHPC bevat een aantal definities die, kort gezegd, het oorspronkelijke toepassingsgebied verfijnen. Doorslaggevende criteria blijven in elk geval de fysieke en gelijktijdige afwezigheid van verkoper en consument, alsook het gebruik van een georganiseerd verkoopsysteem dat berust op een communicatietechniek op afstand. Een

overeenkomst op afstand is thans «elke overeenkomst tussen een verkoper en een consument inzake producten of diensten die wordt gesloten in het kader van een door de verkoper georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruik gemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf».<sup>88</sup> Een techniek voor communicatie op afstand is dan «ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van verkoper en consument kan worden gebruikt voor de sluiting van de overeenkomst tussen deze partijen».<sup>89</sup> De verfijning is dan voornamelijk een vernauwing van het toepassingsgebied, die wordt bereikt door de nadruk die wordt gelegd op het *uitsluitend* gebruik *tot en met* de sluiting van de overeenkomst zelf, van de communicatietechniek op afstand. Bij de omzetting is het begrip «leverancier» uit de richtlijn automatisch vervangen door het begrip «verkoper», terwijl met leveranciers ook vrije beroepsbeoefenaren worden bedoeld. De wetgever is zich van deze tekortkoming bewust en onderzoekt, in de hem intussen gangbare stijl,<sup>90</sup> of er behoefte is (*sic*) aan bijzondere bepalingen op verkopen op afstand tussen vrije beroepsbeoefenaren en hun cliënten.<sup>91</sup> De overige elementen van deze definitie kwamen reeds uitgebreid in andere bijdragen aan bod.<sup>92</sup> Wel wordt ook de communicatietechniek-exploitant gedefinieerd,<sup>93</sup> die net als de verkoper een bijzondere verantwoordelijkheid bij het gebruik van de techniek wordt opgelegd. Daaronder moet elke persoon in ruime zin worden begrepen wiens beroepsactiviteit erin bestaat een communicatietechniek op afstand ter beschikking te stellen van een verkoper. Dergelijke «providers of services» zijn onder meer

<sup>88</sup> Art. 77, § 1, 1°.

<sup>89</sup> Art. 77, § 1, 2°. Bijlage I aan de richtlijn somt als communicatietechnieken op afstand o.m. op: allerhande drukwerken, reclame in pers met bestelbon, catalogi, telefoon, radio, video, telefax, telewinkelen enz. De memorie van toelichting laat niet ondubbelzinnig uitschijnen dat distributie-automaten of geautomatiseerde handelsruimten die, zonder fysieke aanwezigheid van de verkoper, producten voor courant gebruik (drank- en levensmiddelenautomaten) te koop aanbieden, niet onder onderhavige afdeling ressorteren, aangezien ze geen communicatietechniek op afstand in werking stellen. Wellicht is het zo op te vatten dat bij deze automaten de communicatie tussen terminal en consument beperkt blijft tot de inworp van geld en het toetsen van de aan het product corresponderende code.

<sup>90</sup> Men vergelijkte met de bijzondere wetten voor vrije beroepsbeoefenaren in omzetting van de richtlijn misleidende reclame en de richtlijn inzake onrechtmatige bedingen.

<sup>91</sup> Zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 20.

<sup>92</sup> Zie H. SWENNEN, «Bepaalde handelspraktijken», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1992, 97-101. Zie ook M. VAN HUFFEL, «Développements européens en matière de vente à distance et de commerce électronique», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 3-32. Zoals bekend, blijven occasionele leveringen aan huis door slager of bakker in uitvoering van een telefonische bestelling buiten het toepassingsgebied, aangezien geen georganiseerd systeem van verkoop op afstand wordt opgezet (zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 24).

<sup>93</sup> Zie art. 77, § 1, 3°.

*ken Anno 1996*, J. STUYCK (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1996, 236-238. De memorie van toelichting verwijst in dit verband naar reclamebepalingen in wetgeving ter bescherming van de gezondheid van consumenten bij voedingswaren, alcohol, tabak, geneesmiddelen, (*Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 43).

<sup>84</sup> Deze toevoeging stelt de vordering tot staking open voor overtredingen van reclamebepalingen vervat in de decreten en besluiten van de Franse en Vlaamse Gemeenschap, die werden genomen in uitvoering van o.m. de reclamebepalingen inzake reclame op radio en televisie uit de wet van 8 augustus 1988.

<sup>85</sup> Zie art. 97, 1°, 2°, 3°, en 4°.

<sup>86</sup> Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *P.B.*, 1997, L 144/19.

<sup>87</sup> Zie art. 14 van de richtlijn.

centra voor gegevensbanken, access providers, telefoon- en postoperatoren.<sup>94</sup> Voor zover deze «providers» diensten presteren te bezwarende titel, d.i. voor een al dan niet rechtstreekse vergoeding, zijn ze aan te merken als verkopers in de zin van de WHPC.<sup>95</sup>

Belangrijk is voorts de uitsluiting uit het toepassingsgebied van financiële diensten.<sup>96</sup> Daartoe is een duidelijke afbakening van wat onder dergelijke diensten wordt verstaan noodzakelijk. De «financiële diensten» worden dan ook in artikel 77 § 1.4 WHPC op ruime wijze gedefinieerd.<sup>97</sup> Deze uitsluiting is eveneens door de richtlijn ingegeven,<sup>98</sup> die overigens nog voorzag in bijkomende uitsluitingen die, gelet op de minimumharmonisatie die de richtlijn doorvoert, niet werden overgenomen in de WHPC.<sup>99</sup> Opmerkelijk is wel dat deze definitie als een onderdeel van de afdeling inzake verkoop op afstand wordt opgenomen en niet bij de definities van het algemene toepassingsgebied. Nu de wetgever al met nadruk liet uitschijnen bepaalde artikelen uit de WHPC ook te willen toepassen op transacties met financiële instrumenten, effecten en waarden,<sup>100</sup> geldt dit eens te meer. In dat verband wordt thans reeds in de WHPC bepaald dat de Koning bepalingen van onderhavige afdeling op financiële diensten van toepassing kan verklaren. Voor homogene finan-

ciële diensten werd deze optie al zijdelings gelicht.<sup>101</sup> Zo werd voor deze diensten benevens bijzondere prijsaanduidingsbepalingen,<sup>102</sup> een bijzondere bepaling terzake van verkoop op afstand opgenomen. Luidens die bepaling moet het tarief van de homogene financiële dienst die te koop wordt aangeboden buiten de gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de verkoper en de consument uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst aan de consument worden meegedeeld.<sup>103</sup> Deze verplichting geldt evenwel niet wanneer de dienst deel uitmaakt van een voorafgaande door de consument gesloten overeenkomst.<sup>104</sup> Wanneer de consument er evenwel om vraagt, moet hem het tarief van de dienst worden meegedeeld volgens dezelfde verkoopstechniek als waarmee de dienst wordt aangeboden.

Precies de invoeging van een definitie van financiële diensten in een bepaalde afdeling van de WHPC doet dan vermoeden dat hiermee geen (al)gemene definitie wordt beoogd. Bijgevolg zal de referentie aan financiële diensten per afdeling kunnen verschillen. Het gebrek aan eenvormigheid dat daaruit resulteert, is alvast betreurenswaardig. Beter ware het derhalve geweest om financiële diensten eenmalig in het algemeen toepassingsgebied van de WHPC te definiëren<sup>105</sup> en per afdeling aan te geven op welke financiële diensten deze eventueel niet van toepassing is.

## B. Voorafgaande toestemming

Alvorens bepaalde methoden van verkoop op afstand kunnen worden aangewend ten aanzien van de consument is diens voorafgaande toestemming vereist.<sup>106</sup> Het betreft overeenkomsten op afstand waarbij gebruik wordt gemaakt van oproepautomaten<sup>107</sup> of van fax.<sup>108</sup> Het is aan de verkoper om het bewijs van deze toestemming te leveren.<sup>109</sup> Het staat de Koning vrij om de lijst van technieken waarvoor voorafgaande toestemming van de consument is vereist, uit te breiden. Andere communicatietechnieken kunnen slechts ten aanzien van de consument worden gebruikt, voor zover deze geen kennelijk bezwaar uit. Indien de consument zijn recht

<sup>94</sup> Eenvoudige particuliere communicatiesoftware zoals Netscape en Explorer worden niet in de definitie opgenomen (zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 19).

<sup>95</sup> Zie hierover, P. WYTINCK, «Artikelsgewijze commentaar. Art. 1.5 en 1.6 WHPC», in *Artikelsgewijze commentaar Handels- en Economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, Ohra-losbladig, 23-25.

<sup>96</sup> Art. 77, § 2.

<sup>97</sup> Zo mag men leningen, deposito's, financiële leasing, allerhande beursverrichtingen, vermogens- en beleggingsadvies, verzekeringen enz. daaronder rekenen. De lijst is trouwens overgenomen uit de richtlijn. De Koning kan deze lijst aanpassen, wijzigen, nader omschrijven of aanvullen.

<sup>98</sup> Er bestaat overigens geen enkele rechtvaardiging voor die uitsluiting, behoudens het voornemen van de Europese wetgever om voor financiële diensten een aparte regeling uit te werken. Zie daartoe voorstel van 19 november 1998 voor een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG van de Raad en 97/7/EG en 98/27/EG, *P.B.*, 1998, C 385/10 (COM, 1998, nr. 468). In de nabije toekomst zal deze richtlijn nieuwe aanpassingen aan de WHPC vergen.

<sup>99</sup> Het betreft de uitsluitingen van verkopen per opbod (bv. verkoop bij opbod op Internet vanaf een lage basisprijs tot aflopen van een zandloper) - wat een ruimere lading dekt dan de openbare verkopen uit de WHPC -, overeenkomsten afgesloten door distributie-automaten (bv. geldautomaten, geautomatiseerde verzekeringen, ticketautomaten), overeenkomsten gesloten met telecommunicatie-operatoren (bv. openbare telefoonsellen) en ten slotte overeenkomsten gesloten voor de bouw en verkoop van onroerende goederen of betreffende andere rechten op onroerende goederen, met uitzondering van verhuur.

<sup>100</sup> Zie o.m. het voorontwerp van Koninklijk Besluit van 11 juni 1997 waarbij sommige bepalingen van de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, van toepassing worden verklaard op financiële instrumenten en op effecten en waarden (nr. 366/1997).

<sup>101</sup> Zie K.B. van 23 maart 1995 betreffende de prijsaanduiding van homogene financiële diensten, *B.S.*, 26 april 1995, en hierover met betrekking tot verkoop op afstand, G. STRAETMANS, «Verkoop op afstand: verkooppromotie en reclame», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 91.

<sup>102</sup> Voormeld K.B. is immers genomen in uitvoering van art. 6.1 WHPC.

<sup>103</sup> Zie art. 5 van voornoemd K.B.

<sup>104</sup> Men denke o.m. aan thuis- of telebankieren als dienst bij het openen van een bankrekening.

<sup>105</sup> De suggestie van de Raad van State en het oorspronkelijke wetsontwerp in die zin, namelijk om in een art. 1bis de definitie van 'financiële diensten' en van 'roerende waarden en andere financiële instrumenten' te groeperen, werd om pragmatische redenen niet gevolgd (zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 4).

<sup>106</sup> Art. 82, § 2.

<sup>107</sup> Bedoeld worden geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst.

<sup>108</sup> De memorie van toelichting, (*Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 37) vermeldt bijkomend de elektronische briefwisseling.

<sup>109</sup> Art. 81, § 1.

op verzet uitoefent, <sup>110</sup> kunnen hem geen kosten worden aangerekend. <sup>111</sup> Het is andermaal de Koning die de wijze bepaalt waarop de consument dit recht van verzet kan uitoefenen. <sup>112</sup>

### C. Informatieverplichtingen

Bij de tekoopaanbieding op afstand <sup>113</sup> moet de consument informatie over de identiteit van de verkoper, de belangrijkste kenmerken van het product of de dienst, <sup>114</sup> de prijs ervan, <sup>115</sup> de leveringskosten, <sup>116</sup> wijze van betaling, het

<sup>110</sup> Dit recht komt hem toe op grond van art. 12 van richtlijn 97/66/EG van het Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, *P.B.*, 1998, L 24/1.

<sup>111</sup> Indien de consument zijn renunciatierecht uitoefent kunnen hem wel de rechtstreekse kosten voor het terugzenden worden aangerekend, (zie art. 80, § 1, tweede lid).

<sup>112</sup> Dit kan o.m. middels zogenaamde Robinsonlijsten gebeuren. Zie hierover, J. DUMORTIER, «Telematica en verkoop op afstand: de bescherming van de persoonsgegevens», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 177-183.

<sup>113</sup> Dit vereiste is precieser dan het door de richtlijn voorgeschreven «tijdig, voordat een overeenkomst op afstand wordt gesloten, informeren van de consument». Aanbod krijgt in de WHPC immers een bijzondere, ruimere betekenis, (zie hierover G. STRAETMANS, «Recente tendensen in handelspraktijken», in *CBR Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu 1999, (243), 263-280.

<sup>114</sup> Deze informatieplicht staat in omgekeerd evenredig verband met het renunciatierecht (zie verder). Zo de consument bij een bepaalde verkoop op afstand ingevolge art. 80, § 4 geen renunciatierecht heeft, zal de informatieplicht ruimer moeten zijn, (zie memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 26). Ingevolge het K.B. van 10 november 1996 betreffende de vermeldingen van het energieverbruik en het verbruik van andere hulpbronnen op de etikettering in standaard-productinformatie van huishoudelijke apparaten, *B.S.*, 25 januari 1997, en het M.B. van 20 november 1996, *B.S.*, 25 januari 1997, in uitvoering daarvan, wordt aan dit vereiste reeds invulling gegeven. Zo bepaalt het K.B. o.m. dat wanneer een huishoudelijk apparaat via een communicatietechniek op afstand op de markt wordt gebracht, de essentiële informatie die op het etiket of op de kaart wordt vermeld, aan de consument moet worden meegedeeld van zodra het aanbod wordt geformuleerd. Wat onder «essentiële informatie» wordt verstaan, wordt in het M.B. verduidelijkt. De mondelinge informatieverstrekking, een versoepelde bewijsregeling ten spijt (zie verder), wordt aldus meer uitgehold. Zie meer uitgebreid, G. STRAETMANS, «Verkoop op afstand: verkoop promotie en reclame», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 54-55.

<sup>115</sup> Het richtlijnvereiste dat de prijs «alle belastingen inbegrepen» moet zijn, wordt in deze afdeling niet overgenomen. Ingevolge art. 3 WHPC moet de aangeduide prijs immers steeds de door de consument te betalen totale prijs zijn met inbegrip van alle belastingen. Zie over de samenloop van de WHPC en het K.B. van 30 juni 1996 betreffende de prijsaanduiding van producten en diensten en de bestelbon, *B.S.*, 30 juli 1996; G. STRAETMANS, «Verkoop op afstand: verkoop promotie en reclame», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 55-56.

<sup>116</sup> Ingevolge art. 3 WHPC (zie vorige voetnoot) zijn de leveringskosten reeds begrepen in de totale prijs, maar moeten ze nog apart worden vermeld.

al dan niet bestaan van een recht van renunciatie <sup>117</sup> enz. ontvangen. Deze informatie moet de consument in een aan de communicatietechniek aangepaste vorm ondubbelzinnig, begrijpelijk en helder ter beschikking worden gesteld. <sup>118</sup> Daarnaast moet de consument schriftelijk of op een andere duurzame drager <sup>119</sup>, die hem ter beschikking wordt gesteld en voor hem toegankelijk is, vóór de levering van het product en vóór de uitvoering van een dienstovereenkomst, <sup>120</sup> bepaalde informatie ontvangen, <sup>121</sup> waarvan voornamelijk een gedeeltelijke herneming van voormelde informatie en een weergave van het renunciatiebeding aan te stippen zijn. <sup>122</sup>

Het renunciatiebeding bestaat uit een letterlijke overname op de eerste bladzijde van de voorgeschreven wettekst, aangevuld met het exacte aantal werkdagen (niet minder dan zeven) waarbinnen de consument de overeenkomst kan opzeggen, in vette letters en in een kader dat losstaat van de andere tekst. <sup>123</sup> Wordt het renunciatiebeding niet vermeld, dan wordt de verkoop op afstand van rechtswege beschouwd als een afgedwongen aankoop. <sup>124</sup> Dit onderstelt dat er geen voorafgaande vraag van de consument voor de koop was en hij derhalve niet ertoe gehouden is het product of de dienst te betalen of eventueel terug te geven.

Geniet de consument bij bepaalde verkopen op afstand geen bedenkttermijn, <sup>125</sup> dan moet op de eerste bladzijde, in vetgedrukte letters en in een kader los van de tekst het beding worden opgenomen: «de consument beschikt niet over het recht om van de aankoop af te zien». <sup>126</sup> Bij gebrek aan vermelding van dit beding bij de schriftelijke bevestiging of bevestiging op duurzame drager, voorziet de WHPC niet in een bijzondere sanctie. Indien de verkoper bij de tekoopaanbieding evenwel ook naliel melding te maken van de ontstentenis van een renunciatiebeding, dan beschikt de consument alsnog over een renunciatietermijn van drie maanden. <sup>127</sup>

<sup>117</sup> De WHPC is op dit punt strenger dan de richtlijn, die enkel in de voorafgaande melding van het bestaan van een renunciatierecht voorziet.

<sup>118</sup> Art. 78.

<sup>119</sup> Daarbij is het van belang dat de informatie die de «drager» bevat, bestendig is, zodat «het zekere en onvergankelijke karakter van de op een precies ogenblik aan de consument meegedeelde inlichtingen» kan worden gewaarborgd. Onder duurzame dragers kan men niet-papieren dragers, zoals een aan de consument toegestuurde audio- of videocassette, een diskette of een elektronische brief rekenen (zie memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 28).

<sup>120</sup> Art. 79, § 2. Indien met de uitvoering van de dienst met het akkoord van de consument is begonnen, moet de informatie vóór het verlopen van de renunciatietermijn worden meegedeeld.

<sup>121</sup> Het komt, conform de richtlijn, aan de verkoper toe een communicatietechniek te zoeken die ontvangst van de informatie door de consument garandeert.

<sup>122</sup> Art. 79, § 1. Ook op dit punt maakt de wetgever gebruik van de beleidsruimte die de minimum-harmonisatie uit de richtlijn laat.

<sup>123</sup> Art. 79, § 1, 2°.

<sup>124</sup> Art. 79, § 1, 2°, *in fine*.

<sup>125</sup> Zie hierna.

<sup>126</sup> Art. 79, § 1, 3°.

<sup>127</sup> Art. 80, § 4, *in fine*. De logica die bij de differentiatie in sanctie werd gehanteerd, is daarbij zoek.

Laatstgenoemde schriftelijke of duurzame informatieverplichtingen zijn evenwel niet verplicht bij de verkoop op afstand van diensten die met behulp van de communicatietechniek zelf in één keer worden uitgevoerd en rechtstreeks door de communicatie-exploitant worden gefactureerd.<sup>128</sup> Bedoeld worden o.m. videosystemen op afstand, betaaltelevisie, sex- en servicelijnen van telefoonmaatschappijen en raadplegingen van «on line»-gegevensbanken. De uitzondering geldt evenwel niet voor verkopers die hun producten of diensten commercialiseren op het netwerk met tussenkomst van een communicatietechniek-exploitant op afstand, een zogenaamde «server».<sup>129</sup> In dat geval komt de facturatie immers toe aan de verkoper zelf, zodat de tweede voorwaarde om op de uitzondering aanspraak te maken, niet is vervuld. Wel moet het vestigingsadres van de verkoper aan de consument worden meegedeeld voor gebeurlijke klachten.

Net als bij de toestemming van de consument, komt het bewijs van het bestaan van een voorafgaande informatie en van een schriftelijke of op een duurzame drager neergelegde bevestiging toe aan de verkoper.<sup>130</sup> Het is niet meteen duidelijk op welke wijze een verkoper, bijvoorbeeld bij telefonische verkoop, het bewijs kan leveren dat hij de voorafgaande informatieverplichtingen heeft nageleefd. In dit verband vermeldt de memorie van toelichting een versoepeling van de bewijsregeling die ook een bewijs met vermoedens zou toestaan.<sup>131</sup> Zo zou bij televerkoop de opname van het gesprek als een element ter beoordeling van het naleven van de verplichtingen van de verkoper kunnen gelden. De instemming van de consument zou bij ontstentenis van een traditionele handtekening bijvoorbeeld middels een digitale handtekening<sup>132</sup> kunnen gebeuren. Art. 82, § 1, herneemt derhalve niet meer het tweede lid van oud art. 80, waarin het bewijs door vermoedens werd verboden.

#### D. Bedenktermijn en renunciatierecht

Bij elke overeenkomst op afstand beschikt de consument over een termijn van ten minste zeven werkdagen<sup>133</sup> waarbinnen hij van de overeenkomst afstand kan doen. Hij kan dit recht zonder enige motivering uitoefenen door vóór het verstrijken van de termijn zijn renunciatie ter kennis te brengen.<sup>134</sup> Behoudens kosten die rechtstreeks verbonden zijn

aan de terugzending,<sup>135</sup> kan de consument geen betaling van een boete ten gevolge van de uitoefening van het renunciatierecht worden opgelegd.<sup>136</sup> Bovendien heeft de consument die van de aankoop afziet, recht op terugbetaling van de reeds gestorte bedragen en dit binnen dertig dagen die volgen op de renunciatie, en zonder kosten.<sup>137</sup>

De bedenktijd gaat in op de dag na de levering voor producten, en op de dag van de sluiting van de overeenkomst voor diensten, maar enkel op voorwaarde dat de informatiebepalingen inzake schriftelijke bevestiging of bevestiging op een duurzame drager werden nageleefd. Leeft de verkoper deze informatieverplichtingen niet na, dan is de bedenktijd drie maanden.<sup>138</sup>

Tijdens deze bedenktijd mag van de consument geen enkel voorschot of betaling worden geëist.<sup>139</sup> Zoals hierboven reeds vermeld, rust het bewijs van het naleven van de bedenktijd op de verkoper.<sup>140</sup>

Het recht op een bedenktijd kent evenwel een aantal uitzonderingen. Zo is geen bedenktijd verplicht,<sup>141</sup> tenzij partijen het natuurlijk anders overeenkomen, bij een dienst die met toestemming van de consument vóór het verstrijken van de bedenktijd werd geleverd,<sup>142</sup> bij producten die overeenkomstig de persoonlijke wensen van een consument werden vervaardigd of die een duidelijk persoonlijk karakter hebben of die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden of die aan snel bederf of veroudering onderhevig zijn,<sup>143</sup> bij audio- of video-opnamen of computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument werd verbroken,<sup>144</sup> bij de levering van dagbladen, tijdschriften en

<sup>135</sup> Ook deze kosten kunnen hem niet worden aangerekend indien de verkoper zijn informatieverplichtingen niet heeft vervuld of indien het product of de dienst niet beantwoordt aan de beschrijving in het aanbod (zie art. 81, § 3). In laatstgenoemd geval zal trouwens sprake zijn van misleidende reclame.

<sup>136</sup> Art. 80, § 1, eerste lid *juncto* art. 80, § 1, tweede lid, *juncto* art. 81, § 3, tweede lid.

<sup>137</sup> Art. 80, § 3, tweede lid. Het derde lid van dit artikel bepaalt voorts dat de Koning de wijze van terugbetaling nader kan uitwerken.

<sup>138</sup> In dat geval gaat de bedenktijd in op een bepaald tijdstip, net als bij verkopen op afstand met opeenvolgende leveringen (zie art. 80, § 2).

<sup>139</sup> Art. 80, § 3, eerste lid. Bij verkoop op afbetaling op afstand blijft de plicht een wettelijk voorschot te vragen van kracht ingevolge art. 45 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet. Zie over het samenspel tussen de WHPC en Wet Consumentenkrediet, G. STRAETMANS, «Reclamebepalingen bij postorderverkoop», in *Mediagids*, 1992, Reclame, afl. 23.

<sup>140</sup> Art. 82, § 1, *partim*.

<sup>141</sup> Art. 80, § 4.

<sup>142</sup> Deze bepaling conflicteert enigszins met art. 82 § 3, waardoor elk beding waarin de consument afziet van de rechten die hem door WHPC bij verkoop op afstand worden toegekend, voor niet-geschreven wordt gehouden. Het bewijs van instemming van de consument met vroegtijdige levering kan dan alvast niet door een standaardbeding worden geleverd.

<sup>143</sup> Art. 80, § 4, 2°.

<sup>144</sup> Dit zou het geval zijn telkens wanneer de consument de bijzondere beveiligingsvoorziening, die kan bestaan uit toegangssleutels of beschermingssoftware, beschadigt of wegneemt (zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 31).

<sup>128</sup> Art. 79, § 3.

<sup>129</sup> Zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 29.

<sup>130</sup> Art. 80, § 1, eerste lid, *juncto* art. 80, § 2, *in fine*.

<sup>131</sup> Zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 26-27 en 35-38.

<sup>132</sup> De digitale handtekening, gebaseerd op asymmetrische cryptografietechnieken (publieke sleutel) en een digitaal certificaat, maakt het mogelijk de identiteit van de auteur van een digitaal ondertekend document te achterhalen, alsook de integriteit van dat document zelf. In dat verband werd op 28 juni 1999 Gemeenschappelijk Standpunt nr. 28/1999 aangenomen met het oog op de aanname van een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PB.*, 1999, C 243/33.

<sup>133</sup> Voor een definitie van dit begrip, zie verder onder III.

<sup>134</sup> Art. 81, § 1.

magazines en ten slotte bij diensten als weddenschappen en loterijen. De vrijstelling die de Richtlijn bevatte voor overeenkomsten betreffende de levering van goederen of diensten waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de verkoper geen vat heeft, wordt niet overgenomen. De Belgische wetgever acht ze te ruim.<sup>145</sup>

De nieuwe afdeling bevat voorts nog bijzondere regelen inzake aansprakelijkheid wanneer de consument een instrument voor de elektronische overdracht van gelden in het raam van een overeenkomst op afstand aanwendt<sup>146</sup> en bepalingen die de gevolgen van de renunciatie van de verkoop op afstand op de daartoe gesloten kredietovereenkomst regelen. Kortweg zal de consument in laatstgenoemd geval onder bepaalde voorwaarden ook kosteloos van de kredietovereenkomst kunnen afstand doen?<sup>147</sup>

Daarnaast is de verkoper verplicht de bestelling uit te voeren binnen dertig dagen na ontvangst ervan, tenzij anders is overeengekomen. Art. 81, § 1, eerste lid, WHPC maakt nogal slordig gewag van deze termijn «te rekenen vanaf de dag volgend op die waarop de consument zijn bestelling aan de *leverancier* heeft toegezonden» (eigen cursivering). Bedoeld wordt wellicht de verkoper, omdat de WHPC uitdrukkelijk afwijkt van het door de richtlijn gehanteerde, ruimere, want met inbegrip van vrije beroepsbeoefenaren, begrip «*leverancier*». Indien de verkoper tot uitvoering overgaat en producten of titels die diensten incorporeren, verzendt, dan draagt hij het risico.

Bij gebreke aan (tijdige<sup>148</sup>) uitvoering van de overeenkomst door de verkoper, wordt de verkoop van rechtswege ontbonden.<sup>149</sup> Deze ontbinding geldt niet bij overmacht en laat gebeurlijke rechten op schadevergoeding onverlet. Bij ontbinding van de overeenkomst moet de consument binnen dertig dagen de bedragen terugbetaald krijgen die hij eventueel als betaling heeft gestort. Ter gelegenheid van deze ontbinding van rechtswege kunnen de consument geen enkele vergoeding of geen onkosten worden aangerekend.

<sup>145</sup> Zie memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 31. Ook op dit punt wordt verwezen naar de minimum-harmonisatie van de richtlijn.

<sup>146</sup> Bedoeld worden hier de krediet- of bancontactkaart of andere betaal- of debetkaarten, zoals de chip- of protonkaart, accreditieve kaarten of kaarten met een microprocessor (zie art. 81, § 5, waarmee gevolg wordt gegeven aan de aanbeveling van de Commissie van 30 juli 1997 betreffende transacties die met een elektronisch betaalinstrument worden verricht, in het bijzonder inzake de betrekking tussen uitgever en houder, *P.B.*, 1997, L 208/52). Art. 61 Wet Consumentenkrediet bevat reeds een gelijkaardige regeling.

<sup>147</sup> Art. 81, § 4.

<sup>148</sup> De onderlinge samenhang van het tweede en het derde lid van art. 81, § 1, doet vermoeden dat het gebrek aan uitvoering na het verstrijken van de termijn van dertig dagen ontstaat, tenzij een andere leveringstermijn werd overeengekomen.

<sup>149</sup> Art. 81, § 1, tweede lid. De mogelijkheid uit de richtlijn om de verkoper in dergelijk geval te verplichten een vervangingsproduct of -dienst te leveren, wordt niet overgenomen. Nochtans voorziet de WHPC thans reeds in een gelijksoortige verplichting bij aankondigingen van prijsverminderingen (zie art. 45). Enigszins opmerkelijk acht de wetgever het *in casu* beter voor de consument dat de verkoper een nieuw contractueel voorstel doet.

Op het einde van de wettelijke of overeengekomen uitvoeringstermijn kan wel nog een verlenging worden overeengekomen.

## E. Miscellaneous

Ingevolge art. 83 worden heel wat bevoegdheden aan de Koning gedelegeerd, zij het dat Hij pas maatregelen kan nemen na voorafgaand advies van de Raad voor het Verbruik en de Hoge Raad voor de Middenstand.<sup>150</sup> Zo kan Hij o.m. bijzondere regelingen uitwerken voor producten of diensten of categorieën daarvan of ze van het toepassingsgebied van de afdeling «overeenkomsten op afstand» uitsluiten. In dezelfde lijn wordt aan de Koning de bevoegdheid verleend om bijzondere voorwaarden voor te schrijven om de uitzondering vervat in art. 57, 3° op het verbod van gezamenlijk aanbod aan te passen aan gezamenlijke aanbiedingen (titels) die in de vorm van elektronische registratie worden aangeboden.

In uitvoering van het oude art. 83 WHPC werd reeds een Koninklijk Besluit genomen.<sup>151</sup> De WHPC bevat geen bijzondere bepaling over het statuut van dit K.B. na de wetwijziging. Uit de vaststelling dat de afdeling inzake verkoop op afstand uit de WHPC volledig wordt vervangen door de hier besproken bepalingen, mag men afleiden dat voormeld K.B. per 1 oktober 1999 geen rechtsgrond meer heeft. De kernbepaling van het K.B. verklaarde trouwens de bedenktijd niet van toepassing op de verkopen op afstand van producten die snel aan bederf onderhevig zijn of die niet kunnen worden teruggezonden, welke uitzonderingen thans besloten liggen in art. 80, § 4. Anders dan het hierboven besproken art. 80, § 4, bevatte dit K.B. wel een bedenktijd, die sneller begon te lopen, voor op maat van de consument gemaakte producten en een bijzondere regeling voor auteursrechtelijk beschermde producten.

Zoals het past bij maatregelen ter bescherming van de consument, kan de consument geen afstand doen van de rechten die hem door onderhavige afdeling worden toegekend in een contractueel beding.<sup>152</sup> Ingevolge art. 82 § 3 wordt een dergelijk beding voor niet geschreven gehouden. Ook een beding waarbij het recht van een derde staat van toepassing zou worden verklaard op de overeenkomst op afstand, is nietig en verboden, indien de overeenkomst een nauwe band vertoont met het grondgebied van één of meer lidstaten.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> Ingevolge art. 83, § 2 kan de Minister aan deze raden wel een termijn opleggen. Na het verstrijken van deze termijn is het advies niet meer vereist.

<sup>151</sup> Zie K.B. van 6 september 1993 houdende bijzondere regelingen voor de verkoop op afstand van bepaalde producten of categorieën van producten, *B.S.*, 5 oktober 1993, en hierover G. STRAETMANS, «Verkoop op afstand: verkooppromotie en reclame», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 54.

<sup>152</sup> Vergelijk met wat terzake werd gesteld bij de analyse van art. 80, § 4.

<sup>153</sup> Zie art. 82, § 4. De nationale regels van internationaal privaatrecht alsook de bijzondere regels uit internationale verdragen, zoals het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, bepalen nader wat onder die «nauwe band» moet worden begrepen.

### III. NIEUWE DEFINITIES EN TEKSTUELE OPSMUK

Met de definitie van werkdagen, die onder meer van belang is om de termijn te berekenen waarbinnen de consument bijvoorbeeld kan afzien van een op afstand of buiten de onderneming van de verkoper gekocht product, brengt de wetgever eindelijk rechtszekerheid. De discussie betrof immers de vraag of zaterdag als een werkdag kon worden beschouwd. Verkopers achtten dit het geval, terwijl de administratie zater-, zon- en wettelijke feestdagen niet als werkdagen beschouwde.<sup>154</sup> Indien het begrip «werkdag» evenwel zou samenvallen met kalenderdag, zou de consument daarvan hinder ondervinden indien de bedenktijd op een zondag afloopt. In dergelijk geval zou de consument immers zijn recht op renunciatie van de aankoop op de voorafgaande vrijdag moeten uitoefenen, om zo tijdig zijn aangetekende brief te verzenden.

De belangen van verkopers en consumenten werden dan verzoend door werkdagen te definiëren als «het geheel van alle kalenderdagen met uitsluiting van de zondagen en wettelijke feestdagen. Als een termijn, uitgedrukt in werkdagen, op een zaterdag afloopt, wordt hij verlengd tot de eerstvolgende werkdag».<sup>155</sup> Voor de verkopers blijft zaterdag dus een werkdag, en aan de consument wordt in de hierboven vermelde hypothese een verlenging met een werkdag toegestaan.

Tot de wijzigingen van esthetische aard behoort onder meer het nieuwe art. 13, eerste lid, waarin de voorgeschreven taal van de etiketteringsverplichtingen vervat ligt, dat thans in overeenstemming met de grondwet de vermelding in *minstens de taal of de talen van het taalgebied* oplegt en uitgebreid wordt tot diensten. Hoe een dienst van etikettering kan worden voorzien, is niet meteen duidelijk. Bedoeld wordt wellicht de verplicht aan de consument te verstrekken informatie wanneer men bepaalde diensten aanbiedt.<sup>156</sup> Hoewel de verenigbaarheid met het Europese recht van deze verplichting, ook al is die niet-exclusief, in het licht van het eerste Piageme-arrest<sup>157</sup> met klem in vraag kon worden gesteld, bieden het arrest Meyhui,<sup>158</sup> het tweede Piageme-arrest<sup>159</sup> en het Bigg's-arrest<sup>160</sup> thans meer steun om dergelijke belemmeringen als gerechtvaardigd ter bescherming

van de consument te beschouwen. Toch zij beklemtoond dat, hoewel het Hof in laatstvermeld arrest een versoepelde zienswijze huldigt, een nationale taalverplichting slechts gerechtvaardigd zal kunnen zijn wanneer ze enkel door de nationale wetgeving *verplichte* etiketteringsvermeldingen betreft en er geen alternatieven bestaan om de consument op begrijpelijke wijze te informeren.<sup>161</sup> Met het Europese consumentenbeeld voor ogen sluit de algemene formulering van het nieuwe art. 13 uit de WHPC ook in de toekomst niet elke onverenigbaarheid met het Europese recht uit.<sup>162</sup> Met Reich mag ten slotte de aandacht worden gevestigd op art. 153, eerste lid, EG, waarin op algemene wijze het recht van de consument op informatie wordt erkend.<sup>163</sup> Of dit recht afbreuk doet aan het beeld van de rationele en gemiddeld geïnformeerde (en taalkundig gemiddeld onderlegde?) gewone consument,<sup>164</sup> in wiens licht consumentbeschermende handelsbepalingen moeten worden beoordeeld, blijft een open vraag.

De vergissing die ontstond doordat art. 58 van de wet van 30 oktober 1998 en art. 3 van de wet van 7 december 1998 elk een 22° toevoegen aan art. 32 WHPC, wordt rechtgezet door de wijziging van art. 3 onder te brengen in een 22<sup>bis</sup>.

In dezelfde lijn passen de wijzigingen aan de artikelen 46 en 48 inzake uitverkoop. Om de praktische slagkracht van deze regeling te vergroten, worden de toepassingsvoorwaarden deels versoepeld en een aantal gangbare misbruiken bevestigd.<sup>165</sup> In hoofdzaak beoogt de wetgever de uitverkoop die op grond van de bestaande wetgeving door groot-handelaars werden georganiseerd, aan banden te leggen.

Ook de artikelen 61 en 62 ondergingen wijzigingen die hier verder niet meer aan bod komen. Het betreft immers mede de actualisering, d.i. noodzakelijke aanpassing aan nieuwe wetgeving of nieuwe technologieën, van bestaande bepalingen.

Een beperkte wijziging aan art. 69 § 1, 2° en 5°, beperkt openbare verkopen van gebruikte uitrustingsgoederen thans tot verkopen aan de consument. De praktijk bracht misbruiken aan het licht bij de toepassing van het uitzonderingsre-

ander middel de consument een toereikende informatie kan waarborgen.

<sup>161</sup> H.v.J., 3 juni 1999, zaak C-33/97, Colim t/ Bigg's, nog niet gepubliceerd, rechtsoverwegingen 42 en 43.

<sup>162</sup> Zie hierover meer uitgebreid, G. STRAETMANS, *Consument en markt, o.c.*, 370-372. In dezelfde zin, N. REICH, «EuGH: Kennzeichnung von Verbrauchsgütern - Anmerkung», *EuZW*, 1999, nr. 15, 464-467.

<sup>163</sup> N. REICH, *ibid.*

<sup>164</sup> Zie over het Europese consumentenbeeld, G. STRAETMANS, *Consument en markt, o.c.*, 355-465, en zie nog recent, H.v.J., 16 juli 1998, zaak C-210/96, Gut Springenheide en Tusky, *Jur.*, 1998, I-4691, rechtsoverweging 31, waarin het Hof toetst aan de «vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument», en H.v.J., 28 januari 1999, zaak C-303/97, Verbraucherschutzverein t/ Kessler, *nog niet gepubliceerd*, rechtsoverweging 36, waarin wordt gesteld dat «it is also apparent from the Court's case law that the national court must take into account the presumed expectations of an average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect», om een misleidingsrisico te beoordelen.

<sup>165</sup> Zie hierover: memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 11-13.

<sup>154</sup> Zie hierover: memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 5.

<sup>155</sup> Art. 1, eerste lid, 9, WHPC.

<sup>156</sup> Zie in dit verband het hierboven besproken K.B. van 23 maart 1995 betreffende de prijsaanduiding van homogene financiële diensten, *B.S.*, 26 april 1995, en hierover G. STRAETMANS, «Verkoop op afstand: verkooppromotie en reclame», in *Verkoop op afstand*, J. STUYCK en E. BALLON (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1997, 91.

<sup>157</sup> H.v.J., 18 juni 1991, zaak C-369/89, Piageme t/ Peeters, *Jur.*, 1991, I-2971.

<sup>158</sup> H.v.J., 9 augustus 1994, zaak C-51/93, Meyhui, *Jur.*, 1994, I-3900.

<sup>159</sup> H.v.J., 12 oktober 1995, zaak C-85/94, Piageme t/ Peeters, *Jur.*, 1995, I-2978.

<sup>160</sup> H.v.J., 3 juni 1999, zaak C-33/97, Colim t/ Bigg's, nog niet gepubliceerd, waarin het Hof voornoemd artikel uit de WHPC niet aanmerkt als een technisch voorschrift, ook niet als een verkoopmodaliteit, en oordeelt dat de niet-exclusieve taalverplichting proportioneel is voor nationale verplichte etiketteringsvermeldingen die zonder onderscheid van toepassing zijn én voor zover geen enkel

gime van art. 71.<sup>166</sup> Het wordt dientengevolge opgeheven, met als gevolg dat openbare verkopen van nieuwe producten aan consumenten, gangbaar voor tapijten en juwelen, voortaan verboden zijn. Art. 72 van dezelfde titel wordt aangevuld met een informatieverplichting, terwijl het nieuwe art. 73 de bevoegdheden van de door de Minister aangestelde ambtenaren uitbreidt, beide met het oog op een betere controle op de naleving van onderhavige regeling.

Het verbod van kettingverkoop, vervat in art. 84, geldt voortaan ook voor piramidespellen met diensten.

Belangrijker is de wijziging aan art. 86 § 1, 3°, inzake verkopen gesloten buiten de onderneming van de verkoper, waardoor de wetgever een in de rechtsleer gerezen controverse<sup>167</sup> beslecht op een consumentvriendelijke wijze. Zoals bekend, beschikte de consument over een opzeggingstermijn van zeven werkdagen (art.89) bij een verkoop op salons, beurzen en tentoonstellingen op voorwaarde dat de koopprijs hoger was dan 8.600 frank en hij niet contant betaalde. Precies het begrip *contante* betaling leidde tot verwarring. Met de nieuwe bepaling zal de consument steeds over voornoemde bedenktijd beschikken, tenzij hij ter plaatse *het totale bedrag* van de aankoop betaalt. Men neemt terecht aan dat hij in laatstgenoemd geval door de grootte van de betaling spontaan geresponsabiliseerd wordt.

Uit art. 88 inzake buiten de onderneming van de verkoper gesloten overeenkomsten wordt de verplichting geschrapt de consument van een geschreven overeenkomst te voorzien met tal van vermeldingen *vóór of ten laatste bij de levering van het product of het verlenen van de dienst*. Daarmee tracht men de praktijk te verijdelend waarbij verkopers twee overeenkomsten gebruiken, namelijk één zonder de verplichte vermeldingen om het akkoord van de consument te noteren en een bijkomende overeenkomst met de verplichte vermeldingen *vóór of ten laatste bij de levering van het product of de dienst*. Vanuit het gezichtspunt van de consument acht de wetgever een geschreven overeenkomst met de verplichte vermeldingen noodzakelijk op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst.<sup>168</sup> Of de vernieuwde redactie van het artikel dit resultaat bereikt, mag worden betwijfeld. De doorgevoerde wijziging neemt immers elke tijdsbepaling weg. Het vernieuwde art. 88 luidt immers als volgt: «Onverminderd de gemeenrechtelijke voorschriften inzake het bewijs, moeten de verkopen aan de consument, bedoeld in deze afdeling, op straffe van nietigheid, het voorwerp uitmaken van een geschreven overeenkomst opgemaakt in zoveel exemplaren als er contracterende partijen met een onderscheiden belang zijn». Daaruit volgt m.i. niet onverkort dat de bedoelde informatie op het ogenblik van de sluiting van de koop moet worden meegedeeld. Enkel de lezing van voornoemde bepaling in samenhang met de algemene infor-

matieplicht uit art. 30 kan dan het vooropgestelde resultaat bereiken.

Ten slotte worden ook de in de WHPC opgenomen strafbepalingen bijgespijkerd. Een en ander heeft tot gevolg dat, ondanks het initieel depenaliserende karakter dat met de eerste wet op de handelspraktijken van 14 juli 1971 werd beoogd, het aantal strafrechtelijk betugelde praktijken wordt uitgebreid. De uitbreiding van de mogelijkheid tot minnelijk schikking, vervat in art. 116, vormt wel weer een tempering daarop. Deze wijzigingen noodzaken op hun beurt corresponderende wijzigingen aan art. 117, die in de tweede wet van dezelfde datum tot wijziging van de WHPC werden opgenomen.

#### IV. NIEUW ARTIKEL 94 BIS

Het verbod, vervat in het nieuwe art. 94bis, om bij consumententransacties wisselbrieven te gebruiken, is het «consumentenrecht» niet onbekend. Soortgelijke verboden werden reeds opgenomen in bijzondere wetten, zoals art. 33 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet en art. 8, § 2, van de wet van 9 maart 1993 betreffende de controle op en reglementering van de exploitatie van huwelijksbureaus, en resulteerde op impliciete wijze uit bepaalde onrechtmatige bedingen.<sup>169</sup>

Thans bevat art. 94bis de veralgemening van het verbod wisselbrieven te gebruiken als waarborg voor betaling door de consument. Enkel wanneer bijzondere wetgeving het gebruik van een wisselbrief in consumententransacties uitdrukkelijk toelaat, kan daar nog van worden afgeweken.

#### C. EVALUATIE

De inzet van de wijzigingen aan de WHPC was voornamelijk de omzetting van Europese richtlijnbevestigingen, die, algemeen gesproken, conform is gebeurd. Dit geldt meer voor de omzetting van de richtlijn verkoop op afstand, die slechts in een minimum-harmonisatie voorziet en lidstaten beleidsruimte laat, en minder voor de omzetting van de richtlijn vergelijkende reclame, die de vergelijkingsvoorwaarden op totale wijze harmoniseert. Bovendien andere reclamebepalingen kan vooral het behoud van het oorspronkelijke art. 23, 7°, WHPC naast het nieuwe art. 23bis conflicteren met de verplichtingen uit laatstgenoemde richtlijn.

De té pragmatische aanpak die onderhavige wetswijzigingen beheerst, mag m.i. worden bestempeld als een gemiste kans.

Een gemiste kans allereerst om de WHPC aan een grondige sanering of zo men wil afslanking te onderwerpen. De verbodsdrift die vooral terzake van reclame en gezamenlijk aanbod in de rechtsliteratuur meermaals op de korrel werd genomen, vindt met de nieuwe wijziging nog ruimere toepassing.

<sup>166</sup> Zie hierover: memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 15.

<sup>167</sup> Zie in dit verband: F. DOMONT-NAERT, «Une vente conclue en dehors de l'entreprise du vendeur peut-elle n'être faite ni au comptant, ni à crédit?», *D.C.C.R.*, 1995, nr. 28, 372-374 en G. STRAETMANS, «Het begrip «contante koop» en de bescherming van de consument», *D.C.C.R.*, 1995, nr. 29, 461-463.

<sup>168</sup> Zie hierover: memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nrs. 2050/1 en 2051/1, 40.

<sup>169</sup> Men denke bijvoorbeeld aan art. 32.1°, dat als onrechtmatig bestempelt, een beding dat ertoe strekt bij de ondertekening van het contract een onmiddellijke en definitieve verbintenis van de consument te voorzien, terwijl de verkoper zich verbindt onder een voorwaarde waarvan de verwezenlijking enkel van zijn wil afhangt; zie hierover E. DIRIX, «De bezwarende bedingen», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1992, 305.

Een gemiste kans vervolgens om het vergevorderde (?) voornemen tot toepassing van bepaalde regelen uit de WHPC op transacties met financiële instrumenten, effecten en waarden gelijktijdig door te voeren.

Een gemiste kans ook om het toepassingsgebied zo bij te stellen dat de onduidelijkheid wordt weggewerkt die nog omtrent het verkopersbegrip en in het algemeen omtrent de toepassing van de bepalingen uit de WHPC op financiële diensten bestaat. Illustratief op dit punt is de invoering, weliswaar ten gevolge van de slordige redactie van de Europese wetgever, van het (onduidelijke) begrip «concurrent» bij vergelijkende reclame.

Een gemiste kans ten slotte om middels een omvattende coördinatie rechtszekerheid te bereiken in het domein van

handelspraktijken, dat thans op erg versnipperde wijze wordt gereguleerd.

Men mag verhopen dat de Belgische wetgever, na de uitvaardiging van een richtlijn inzake verkoop op afstand van financiële diensten, die eerstdaags wordt verwacht, en de omzettingsverplichting die eruit resulteert, de tijd rijp acht om de veelvuldige en nog voorgenomen wijzigingen aan de WHPC te coördineren.

G. STRAETMANS

Docent Rijksuniversiteit Leiden en Universiteit Antwerpen  
(RUCA)

Studiecentrum voor Consumentenrecht K.U. Leuven

## RECHTSPRAAK

### ARBITRAGEHOF

15 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Bossuyt en Henneuse

Advocaten: mrs. Lagae en Rieder loco van Rouveroy

**Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Aftrekbare bestedingen – Onderhoudsbijdragen – Rechterlijke beslissing met terugwerkende kracht**

*Art. 32 van de wet van 28 december 1990 betreffende verscheidene fiscale en niet-fiscale bepalingen schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre die bepaling inhoudt dat de onderhoudsbijdragen die een belastingplichtige heeft betaald in een later belastbaar tijdperk dan dat waarop die onderhoudsbijdragen betrekking hebben ingevolge een rechterlijke beslissing met terugwerkende kracht waarbij het bedrag ervan werd vastgesteld of verhoogd, niet mogen worden afgetrokken van diens netto-inkomsten, indien die betalingen gebeurden vóór het aanslagjaar 1992 en indien het belastbaar feit, waarop die onderhoudsuitkeringen betrekking hebben zich, op het ogenblik van de bekendmaking van de wet, nog niet volledig had voltrokken.*

Arrest nr. 99/99

Bij arrest van 24 juni 1998 in zake T.H. tegen de Belgische Staat, heeft het Hof van Beroep te Gent de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 71, § 1, 3°, juncto 71, § 2, tweede lid W.I.B. 1964, in zover deze wetsbepalingen inhouden dat onderhoudsbijdragen die een belastingplichtige heeft betaald in een later belastbaar tijdperk dan dat waarop deze onderhoudsbijdragen betrekking hebben ingevolge een gerechtelijke beslissing met terugwerkende kracht, niet mogen worden afgetrokken van diens netto-inkomsten, indien deze betaling(en) gebeurde(n) vóór het aanslagjaar 1992

m.a.w. voor 1 januari 1991, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet?»

...

*In rechte*

...

B.1.1. De in het geding zijnde bepalingen hebben betrekking op de fiscale regeling inzake onderhoudsbijdragen in het raam van de inkomstenbelastingen.

Art. 71, § 2, tweede lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1964 (art. 104, 2°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992) werd ingevoerd bij art. 6 van de wet van 28 december 1990 betreffende verscheidene fiscale en niet-fiscale bepalingen en luidt: «In afwijking van § 1, 3°, zijn aftrekbaar, de tachtig honderdsten van de rechten die de belastingplichtige volgens de voorwaarden aldaar bepaald verschuldigd is, doch die betaald worden in een later belastbaar tijdperk dan dat waarin zij verschuldigd zijn en dit in uitvoering van een gerechtelijke beslissing waarbij het bedrag ervan met terugwerkende kracht wordt vastgesteld of verhoogd».

Art. 71, § 1, 3°, luidde: «Van de gezamenlijke netto-inkomsten van de verschillende in art. 6 bedoelde categorieën worden afgetrokken, voor zover zij niet konden worden afgetrokken voor de vaststelling van die netto-inkomsten: [...] 3° de tachtig honderdsten van de renten of de kapitalen die de belastingplichtige regelmatig heeft betaald of toegekend aan personen die geen deel uitmaken van zijn gezin, wanneer die renten of die kapitalen hen werden betaald of toegekend ter uitvoering van een verplichting op grond van de artikelen 203, 203bis, 205, 205bis, 206, 207, 213, 221, 301, 303, 306, 307, 307bis, 308, 311bis, 334, 336, 339bis, 364, 370, 475bis of 475quinquies van het Burgerlijk Wetboek en van de artikelen 1258, 1271, 1280, 1288 en 1306 van het Gerechtelijke Wetboek;».

Door art. 5 van de voormelde wet van 28 december 1990 werd tevens een art. 67, 3°, b (art. 90, 4°, van het W.I.B. 1992), ingevoegd in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1964

(W.I.B. 1964), waarbij werd bepaald dat de in art. 71, § 2, tweede lid, bedoelde onderhoudsbijdragen worden belast voor de uitkeringsgerechtigde volgens de in die bepalingen nader gespecificeerde regelen.

B.1.2. Art. 32 van de wet van 28 december 1990 bepaalt dat de voormelde artikelen 5 en 6 van toepassing zijn met ingang van het aanslagjaar 1992.

B.1.3. De invoering van de voormelde maatregelen werd in de parlementaire voorbereiding als volgt verantwoord: «Volgens de huidige administratieve richtlijnen die gebaseerd zijn op een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 31 maart 1980 inzake F. A. [...], kunnen uitkeringen tot onderhoud die in één keer worden betaald – ter uitvoering *post factum* van maandelijkse verplichtingen van verschillende jaren – niet worden beschouwd als periodiek of regelmatig in de zin van art. 67, 3°, W.I.B., zodat zij derhalve niet belastbaar zijn ten name van de genietster (en niet aftrekbaar voor de uitkeringsplichtige). Die richtlijnen worden als onrechtvaardig ervaren in de gevallen waarin uitkeringen of aanvullende uitkeringen tot onderhoud, in uitvoering van een uitvoerbaar arrest of vonnis waarbij het bedrag ervan met terugwerkende kracht wordt vastgesteld of verhoogd, in een later belastbaar tijdperk worden betaald dan dit waarop ze betrekking hebben. Daarom wordt voorgesteld om voortaan onderhoudsgelden, die worden betaald in een later belastbaar tijdperk dan dit waarvoor ze verschuldigd zijn, maar waarvan de niet-regelmatige betaling het gevolg is van een rechterlijke beslissing waarbij de rente wordt vastgesteld of verhoogd, eensdeels aftrekbaar te maken voor de uitkeringsplichtige en, correlatief daarmee, ze anderdeels ook te belasten ten name van de genietster.» (*Parl. St., Kamer*, 1990-91, nr. 1366/3, p. 6 en 7, en nr. 1366/6, p. 25).

B.2.1. Uit het bovenstaande blijkt dat de wetgever een einde heeft willen maken aan een administratieve interpretatie van de belastingwetgeving die als «onrechtvaardig» wordt ervaren.

Terwijl regelmatig betaalde onderhoudsgelden steeds fiscaal aftrekbaar waren, was de aftrekbaarheid van onderhoudsgelden die werden betaald in een later belastbaar tijdperk dan dat waarin ze verschuldigd waren ter uitvoering van een rechterlijke beslissing waarbij het bedrag met terugwerkende kracht werd vastgesteld of verhoogd, niet mogelijk in de door de belastingadministratie en door sommige rechtscolleges gevolgde interpretatie, omdat ze niet het door de wet vereiste karakter van regelmatigheid vertoonden.

Daardoor bestond niet enkel een onderscheid in behandeling tussen diegenen die onderhoudsgeld regelmatig en periodiek betalen en diegenen die een totaal bedrag in één keer betalen ingevolge een dergelijke rechterlijke beslissing met terugwerkende kracht, maar ook binnen deze laatste groep naargelang de belastingadministratie of de rechter die aftrekbaarheid al dan niet aannam, wat ertoe leidde dat belastingplichtigen die zich in een identieke situatie bevonden, verschillend werden behandeld.

Vóór de totstandkoming van de in het geding zijnde maatregelen had de minister van Financiën al afstand genomen van de door de belastingadministratie gevolgde interpretatie en verklaard dat naar zijn inzien de bedoelde onderhoudsbijdragen ook onder de vroegere wetgeving aftrekbaar waren voor de betaler. Vanwege de uiteenlopende beslissingen van de belastingadministratie en van de rechtscolleges werd evenwel een uitdrukkelijke wetsbepaling noodzake-

lijk geacht (*Vr. en Antw., Senaat*, 6 november 1990, nr. 5, p. 193).

B.2.3. Er dient op te worden gewezen dat de betrokken wetswijziging slechts geldt voor de gevallen waarin de bedoelde onderhoudsbijdragen worden betaald ingevolge een rechterlijke beslissing waarbij het bedrag met terugwerkende kracht wordt vastgesteld voor de eerste keer of wordt verhoogd. De wetgever had niet de bedoeling de fiscale aftrekbaarheid toe te staan van bijdragen waartoe de onderhoudsplichtige wordt veroordeeld omdat hij, door zijn schuld, zijn verplichtingen niet of te laat nakwam.

B.3.1. De wet van 28 december 1990 werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 29 december 1990. De aan het Hof voorgelegde bepalingen waren van toepassing met ingang van het aanslagjaar 1992, dit wil zeggen voor alle betalingen van onderhoudsgeld gedaan vanaf 1 januari 1991.

B.3.2. De verwijzende rechter vraagt het Hof of art. 71, § 1, °, *juncto* art. 71, § 2, tweede lid, van het oude Wetboek van de inkomstenbelastingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het inhoudt dat onderhoudsbijdragen die een belastingplichtige heeft betaald in een later belastbaar tijdperk dan dat waarop die onderhoudsbijdragen betrekking hebben ingevolge een rechterlijke beslissing met terugwerkende kracht, niet mogen worden afgetrokken van diens netto-inkomsten, indien die betalingen gebeurden vóór het aanslagjaar 1992, met andere woorden vóór 1 januari 1991.

B.4.1. Het komt in beginsel aan de wetgever toe het tijdstip te kiezen waarop een wet uitwerking heeft. Door het bepalen van dat tijdstip wordt een onderscheid ingevoerd tussen de rechtzoekenden die onder de toepassing van de norm vallen en de rechtzoekenden die er niet onder vallen. Dat onderscheid is op zichzelf niet strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.4.2. Wanneer de wetgever zich evenwel genoodzaakt ziet een einde te maken aan een toestand van rechtsonzekerheid ten gevolge van uiteenlopende administratieve en rechterlijke beslissingen, veroorzaakt door onduidelijkheid in de wetgeving, mag men redelijkerwijze verwachten dat de nieuwe regeling dit onverwijld verhelpt. Dit is in het bijzonder het geval, nu de wetgever zelf heeft erkend dat de rechtssituatie die hij beoogde te wijzigen onrechtvaardig was.

B.4.3. Voor de belastingoverheid bestond er een noodzakelijk verband tussen de aftrekbaarheid van de onderhoudsbijdragen voor de schuldenaar en de belastbaarheid ervan voor de verkrijger, zoals ook blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 28 december 1990.

B.4.4. Rekening houdende met de algemene beginselen die de organisatie van de belastingen beheersen en met de administratieve moeilijkheden die met een terugwerkende regeling gepaard gaan, kon de wetgever het wenselijk achten niet in te grijpen in definitieve belaste situaties. Vanuit het oogpunt van de uitkeringsgerechtigde, zou het een bron van rechtsonzekerheid zijn indien een wetswijziging een belastingtoestand zou treffen die vóór de inwerkingtreding van de wet volledig is voltrokken. Het is niet onredelijk dat voor definitief belaste toestanden de bijdragen niet aftrekbaar blijven voor de onderhoudsplichtigen.

B.4.5. Daarentegen stond niets eraan in de wet dat de wetgever de betrokken maatregel onmiddellijk uitwerking had verleend voor alle gevallen waarin de fiscale regeling waarop die onderhoudsbijdragen betrekking hadden, nog niet de-

finitief was vastgesteld. Er wordt aangenomen dat het belastbaar feit in de inkomstenbelastingen pas verstrijkt op 31 december van het jaar dat het aanslagjaar voorafgaat en dat tot die dag nog wijzigingen in de belastingschuld kunnen worden doorgevoerd, zowel in positieve als in negatieve zin.

B.4.6. Door de datum van inwerkingtreding uit te stellen tot het aanslagjaar 1992 heeft de wetgever een criterium gehanteerd dat objectief maar niet pertinent is ten aanzien van de nagestreefde doelstelling, omdat aan de belastingtoestand die als onrechtvaardig werd beschouwd, slechts een einde wordt gemaakt voor onderhoudsbijdragen betaald na 1 januari 1991 en niet voor alle gevallen waarbij het belastbaar feit, waarop die onderhoudsuitkeringen betrekking hadden, zich op het ogenblik van de bekendmaking van de wet nog niet definitief had voltrokken. Aldus leiden de in het geding zijnde bepalingen tot een discriminatie tussen belastingplichtigen.

## HOF VAN CASSATIE

*1e KAMER – 6 NOVEMBER 1997*

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: de h. D'Halleweyn

Advocaat: mr. Bützler

**1. Stedenbouw – Bouwvergunning – Weerslag op privaatrechtelijke erfdienstbaarheid – 2. Subjectief recht – Niet-onmiddellijke uitoefening – Rechtsgevolg – Rechtsverwerking**

*1. Degene die over een bouwvergunning beschikt, is daardoor niet ontslagen van de erfdienstbaarheden die de wet aan naburige erven oplegt.*

*2. Een partij verliest een door de wet toegekend recht niet door het aannemen van een houding die met dit recht tegenstrijdig is of door dit recht niet onmiddellijk uit te oefenen, behalve in het geval van misbruik van dit recht, van verjaring en van de uitzonderingen die de wet bepaalt.*

*Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel van rechtsverwerking.*

B. en Van M. t/ H. en Van A.

Gelet op het bestreden vonnis, op 25 september 1995 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde;

...

Overwegende dat degene die over een bouwvergunning beschikt, daardoor niet ontslagen is van de erfdienstbaarheden die de wet aan naburige erven oplegt;

Overwegende dat een partij een door de wet toegekend recht niet verliest door het aannemen van een houding die met dit recht tegenstrijdig is of door dit recht niet onmiddellijk uit te oefenen, behalve in het geval van misbruik van dit recht, van verjaring en van de uitzonderingen die de wet bepaalt;

Dat er geen algemeen rechtsbeginsel van rechtsverwerking bestaat;

Overwegende dat het bestreden vonnis de vordering van de eisers tot verwijdering «(van) de laterale vitrines die uitzicht geven op de overweg alsmede van de deuren» afwijst, eensdeels op grond dat de rechtsvoorgangers van verweerder een bouwvergunning hebben verkregen en, anderdeels, op grond dat de eisers door hun houding hun recht hebben verwerkt;

Dat het bestreden vonnis op die gronden zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

NOOT – Betreffende punt 2, zie in dezelfde zin: Cass., 17 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 1085.

## HOF VAN CASSATIE

*2e KAMER – 20 JANUARI 1999*

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. de Codt

Openbaar ministerie: de h. Henkes

Advocaat: mr. Claeys

**Verzekering – Motorrijtuigen – Schorsing van dekking wegens niet-betaling van de premie – Strafbaar feit van het in het verkeer brengen van een niet-verzekerd voertuig**

*Het strafbare feit van het in het verkeer brengen van een motorrijtuig of van het toelaten dat een motorrijtuig in het verkeer wordt gebracht, zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, gedekt is overeenkomstig de WAM-wet, bestaat ook wanneer een motorrijtuig in het verkeer wordt gebracht waarvan de verzekering, gesloten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, geschorst is wegens niet-betaling van de premie, zelfs wanneer de verzekeringsovereenkomst nog steeds bestaat en de schorsing, met toepassing van art. 16 van dezelfde wet door de verzekeraar aan de derde-benadeelde niet kan worden tegengeworpen.*

T. t/ O.M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 3 juni 1998 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Nijvel, uitspraak doende als rechtscollège waarnaar de zaak verwezen is;

Gelet op het arrest van het Hof van 6 november 1996;

*Over het middel:* schending van de artikelen 14, 15, 16 en 17 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, van artikel 80, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringen, van de artikelen 2, § 1, en 16, § 1 van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, van art. 1134 B.W., alsook miskennis van het algemeen rechtsbeginsel krachtens welk bepalingen van de strafwet op beperkende wijze moeten worden uitgelegd,

*doordat* het bestreden vonnis op grond van art. 2, § 1, van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen beslist dat de telastelegging van niet-verzekering is bewezen, aangezien beklaagde niet gedekt is door een verzekeringsovereen-

komst waarvan de uitwerking niet is geschorst; dat het bestreden vonnis beslist dat niet bewezen is dat de wetgever in 1989 alleen het ontbreken van een overeenkomst, die bijvoorbeeld te wijten is aan het feit dat de overeenkomst in der minne is opgezegd of door de rechter is ontbonden, heeft willen strafbaar stellen,

*terwijl* art. 16 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, met betrekking tot de uitwerking van de schorsing van de dekking of van de opzegging van de overeenkomst, onder meer luidt als volgt: «De verzekeraar die zijn verplichting tot het verlenen van dekking geschorst heeft, kan de overeenkomst opzeggen indien hij zich dat recht in de ingebrekestelling heeft voorbehouden; in dat geval wordt de opzegging van kracht na het verstrijken van een termijn die niet korter mag zijn dan vijftien dagen te rekenen vanaf de eerste dag van de schorsing»; het bestreden vonnis niet het passende onderscheid maakt tussen de schorsing van de dekking van de verzekeringsovereenkomst, die alleen uitwerking heeft tussen de partijen, en de opzegging of schorsing van de overeenkomst, die uitwerking hebben *erga omnes*, zodat het niet kon beslissen dat eisers verzekeringsovereenkomst zelf was geschorst in de zin van art. 2, § 1, van de wet van 21 november 1989, aangezien de verzekeraar geen gebruik had gemaakt van de hem bij voornoemd art. 16 geboden mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen, en alleen de dekking van de overeenkomst had geschorst;

(...)

Overwegende dat krachtens art. 2, § 1, van de wet van 21 november 1989, motorrijtuigen alleen toegelaten worden tot het verkeer op de openbare weg en op de terreinen die toegankelijk zijn voor het publiek of slechts voor een zeker aantal personen die het recht hebben om er te komen, indien de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe zij aanleiding kunnen geven, gedekt is door een verzekeringsovereenkomst die aan de bepalingen van deze wet voldoet en waarvan de werking niet is geschorst;

Overwegende dat de wet het in het verkeer brengen van een niet-verzekerd voertuig als een strafbaar feit aanmerkt zodra de dekking daadwerkelijk is geschorst ten gevolge van de niet-betaling van de premie, zelfs als de verzekeringsovereenkomst nog steeds bestaat en zelfs als de verzekeraar, krachtens art. 16 van voornoemde wet, geen uit de overeenkomst voortvloeiende nietigheid of verval aan de benadeelde derde kan tegenwerpen;

Dat uit de omstandigheid alleen dat de verzekeraar verplicht blijft de benadeelde te vergoeden, niet kan worden afgeleid dat, wat de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde of de verzekeringnemer betreft, de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het gebruik van een motorrijtuig in een van de in de wet bepaalde plaatsen aanleiding kan geven, gedekt wordt door een verzekering die aan de bepalingen van die wet voldoet;

Dat het bestreden vonnis bijgevolg zijn beslissing, om de in het middel weergegeven redenen, naar recht verantwoordt;

NOOT – Zie Jocqué, G., «Besturen van een opgefokte bromfiets: toch strafbaar (noot onder Cass., 1 juni 1999), elders in dit nummer opgenomen.

## HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 1 JUNI 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

**Verzekering – Motorrijtuigen – Opgefokte bromfiets – Risicoverzwarend – Mededelingsverplichting aan verzekeraar – Niet-naleving – Niet-verzekering**

*De verzekeringnemer dient tot behoud van de dekking overeenkomstig de WAM-wet van 21 november 1989 in de loop van de overeenkomst de nieuwe of gewijzigde omstandigheden die een aanmerkelijke of blijvende risicoverzwarend meebrengen, aan de verzekeraar aan te geven. De bedrieglijke of verwijtbare tekortkoming hieromtrent brengt naargelang de hoedanigheid van eigenaar, houder of bestuurder van het verzekerde voertuig, overeenkomstig het in art. 22, § 1, tweede lid, WAM-wet gemaakte onderscheid, wel dan niet strafbare niet-verzekering mee.*

Procureur des Konings te Mechelen t/ B.

Gelet op het bestreden vonnis, op 23 april 1997 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Mechelen;

...

*Over het tweede middel:*

*Wat de drie onderdelen samen betreft:*

Overwegende dat art. 22, § 1, van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (hierna: WAM-wet) strafbaar stelt het in het verkeer brengen of toelaten van motorrijtuigen op een van de in art. 2, § 1, van deze wet bedoelde plaatsen, zonder dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, gedekt is overeenkomstig deze wet;

Dat ook art. 2, § 1, van de vermelde wet dekking vereist door een verzekeringsovereenkomst die aan de bepalingen van deze wet voldoet en waarvan de werking niet is geschorst;

Overwegende dat de enkele omstandigheid dat de verzekeraar gehouden is de derde-schadelijder te vergoeden, niet tot gevolg heeft dat – in de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde – aan het vermelde wettelijke vereiste is voldaan;

Overwegende dat art. 26, § 1, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst de verzekeringnemer verplicht de nieuwe of gewijzigde omstandigheden die een aanmerkelijke en blijvende risicoverzwarend meebrengen, aan de verzekeraar aan te geven; dat, bij het niet-nakomen van deze verplichting, art. 26, § 3, de verzekeraar slechts tot een mindere dekking verplicht of hem eventueel zelfs van deze verplichting vrijstelt, tenzij het ontbreken van de kennisgeving niet aan de verzekeringnemer kan worden verweten;

Dat uit deze bepalingen volgt dat tot behoud van dekking «overeenkomstig de wet», de verzekeringnemer ook in de loop van de overeenkomst elke risicoverzwarend moet aangeven, en diens bedrieglijke of verwijtbare tekortkoming hieromtrent naargelang zijn hoedanigheid van eigenaar, houder of bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, overeenkomstig het in artikel 22, § 1, tweede lid, WAM-wet gemaak-

te onderscheid, wel dan niet strafbare niet-verzekering meebrengt;

Overwegende dat de appèlrechters weliswaar releveren dat niet is aangetoond dat de verzekeringnemer met bedrieglijk opzet handelde, maar tevens overwogen dat in het geval bedoeld in art. 26, § 3, b, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, namelijk wanneer de niet-aangifte aan de verzekeringnemer kan worden verweten, de verzekeraar hoogstens de dekking kan reduceren en dat er geen sprake is van niet-verzekering;

Dat zij zodoende aannemen dat wanneer het ontbreken van de kennisgeving van de risicoverzwaaring aan de verzekeringnemer kan worden verweten en verweerder, die vervolgd wordt als eigenaar, dit weet, er dekking is overeenkomstig de WAM-wet;

Dat deze beslissing niet naar recht is verantwoord;

Dat het middel gegrond is.

NOOT – *Besturen van een opgefokte bromfiets: toch strafbaar*

1. De feiten en procedurele voorgaanden met betrekking tot het bovenstaand arrest kunnen worden samengevat als volgt. De aangestelde van de beklaagde bestuurde op 13 oktober 1995 een bromfiets klasse A (maximum toegelaten snelheid 25 km/u) waarmee evenwel een snelheid van 68 km/u kon worden gehaald. De beklaagde werd vervolgd om als eigenaar een motorvoertuig, zijnde een bromfiets klasse A, omgebouwd tot een motorfiets, in het verkeer te hebben gebracht, terwijl het niet verzekerd was conform de WAM-wet van 21 november 1989.

Bij vonnis van 7 november 1996 van de Politierechtbank te Mechelen werd de beklaagde veroordeeld tot een geldboete van 100 frank, maar bij vonnis van 23 april 1997 van de Correctionele Rechtbank te Mechelen zitting houdende in hoger beroep, vrijgesproken. Dit vonnis werd door het Hof van Cassatie vernietigd in het geannoteerd arrest.

Op 1 juni 1999 heeft het Hof van Cassatie in nog een drietal andere zaken in dezelfde zin uitspraak gedaan met betrekking tot de strafbaarheid van het besturen van een opgefokte bromfiets (arresten P.97.0339.N, P.97.0885.N en P.97.1425.N).

2. Na een weergave van de tekst van art. 22, § 1, van de WAM-wet 21 november 1989 wijst het Hof van Cassatie er in de motivering van het geannoteerd arrest op dat art. 2, § 1, van de WAM-wet van 21 november 1989 dekking vereist door een verzekeringsovereenkomst die aan de bepalingen van deze wet voldoet en waarvan de werking niet geschorst is en dat de enkele omstandigheid dat de verzekeraar gehouden is de derde-schadelijder te vergoeden, niet tot gevolg heeft dat aan dit wettelijk vereiste voldaan is in de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde.

Het Hof verwijst vervolgens naar art. 26, § 1, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, waarin is bepaald dat de verzekeringnemer in de loop van de overeenkomst en onder de voorwaarden van art. 5 van deze wet de verplichting heeft de nieuwe omstandigheden of de wijzigingen van de omstandigheden aan te geven die van aard zijn om een aanmerkelijke en blijvende verzwaaring van het risico dat het verzekerde voorval zich voordoet, te bewerkstelligen.

Voorts wordt verwezen naar art. 26, § 3, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, waarin de sancties worden vastgesteld voor het geval het schadegeval zich voordoet indien de aangifteverplichting niet werd nagekomen. Wanneer het ontbreken van de kennisgeving aan de verzekeringnemer kan worden verweten, is de verzekeraar er slechts toe gehouden de prestatie te leveren naar de verhouding tussen de betaalde premie en de premie die de verzekeringnemer had moeten betalen indien de verzwaaring in aanmerking was genomen. Indien de verzekeraar bewijst dat hij het verzwaarde risico in geen enkel geval zou hebben verzekerd, is zijn prestatie beperkt tot de terugbetaling van de betaalde premies (art. 26, § 3, b). Indien de verzekeringnemer met bedrieglijk opzet heeft gehandeld, kan de verzekeraar zijn dekking weigeren en blijven de premies aan de verzekeraar verworven als schadevergoeding (art. 26, § 3 c). Enkel indien het ontbreken van de kennisgeving niet kan worden verweten aan de verzekeringnemer, is de verzekeraar ertoe gehouden de overeengekomen prestatie te leveren (art. 26, § 3, a).

Het Hof leidt uit de voormelde wettelijke bepalingen af dat de verzekeringnemer tot behoud van de dekking «overeenkomstig de wet» in de loop van de overeenkomst elke risicoverzwaaring moet aangeven en de bedrieglijke of verwijtbare tekortkoming (als bedoeld in art. 26, § 3, b en c) «naar gelang zijn hoedanigheid van eigenaar, houder of bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, overeenkomstig het in art. 22, § 1, tweede lid, WAM-wet gemaakte onderscheid, wel dan niet strafbare niet-verzekering meebrengt». Overeenkomstig het tweede lid van art. 22, § 1, WAM-wet van 21 november 1989 zijn de houder en de bestuurder alleen strafbaar als zij weten dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig aanleiding kan geven, niet gedekt is overeenkomstig deze wet.

Volgens het Hof is er niet alleen sprake van niet-verzekering in de zin van art. 22, § 1, WAM-wet van 21 november 1989 in geval van bedrieglijk opzet (art. 26, § 3 c), maar evenzeer wanneer de niet-aangifte aan de verzekeringnemer kan worden verweten (art. 26, § 3 b).

Het Hof verwierp op grond van een gelijkluidende motivering bij arrest dd. 26 januari 1999 (arrest P.96.1001.N) reeds eerder de voorziening tegen een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Tongeren van 13 juni 1996, waarbij de beklaagde als eigenaar van een opgefokte bromfiets werd veroordeeld wegens inbreuk op art. 22, § 1, eerste lid, WAM-wet van 21 november 1989. De correctionele rechtbank had gesteld dat uit het strafdossier en het onderzoek niet kon worden afgeleid dat het motorrijtuig reeds bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst het karakter van een motorfiets had, in welk geval niet was voldaan aan de mededelingsplicht bepaald in art. 5 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, en op grond van art. 6 van dezelfde wet de nietigheid van de overeenkomst kon worden ingeroepen. Desondanks achtte de rechtbank het bewezen dat de verzekeringsnemer het risico had moeten melden.

3. Omtrent de juridische gevolgen van de opdrijving van de cilinderinhoud van het verzekerde rijtuig bestond in de rechtspraak lange tijd onzekerheid, en dit zowel wat de verhouding betreft tussen de verzekeraar en de benadeelde enerzijds en als wat de verhouding betreft tussen de verzekeraar en de verzekerde anderzijds.

Ten aanzien van de verhouding verzekeraar-benadeelde werd de problematiek uitgeklaard door de arresten van 15 en 19 februari 1988 en 20 december 1988 van het Benelux Gerechtshof (*R.W.*, 1987-88, 983; *R.W.*, 1987-88, 1301; *R.W.*, 1988-89, 785). Het Benelux Gerechtshof stelde uitdrukkelijk dat aan de benadeelde niet kan worden tegengeworpen dat het in het verzekeringscontract omschreven motorrijtuig ten tijde van het sluiten van het contract eigenschappen had die afweken van de door of namens de verzekerde verstrekte gegevens, ook al zouden de afwijkende eigenschappen van het motorrijtuig voor de verzekeraar een groter risico meebrengen dan uit de hem vóór het aangaan van de verzekering opgegeven eigenschappen kon voortvloeien en ook al zou het motorrijtuig daardoor in een andere wettelijke categorie vallen. Hetzelfde werd geoordeeld met betrekking tot de voertuigen die na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst werden gewijzigd. Deze rechtspraak werd nadien algemeen gevolgd (Van Schoubroeck, C., Jocqué, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., «Overzicht van rechtspraak. Verzekering motorrijtuigen (1980-1997), *T.P.R.*, 1998, nrs. 38.3 en 38.4).

Wat de verhouding verzekeraar-verzekerde betreft bleef de vraag bestaan of de eigenaar, de houder of bestuurder kon worden veroordeeld wegens een miskenning op art. 22, § 1 van de WAM-wet van 21 november 1989. Het Benelux Gerechtshof oordeelde in zijn arrest van 15 december 1989 (*R.W.*, 1989-90, 841) dat de rechtsgevolgen tussen de verzekeraar en de verzekerde in geval van verzwijging van een risicoverzwaarings die voortvloeit uit het opvoeren van het motorvermogen van het verzekerde voertuig, niet door de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux Overeenkomst van 24 mei 1966 worden geregeld, maar wel door de nationale wetgeving.

Het Hof van Cassatie oordeelde na dit arrest van het Benelux Gerechtshof dat uit de loutere omstandigheid dat de verzekeraar gehouden is de benadeelde te vergoeden, niet valt af te leiden dat – in de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde – de burgerrechtelijke aansprakelijkheid gedekt is door een verzekering die beantwoordt aan de wet (Cass., 29 mei 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 1228).

De overweging in het geannoteerde arrest dat de verplichting van de verzekeraar om de derde-schadelijder te vergoeden, niet tot gevolg heeft dat aan het wettelijk vereiste van een verzekeringsovereenkomst die aan de bepalingen van de WAM-wet van 21 november 1989 voldoet en waarvan de werking niet is geschorst, werd voldaan in de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde, ligt dan ook in de lijn van de voorgaande rechtspraak van het Hof.

Op dezelfde wijze werd trouwens reeds geoordeeld in het geval de verzekeringsovereenkomst is geschorst wegens niet-betaling van de premie. Ook in dit geval is art. 22 van de WAM-wet van 21 november 1989 van toepassing, ook al is de schorsing niet tegenwerpbaar aan de derde-schadelijder (Cass., 30 januari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 604; Cass., 20 januari 1999, elders gepubliceerd in dit nummer). Hetzelfde geldt in geval van gebrek van verzekering van de aanhangwagen (Van Schoubroeck, C., Jocqué, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., *o.c.*, nr. 19.8).

Er werd onder de wet van 1 juli 1956 ook reeds geoordeeld dat het feit dat de aansprakelijkheid van de bestuurder gedekt is door een andere polis, nl. een verzekeringsovereenkomst met betrekking tot een hem toebehorend voer-

tuig (art. 4 Modelpolis), zonder belang is ten aanzien van het misdrijf bepaald in het toenmalige art. 18, § 1, van de WAM-wet van 1 juli 1956 (Van Schoubroeck, C., Jocqué, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., *o.c.*, nr. 19.2).

4. De voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie werd doorkruist door de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.

Zoals hiervoor reeds werd gesteld, bevat art. 26, § 3, van de zojuist genoemde wet specifieke sancties in geval van het niet-nakomen van de verplichting tot aangifte aan de verzekeraar van de nieuwe of gewijzigde omstandigheden die een aanmerkelijke en blijvende risicoverzwaarings meebrengen. Naargelang het geval kan de niet-aangifte leiden tot vrijstelling of vermindering van de dekking.

Met betrekking tot de WAM-verzekering is de aangifteplicht niet enkel opgenomen in art. 26, § 1, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, maar eveneens in art. 10, eerste lid, Modelpolis. Art. 10 Modelpolis bevat evenwel geen sanctieregeling als bepaald in art. 26, § 3, van de wet van 25 juni 1992. Art. 10, 1° en 27, 2° en 3°, Modelpolis geven aan de verzekeraar enkel de mogelijkheid om naar gelang van het geval een wijziging van de overeenkomst voor te stellen of de polis op te zeggen.

Er kan hierbij echter betwijfeld worden of art. 27, 2°, Modelpolis, dat een opzeggingsrecht toekent aan de verzekeraar in geval van opzettelijke verzwijging of onjuiste mededeling, verenigbaar is met art. 26 van de wet van 25 juni 1992. Laatstgenoemde bepaling vermeldt immers deze mogelijkheid tot opzegging niet (Schoorens, G., «Verzekeringen en verzwaarings van het risico», *A.J.T.*, 1997-98, p. 76, nr. 15).

Doordat de verzekeraar ingevolge art. 16 van de WAM-wet van 21 november 1989 geen enkele uit de wet of de overeenkomst voortvloeiende nietigheid, verweer of verval van de benadeelde kan tegenwerpen, is hij volledige schadeloosstelling verschuldigd aan de derde-schadelijder (onder voorbehoud van hetgeen in art. 3, § 2, tweede en derde lid WAM-wet van 21 november 1989 is bepaald). De sancties wegens verzwijging en onjuiste mededeling vastgesteld in art. 26, § 3, van de wet van 25 juni 1992 kunnen bijgevolg niet worden ingeroepen tegen de benadeelde derde.

Benevens de mogelijkheid tot wijziging of opzegging van de verzekeringsovereenkomst, zijn in de WAM-verzekering de sancties wegens verzwijging en onjuiste mededeling terug te vinden in het recht van verhaal van de verzekeraar of de verzekeringnemer. Art. 25, 1°, b en c, Modelpolis geven aan de verzekeraar de mogelijkheid om een recht van verhaal uit te oefenen in geval van opzettelijke verzwijging of onjuiste mededeling voor zover deze verwijtbaar is aan de verzekeringnemer. In het eerste geval is het verhaal integraal en in het tweede geval beperkt tot 10.000 frank.

De sanctie van art. 25, 1°, b, Modelpolis komt bijgevolg overeen met art. 26, § 3, c, van de wet van 25 juni 1992, in de mate dat de vergoeding van de benadeelde derde in geval van opzettelijke verzwijging of onjuiste mededeling, uiteindelijk volledig op de schouders van de verzekeringnemer komt te liggen. Art. 25, 1°, c, Modelpolis loopt parallel met art. 26, § 3, b, van de wet van 25 juni 1992, waarin de vergoeding van de derde-schadelijder in geval van een verwijtbare, maar onopzettelijke tekortkoming aan de aangifteplicht deels ten laste komt van de verzekeringnemer.

5. Vóór de bovenstaande uitspraak van het Hof van Cassatie nam een deel van de lagere rechtspraak aan dat er geen

misdrijf van niet-verzekering kon worden gepleegd in het geval van verzwijging of onjuiste mededeling in de periode die de aangifte of kennisname van de risicoverzwaarig voorafgaat, zelfs indien er sprake was van opzet.

De Politierechtbank te Brugge oordeelde in haar vonnis van 24 juni 1996 (*Verkeersrecht*, 1997, 342) dat art. 26 van de wet van 25 juni 1992 in geval van verzwaring in de loop van het verzekeringsovereenkomst niet voorziet in een radicale sanctie van beëindiging van de verzekering, maar slechts in een mededelingsplicht voor de verzekerde, waarna de verzekeraar verschillende mogelijkheden heeft. Er werd tevens op gewezen dat de verzekering uitwerking behoudt zolang de risicoverzwaarig niet wordt medegedeeld of de termijnen waarvan sprake in art. 26 van de wet van 25 juni 1992 nog lopen. Volgens de politierechtbank zou er slechts sprake zijn van het misdrijf van niet-verzekering «nadat de verzekeraar daadwerkelijk opgezegd» heeft. Deze stelling werd eveneens verdedigd in de rechtsleer (Colle, Ph., *Bijzondere gereglementeerde verzekeringscontracten*, Antwerpen, Maklu, 1996, 155).

Het Hof van Cassatie heeft in het bovenstaand arrest deze zienswijze terecht verworpen. In art. 22, § 1, van de wet van 21 november 1989 is uitdrukkelijk bepaald dat strafbaar is het in het verkeer brengen of toelaten van een motorrijtuig «zonder dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, gedekt is overeenkomstig deze wet». Het Hof wijst erop dat art. 2, § 1, van de wet van 21 november 1989 dekking vereist door een verzekeringsovereenkomst «die aan de bepalingen van deze wet voldoet en waarvan de werking niet is geschorst». Wanneer de verzekeringnemer met bedrieglijk opzet of op een verwijtbare wijze nalaat de risicoverzwaarig bedoeld in art. 26, § 1, van de wet van 25 juni 1992 en art. 10, eerste lid, Modelpolis aan te geven, is er geen verzekeringsovereenkomst meer die voldoet aan de bepalingen van de WAM-wet van 21 november 1989, gelet op de vrijstelling of vermindering van de dekking zoals vastgesteld bij art. 26, § 3, b en c, van de wet van 25 juni 1992.

6. Er dient verder nog te worden aangestipt dat de tekortkoming van de verzekeringnemer zich eveneens kan voordoen bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. In voorkomend geval dient te worden verwezen naar art. 5-7 van de wet van 25 juni 1992 en art. 9 Modelpolis (Van Schoubroeck, C., Jocqué, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., o.c., *T.P.R.*, 1998, nr. 65.1).

Bij een opzettelijke verzwijging of onjuiste mededeling van het risico bij het sluiten van de overeenkomst is deze nietig en is de overtreding van art. 22, § 1 van de wet van de WAM-wet van 21 november 1989 bewezen (Pol. Brugge, 9 november 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 46).

Uit het geannoteerde arrest kan worden afgeleid dat ook wanneer de verzwijging of onjuiste mededeling bij het sluiten van de overeenkomst onopzettelijk gebeurde, maar aan de verzekeringnemer kan worden verweten, er eveneens een overtreding van voormeld art. 22, § 1, kan worden aangenomen.

Overeenkomstig art. 7, § 3, van de wet van 25 juni 1992 is de verzekeraar in voorkomend geval slechts tot een beperkte prestatie gehouden nl. op basis van de verhouding tussen de betaalde premie en de premie die de verzekeringnemer zou hebben moeten betalen indien hij het risico naar behoren had medegedeeld. De verzekeringnemer moet evenwel

de mededelingsplicht als vastgesteld in art. 5 van de wet van 25 juni 1992 en in art. 9, 1°, Modelovereenkomst naleven «tot behoud van dekking overeenkomstig de wet van 21 november 1989». Het feit dat het niet-nakomen van deze verplichting tot een mindere dekking leidt, behalve wanneer de verzwijging of onjuiste mededeling hem niet kan worden verweten (art. 7, § 2, van de wet van 25 juni 1992), heeft tot gevolg dat er geen verzekeringsovereenkomst is die dekking verleent overeenkomstig de WAM-wet van 21 november 1989.

7. Het Hof van Cassatie heeft door de arresten van 1 juni 1999 de draagwijdte van art. 22, § 1, van de WAM-wet van 21 november 1989 en de verhouding van deze bepaling tot art. 26 van de wet van 25 juni 1992 uitgeklaard. Wanneer geen volwaardige dekking voorhanden is ingevolge verzwijging of onjuiste mededeling van het risico en de verzekeringnemer op een bedrieglijke of verwijtbare wijze aan de basis ligt van de verzwijging of onjuiste mededeling, kan art. 22, § 1, van de WAM-wet van 21 november 1989 worden toegepast.

Geert Jocqué

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

2e KAMER – 18 MAART 1997

Voorzitter: de h. De Vel

Raadsheren: de h. Renaers en mevr. Allegaert

Advocaten: mrs. Jageneau en Nollet

**1. Overeenkomst – Kwalificatie – Opdracht van hoven en rechtbanken – 2. Bewaargeving – Bewaringsverplichting – Zorgen van een goed huisvader – Teruggaveverplichting – Overmacht – Diefstal**

1. Het komt aan de hoven en rechtbanken toe om aan de voorgelegde feiten en aan de rechtsverhouding tussen de partijen de juiste juridische kwalificatie te geven.

2. De bewaarnemer dient aan te tonen dat hij alle normale voorzorgsmaatregelen heeft genomen die van een goed huisvader mogen worden verwacht om een zaak te bewaren, en hij kan zich op overmacht beroepen indien hem geen nalatigheid, onvoorzichtigheid of fout kan worden verweten. Te dezen is de diefstal geenszins te wijten aan de eigen nalatigheid en onvoorzichtigheid of fout van de bewaarnemer.

N.V. M. t/ V.

Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder een eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, waarvan geen akte van betekening wordt voorgelegd, alsmede het verzoekschrift ingediend ter griffie van dit Hof op 22 november 1995, waarmee een naar vorm en termijn regelmatig en ontvanke-lijk hoger beroep werd ingesteld;

Overwegende dat appellante, bij hervorming van het bestreden vonnis nastreeft dat de oorspronkelijke vordering uitgaande van huidige geïntimeerde als ongegrond zou worden afgewezen, minstens subsidiair dat, alvorens recht zou worden gedaan, het Hof een plaatsbezoek zou bevelen; dat

zij nog meer subsidiair vordert dat minstens het gevorderde bedrag in hoofdsom wordt verminderd tot 1.241.750 frank, zijnde de factuurbedragen, exclusief B.T.W.;

Overwegende dat geïntimeerde in hoofdzaak nastreeft dat ten gronde zou worden beslist tot de ontbinding van de koop/verkoopovereenkomst ten laste van appellante, met haar veroordeling tot teruggave van de prijs en tot schadevergoeding; dat zij aanvullend concludeert tot de bevestiging van het bestreden vonnis;

Overwegende dat de doelstellingen van de door geïntimeerde ingestelde vordering en de toedracht der feiten, die eraan ten grondslag liggen, alsmede de respectieve stellingen van partijen in het bestreden vonnis werden toegelicht en dat het Hof ernaar verwijst;

dat ter aanvulling en kort samengevat, huidige geïntimeerde van huidige appellante voor de eerste rechter de vergoeding vorderde van het door hem geleden verlies van de bij appellante aangekochte vrachtwagen (in feite cabine en chassis) die, nadat door een derde firma hierop een laadbak was gemonteerd, op de terreinen van appellante gestolen is geworden;

dat de stelling van geïntimeerde voor de eerste rechter, die thans aanvullend in beroepsconclusies staande wordt gehouden, was dat in het raam van de aannemingsovereenkomst tussen partijen, appellante een teruggaveplicht heeft wat de kwestieuze vrachtwagen betreft, waarbij appellante enkel wordt bevrijd van zijn aansprakelijkheid, indien hij overmacht of toeval bewijst, wat volgens geïntimeerde *in casu* niet het geval zou zijn;

dat geïntimeerde in beroep, zoals reeds hierboven aangestipt, bijkomend de ontbinding van de kwestieuze overeenkomst ten laste van appellante nastreeft met haar veroordeling tot teruggave van de prijs die hij aan appellante heeft betaald en tot betaling van schadevergoeding, wat in feite overeenstemt met het oorspronkelijk door hem gevorderde bedrag, waartoe appellante door de eerste rechter werd veroordeeld;

Overwegende dat het aan de rechtbanken en hoven toe komt aan de verhouding tussen partijen en aan de voorgelegde feiten de juiste kwalificatie in rechte te geven;

dat volgens appellante (en oorspronkelijk ook volgens geïntimeerde) *in casu* sprake is van een contract van bewaargeving;

dat, zoals reeds hierboven aangestipt, huidige geïntimeerde voor de eerste rechter, in aanvulling op de vordering van de dagvaarding, waarin zij zich eveneens baseerde op het contract van bewaargeving, in conclusies stelde dat de verhouding tussen partijen dient te worden beoordeeld vanuit de rechtsfiguur van de aanneming;

dat de eerste rechter uiteindelijk, in tegenstelling tot hetgeen partijen beweerden, oordeelde dat de contractuele relatie tussen partijen als een koop-verkoopovereenkomst dient te worden bestempeld, waarbij huidige geïntimeerde zijn verplichting tot betaling van de prijs reeds was nagekomen, maar huidige appellante haar verbintenis tot levering van de zaak nog moest verrichten;

Overwegende dat het Hof zich aansluit bij het oordeel van de eerste rechter dat *in casu*, op basis van de feitelijke gegevens, de rechtsverhouding tussen partijen dient te worden gekwalificeerd als een koop-verkoopovereenkomst, tenminste wat de cabine en het chassis van de vrachtwagen betreft; dat dit overigens niet ernstig wordt betwist door appellante,

die evenwel stelt dat de vrachtwagen reeds was geleverd aan en betaald door geïntimeerde, zodat op het ogenblik van de feiten (diefstal) zij slechts fungeerde als de «bewaarder» van de kwestieuze vrachtwagen;

Overwegende dat geïntimeerde niet betwist dat de kwestieuze vrachtwagen inderdaad aan appellante werd betaald, maar dat zij ten stelligste betwist het voertuig ooit in haar bezit te hebben gehad;

dat de levering van de kwestieuze vrachtwagen door appellante aan geïntimeerde inderdaad uit niets blijkt; dat integendeel niet wordt betwist dat op het chassis van de vrachtwagen nog een laadbak diende te worden gemonteerd die door geïntimeerde bij de firma V. werd besteld en dat de vrachtwagen te dien einde door appellante naar V. werd gebracht en niet door geïntimeerde; dat het ook appellante was die de kwestieuze vrachtwagen mét laadbak opnieuw bij V. ging ophalen en op haar terreinen stalde, om deze na het weekend ter keuring bij de auto-inspectiedienst aan te bieden; dat dan ook een eigenlijke levering, d.w.z. de terbeschikkingstelling van de vrachtwagen aan geïntimeerde, geen sprake is;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht heeft verwezen naar de algemene verkoopsvoorwaarden van appellante, die deel uitmaken van de tussen partijen aangegane koop-verkoopovereenkomst, en meer in het bijzonder naar art. 5 *in fine* van deze voorwaarden dat uitdrukkelijk het volgende stipuleert: «Het eigendomsrecht wordt aan de aankoper overgedragen na betaling van de aankoop prijs en alle andere sommen die voor levering van onderdelen, herstellingen, interesten, enz... d.w.z. kosten van elke aard, nog aan de vennootschap verschuldigd zijn. Evenwel zal de overdracht van de risico's plaatshebben vanaf het ogenblik dat de koper in kennis werd gesteld dat het of de voertuigen ter zijner beschikking staan, zonder dat een aanmaning nodig is.»;

Overwegende dat geïntimeerde *in casu* kennelijk nog niet was verwittigd dat hij de kwestieuze vrachtwagen mocht komen afhalen, zodat appellante, conform haar eigen contractuele bepalingen, het risico van verlies van de zaak dient te dragen, zoals ook terecht door de eerste rechter werd geoordeeld;

dat appellante weliswaar thans in beroepsconclusies stelt dat geïntimeerde zich als een eigenaar zou hebben gedragen, o.m. door een aanvraag tot inschrijving in te dienen en door een verzekering te nemen, maar dat het nemen van een verzekering of een aanvraag te doen tot inschrijving geenszins het bewijs levert dat men ook effectief eigenaar is van het verzekerd, dan wel ingeschreven voertuig;

dat overigens, zelfs als geïntimeerde als eigenaar zou hebben gehandeld wat hij kon, aangezien door de betaling het eigendomsrecht over de vrachtwagen aan hem was overgedragen – dit geenszins inhield dat hij op het ogenblik van de feiten het risico droeg betreffende de kwestieuze vrachtwagen; dat integendeel blijkens de algemene voorwaarden van de koopovereenkomst tussen partijen, dit risico op het ogenblik van de feiten ten laste was van appellante, omdat de kwestieuze vrachtwagen kennelijk nog niet ter beschikking van geïntimeerde was gesteld;

Overwegende dat dit risico, conform de contractuele bepalingen, evenwel enkel betrekking kan hebben op het voorwerp van de overeenkomst tussen partijen, d.w.z. de eigenlijke vrachtwagen (chassis en cabine), die werd verkocht aan

de prijs van 833.000 frank; dat wat de laadbak betreft, die het voorwerp uitmaakte van een overeenkomst met een derde firma, namelijk garage V., de algemene voorwaarden van appellante geenszins van toepassing zijn;

Overwegende dat het hier desbetreffend gaat om een kosteloze bewaargeving, waarop de artikelen 1921 e.v. B.W. terzake van toepassing zijn; dat, in tegenstelling tot wat geïntimeerde subsidiair en/of aanvullend in beroepsconclusies stelt, het hier geenszins gaat om een aannemingsovereenkomst; dat de laadbak door geïntimeerde werd besteld bij een derde firma, namelijk bij garage V., die de laadbak monteerte op de kwestieuze vrachtwagen; dat appellante enkel de vrachtwagen mét laadbak bij garage V. is gaan afhalen, waarna deze op haar terreinen werd gestald, tot deze na het weekend zou worden gekeurd door de auto-inspectiedienst; dat er dan ook *in casu* geen sprake is van een aannemingsovereenkomst tussen partijen, maar wel degelijk van een kosteloze bewaargeving wat de op de vrachtwagen gemonteerde laadbak betreft;

Overwegende dat overeenkomstig de artikelen 1928 en 1929 B.W. de bewaarnemer verplicht is de hem toevertrouwde zaak goed te bewaren, zodat hij zelf aansprakelijk is voor zijn *culpa levis in abstracto* (inspanningsverbintenis) en ze terug te geven (resultaatsverbintenis); dat bij niet-teruggave de bewaarnemer een geval van overmacht moet bewijzen;

Overwegende dat dit concreet betekent dat appellante als bewaarnemer dient aan te tonen dat zij alle normale voorzorgsmaatregelen heeft genomen die van een «goed huisvader» mogen worden verwacht om een zaak te bewaren en dat er bij haar overmacht bestaat zo haar geen nalatigheid, onvoorzichtigheid of fout kan worden verweten;

Overwegende dat *in casu* appellante de vrachtwagen had gestald op haar terreinen, die blijkens het stratenplan en het kadastraalplan dat een geheel uitmaakt met het inplantingsplan, het allerlaatste bedrijf is van de Industriezone te Hoeselt; dat de enige toegangsweg hiertoe op de Bilzersteenweg vertrekt en loopt langs de Industrielaan; dat er geen betwisting bestaat omtrent de plaats waar de kwestieuze vrachtwagen was gestald, maar dat geïntimeerde aanvoert dat appellante blijk gaf van weinig zorgvuldigheid en voorzorg door de kwestieuze vrachtwagen te stallen op een plaats aan de achterzijde van de garage, waar zelden personeel of zaakvoerder zouden komen, zodat er onvoldoende toezicht op de zaak zou zijn uitgeoefend; dat de plaats waar de vrachtwagen was gestald bovendien duidelijk in het zicht van de nabijgelegen autoweg is;

Overwegende dat uit de gegevens van het strafdossier, dat wordt bijgebracht, blijkt dat de kwestieuze vrachtwagen geparkeerd stond *binnen een omheining*, en dat de dader(s) zich toegang hebben dienen te verschaffen tot het terrein door de *omheining over een lengte van zes meter door te knippen* en een *tussenpaal te verwijderen en te ontvreemden*; dat uit de door appellante voorgebrachte foto's blijkt dat de kwestieuze omheining niet zomaar een «gewone draad» was, zoals geïntimeerde in conclusies beweert maar dat het wel degelijk gaat om een stevige omheining, die slechts met inbrekersmateriaal kon worden doorgeknipt;

Overwegende dat uit het inplantingsplan blijkt dat de plaats waar de kwestieuze vrachtwagen stond geparkeerd, bedoeld is voor verscheidene (nieuwe) vrachtwagens en uit niets blijkt, zoals geïntimeerde in conclusies beweert, dat gedurende het

kwestieuze weekend waarin de vrachtwagen van geïntimeerde zou zijn ontvreemd, deze daar alleen stond;

Overwegende dat niet wordt betwist dat de plaats waar de kwestieuze vrachtwagen stond geparkeerd, inderdaad zichtbaar was vanaf de afrit van de nabijgelegen autoweg, en dat op deze plaats weinig voetgangers kwamen, maar dat tevens dient te worden opgemerkt dat de plaats zelf niet zo toegankelijk was vanaf de autoweg, noch vanaf de industrieweg, aangezien de dader(s) over een honderdtal meter hebben moeten rijden over het grasperk van het naastliggend bedrijf E.-M., om dan terecht te komen op een kleine, verlaten, kennelijk ongebruikte aardeweg; dat het kwestieuze voertuig bovendien afgesloten was en dat, zoals reeds aangestipt, het terrein zelf geheel omgeven was door een stevige omheining;

Overwegende dat ten slotte blijkt dat op de terreinen van appellante, meer bepaald boven de garage, een conciërge woonde, nl. de echtgenoten B.-H., wat wordt aangetoond aan de hand van de huurovereenkomst van 19 mei 1993 tussen de N.V. M. (= kennelijk de immobiliënmaatschappij van de garage M.) en het attest van bewoning afgeleverd door de gemeente Hoeselt; dat er geen reden is om aan te nemen dat het echtpaar op het ogenblik van de feiten niet aanwezig was; dat dit niet kan worden afgeleid uit het feit dat zij niets hebben gehoord of gezien; dat, gezien de grote oppervlakte van het bedrijf, zulks niet verwonderlijk en/of abnormaal is;

Overwegende dat, rekening houdende met het voorgaande, het Hof van oordeel is dat appellante *in casu* alle normale voorzorgsmaatregelen heeft genomen die elke garagist in dezelfde omstandigheden zou hebben genomen om de zaak te bewaren; dat van een «verlaten plaats zonder bewaking» of van een «vogelvrij terrein», zoals gesteld door geïntimeerde in zijn conclusies, *in casu* geen sprake is;

Overwegende dat de diefstal *in casu* geenszins te wijten is aan de eigen nalatigheid en onvoorzichtigheid of fout van appellante, zoals geïntimeerde ten onrechte beweert; dat geïntimeerde overigens ten onrechte betwist dat er *in casu* sprake zou zijn van diefstal; dat integendeel de materiële vaststellingen, zoals ze o.m. uit de gegevens van het strafdossier naar voren komen, alle wijzen op diefstal, en geïntimeerde de door hem in conclusies gesuggereerde «verschillende (andere) hypothesen» niet aantoon, en aldus geenszins de stelling van diefstal ontkracht;

Overwegende dat, nu geen fout of nalatigheid van appellante is bewezen, en integendeel *in casu* duidelijk sprake is van overmacht, appellante, als bewaarnemer van de op de vrachtwagen door garage V. gemonteerde laadbak, niet moet instaan voor het verlies hiervan; dat hij dan ook niet kan worden veroordeeld tot het vergoeden van het verlies van de laadbak;

Overwegende dat geïntimeerde aldus als schadevergoeding, op grond van de contractuele bepalingen van de koopverkoopovereenkomst tussen partijen, alleen aanspraak kan maken op het verlies van de eigenlijke vrachtwagen (cabine en chassis), d.w.z. op het factuurbedrag ad 833.000 frank; dat hij wat het meergevorderde betreft, zijnde het factuurbedrag V., om de hierboven vermelde redenen, dient te worden afgewezen.

## HOF VAN BEROEP TE GENT

23e KAMER – 31 DECEMBER 1998

Voorzitter: de h. Teirlinck

Advocaten: mrs. Verbrugt en Vanden Broucke

### Voorrechten – Kosten tot behoud van de zaak – Ereloon van deskundige

*Het ereloon en de kosten van een deskundige, die de schade heeft begroot die werd veroorzaakt door de brand van een onroerend goed, zijn te dezen bevoorrecht als kosten tot behoud van de zaak, zijnde de schuldvordering van de verzekerde tegen de brandverzekeraar tot vergoeding van de door die brand veroorzaakte schade, omdat de tussenkomst van de deskundige ervoor gezorgd heeft dat deze schuldvordering behouden bleef.*

N.V. J.-B. E. t/ Faillissement N.V. A.

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 19 december 1997 heeft appellante tijdig en regelmatig naar vorm hoger beroep ingesteld tegen het vonnis op 7 november 1997 op tegenspraak gewezen door de derde kamer van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk en waarvan geen betekeningsexploot voorligt.

Appellante diende een aangifte van schuldvordering in in het faillissement N.V. A. tot beloop van 90.675 fr., op te nemen in het bevoorrecht passief voor de kosten en het ereloon van de schatting van een schade ingevolge een brand.

Geïntimeerde qq. betwistte het bevoorrechte karakter van de schuldvordering en vroeg de opname te bevelen in het gewoon passief voor het bedrag van 90.675 frank.

De eerste rechter heeft de vordering van appellante ongegrond verklaard wat het gevraagde bevoorrechte karakter van de vordering betreft, om reden dat de door de verzekeraar uitbetaalde vergoeding stond voor de schade aan het onroerend goed, terwijl art. 20, 4°, Hyp.W. enkel een voorrecht op bepaalde roerende goederen verleent. Het bedrag van 90.675 fr. werd in het gewoon passief opgenomen.

Het hoger beroep van appellante strekt tot het teniet doen van het vonnis *a quo* en, opnieuw wijzende, het zeggen voor recht dat de schuldvordering van appellante dient te worden opgenomen in het bevoorrechte passief op grond van art. 20, 4°, Hyp.W. en het horen veroordelen van geïntimeerde qq. in de kosten van beide aanleggen.

Na de brand bij de N.V. A. in de nacht van 16 op 17 december 1988 werd appellante door deze als deskundige aangesteld om de schade te schatten en in overleg met de verzekeringsmaatschappijen, de vergoeding te bepalen. Dit leidde tot het akkoord van 24 maart 1989 omtrent het bedrag van vergoedingen, ondertekend door enerzijds de B.V.B.A. C., expert-vertegenwoordiger van de N.V. C., zijnde de verzekeraar van het onroerend goed, en anderzijds appellante.

Op 26 mei 1989 werd de N.V. A. failliet verklaard.

Omdat de N.V. C. weigerde tot vergoeding over te gaan, diende geïntimeerde qq. haar te dagvaarden in betaling. In dit proces werd gebruik gemaakt van het akkoord van 24 maart 1989. Bij vonnis van 2 mei 1994 veroordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk de N.V. C. tot betaling van de som van 1.743.992 fr. aan geïntimeerde qq. als vergoeding van de brandschade. Geïntimeerde qq. kon dit bedrag innen.

Roerend door wetsbepaling zijn verbintenissen en vorderingen die opeisbare geldsommen betreffen (art. 529 B.W.).

De schuldvordering van de N.V. A. op haar verzekeraar is een onlichamelijk roerend goed. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat de oorzaak van deze schuldvordering ligt in de brand van een onroerend goed. Op het ogenblik dat ingevolge het faillissement de samenloop ontstond, was de vordering roerend van aard.

Het wordt door geïntimeerde qq. niet betwist dat de gelden uitbetaald door de verzekeraar nog individualiseerbaar in de boedel aanwezig zijn. Het bepaald roerend zadel dat dient voorhanden te zijn, is aanwezig.

Uit het feit dat de vordering door de verzekeraar werd betwist en dat de expertise uitgevoerd door appellante en dat het door deze gesloten akkoord werden aangewend in het proces, blijkt dat de tussenkomst van appellante voordelig was voor de boedel, te meer daar het onroerend goed einde 1989 werd verkocht, zodat de bewijsvoering aangaande de omvang van de brandschade en de hieruit volgende omvang van de schuldvordering op de verzekeraar een onmogelijke taak zouden geworden zijn indien niet tijdig de nodige vaststellingen zouden gedaan zijn. De tussenkomst van appellante heeft dan ook ervoor gezorgd dat de schuldvordering van de N.V. A. en later van de boedel, ten opzichte van de verzekeraar behouden bleef.

Nu de omvang der schuldvordering van appellante op zichzelf niet wordt betwist, dient deze te worden opgenomen in het bevoorrecht passief van het faillissement.

NOOT – *De minnelijke verzekeringsexpert: bevoorrecht op grond van art. 20, 4° Hyp.W.?*

1. De feiten die ten grondslag liggen aan het geannoteerde arrest, zijn eenvoudig. Een huis wordt vernield door brand, en een verzekeringsexpert schat de schade die daaruit voortvloeide. De eigenaar van het huis wordt nadien failliet verklaard. Het ereloon van de deskundige bleef onbetaald en deze maakt aanspraak op het voorrecht van art. 20, 4°, Hyp.W. Op het eerste gezicht lijkt dit arrest triviaal, maar toch dient het hof een aantal interessante problemen te behandelen. Drie problemen komen daarbij aan bod. Ten eerste moet zeker worden gesteld dat de schuldvordering een roerend karakter heeft, ten tweede moet worden beschouwd of de kosten wel strekten tot behoud van een reeds vooraf bestaande zaak en ten derde moet worden beoordeeld of de kosten wel werkelijk nuttig zijn geweest voor het behoud van die zaak.

2. Art. 20, 4°, Hyp.W. geldt uitsluitend voor roerende goederen. De curator (geïntimeerde) betwistte het bevoorrechte karakter van de vordering op grond van het feit dat de oorzaak van de vordering lag in de brand van een onroerend goed. Deze stelling werd terecht verworpen door het Hof, aangezien ze steunt op een opvatting die reeds sinds het begin van deze eeuw voorbijgestreefd is. Die opvatting hield verband met de figuur van de zaakvervanging, waarbij een zaak in de plaats treedt van een andere zaak in een bepaalde rechtsbetrekking. *In casu* betoogt de curator dat de schuldvordering, doordat ze in de plaats getreden is van een onroerend goed, eveneens een onroerend karakter heeft. Dit argument bouwt voort op de stelling dat de vervangende zaak ('het surrogaat') de juridische kenmerken van de vervangen zaak overnam: «*Subrogatum sapit naturam subrogati*». Deze stelling werd reeds in de negentiende eeuw bekritiseerd en

wordt sinds het begin van deze eeuw unaniem verworpen. De huidige rechtsleer stelt dat de zaakvervanging alleen tot gevolg heeft dat de vervangende zaak de functie van de vervangen zaak overneemt, zonder dat de juridische kenmerken van de ene op de andere zaak worden overgedragen (M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, III, nr. 29).

3. Het eigenlijke probleem in deze zaak ligt elders: de vraag rijst namelijk of de schuldvordering van de verzekerde op de verzekeraar reeds bestond op het ogenblik van de tussenkomst van de deskundige. Alleen indien die vraag positief wordt beantwoordt, kan het voorrecht op grond van art. 20, 4°, Hyp.W. uitwerking krijgen. Deze bepaling strekt immers alleen tot voordeel van de schuldeisers die kosten hebben gemaakt tot behoud van een vooraf bestaande zaak, en niet tot zekerheid van de kosten die strekten tot het doen ontstaan van een nieuwe schuldvordering in het vermogen van de schuldenaar (Cass., 18 mei 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 1248 en *R.W.*, 1987-88, 445). De essentiële vraag is derhalve wanneer de schuldvordering tot betaling van de verzekeringsuitkering ontstond. Drie tijdstippen voor het ontstaan van de schuldvordering kunnen theoretisch in aanmerking komen: de totstandkoming van de polis, het schadegeval zelf en de definitieve rechterlijke uitspraak.

Indien men deze vraag zou beschouwen in de extra-contractuele verhouding tussen de eigenaar van het uitgebrande gebouw en de derde-aansprakelijke, dan krijgt deze vraag in de Belgische rechtsorde een eenduidig antwoord. De rechtspraak en rechtsleer zijn het er immers over eens dat de vordering tot schadevergoeding ontstaat vanaf het ogenblik dat de schade door de onrechtmatige daad zich voordeed, d.w.z. op het ogenblik dat alle constitutieve bestanddelen voor de toepassing van art. 1382 B.W. samen verenigd zijn (J. Ronse, e.a., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1984, nr. 150). Deze oplossing op extra-contractueel vlak is releverend voor de verzekeringsverhouding, in die zin dat eruit blijkt dat de rechterlijke uitspraak tot vaststelling van de schade geen noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan van de schuldvordering. Daaruit vloeit meteen voort dat alleen nog de eerste twee tijdstippen in aanmerking kunnen worden genomen. Voor de oplossing van het bovenstaande geval kan dit volstaan, aangezien de schuldvordering dus reeds bestond op het ogenblik van de tussenkomst van de deskundige. Dit probleem vormt bijgevolg geen beletsel voor het bevoorrechte karakter van de schuldvordering.

Afgezien daarvan is het in het algemeen belangrijk om te weten op welk ogenblik de vordering van de verzekerde tegen de verzekeraar ontstaat. Het is daarvoor noodzakelijk om de verbintenis van de verzekeraar juist te kwalificeren: is het een aleatoire verbintenis of een verbintenis onder opschortende voorwaarde? Indien het schadegeval als een opschortende voorwaarde zou worden gezien, waarvan de opeisbaarheid van de verbintenis van de verzekeraar afhankelijk wordt gemaakt, zou het tijdstip voor het ontstaan van de vordering zich op het ogenblik van de contractsluiting situeren. Een vordering onder opschortende voorwaarde bestaat immers reeds «*pendente conditione*» vanaf het sluiten van de overeenkomst, zij het dat ze nog geen effecten sorteert tot op het ogenblik van de vervulling van de voorwaarde (Cass., 5 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 245, met conclusie van advocaat-generaal Lenaerts, en *R.C.J.B.*, 1983, 199, noot J.

Herbots). Een gedeelte van de rechtsleer is van mening dat deze regel van toepassing is op de verzekeringsovereenkomsten, aangezien «de verzekeraar een verbintenis [aangaat] onder opschortende voorwaarde» (P. Colle, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Brussel, Bruylant, 1997, nr. 81).

Deze zienswijze is in strijd met de aard van de verbintenis van de verzekeraar bij schadeverzekeringen. Het gaat hier immers niet om een verbintenis onder een opschortende voorwaarde, maar om een aleatoire verbintenis. De verzekeraar weet niet welke de omvang van zijn verbintenis is tot op het ogenblik van het schadegeval, in tegenstelling tot de schuldenaar onder opschortende voorwaarde, die weet welke het voorwerp is van de verbintenis die hij zal moeten nakomen indien de voorwaarde in vervulling gaat (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1964, II, nr. 457; M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Bruylant, 1999, nr. 154; F. Grua, «Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs», *Rev. trim. dr. civ.* 1983, (263) nr. 12; E. Putman, *La formation des créances*, Marseille, thèse, 1987, p. 366, nr. 331). Terecht stelt Putman daarom: «L'obligation de l'assureur de payer l'indemnité est influencée immédiatement par l'aléa dans sa formation même puisqu'elle est subordonnée à la survenance du sinistre» (E. Putman, *o.c.*, 366). Derhalve ontstaat de verbintenis van de verzekeraar niet op het ogenblik van de totstandkoming van de polis, maar slechts op het ogenblik van het schadegeval.

De situatie is geheel anders bij een personenverzekering. Daar verbindt de verzekeraar zich tot uitbetaling van een vast bedrag, zodat de verbintenis reeds een juridische realiteit is vanaf het ogenblik van de totstandkoming van een verzekeringscontract (M. Fontaine, *o.c.*, 367), zij het dat de concrete gevolgen pas in werking treden vanaf het ogenblik van het schadegeval. Ten aanzien van de personenverzekering ontstaat de vordering dus wel reeds vanaf het ogenblik van de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst.

3. Het derde probleem in deze zaak betreft het nut van de tussenkomst van de deskundige. Onder kosten tot behoud van de zaak kunnen immers alleen worden begrepen de kosten bij gebreke waarvan de zaak geheel of gedeeltelijk zou zijn tenietgegaan of ongeschikt zou zijn geworden voor het gebruik waarvoor zij bestemd was (Cass., 11 juni 1987, *Pas.*, 1987, I, 1.255 en *R.W.*, 1987-88, 707; Cass., 9 maart 1972, *J.T.*, 1972, noot R. Sorel; H. De Page, *Traité*, VII, nr. 198; R. Derycke, *Voorrechten*, in *A.P.R.*, nr. 127; R. Parijs, «Art. 20, 4°» in *Comm. Voorr.*, Antwerpen, Kluwer, 1992, nr. 3).

Het Hof van Beroep te Gent oordeelde in bovenstaande zaak dat de kosten van het deskundigenonderzoek «ervoor gezorgd hebben dat de schuldvordering van de geïntimeerde behouden bleef». Deze stelling is in overeenstemming met de stelling die er door (oudere) rechtsleer op nagehouden wordt die inhoudt dat de expertisekosten tot schatting van de brandschade steeds bevoorrecht zijn (A. Cloquet, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1975, nr. 574; Hilbert, *L'expertise judiciaire*, Tamines, Duculot, 1946, 203-204; P. Lurquin, *Précis de l'expertise du Code judiciaire*, Brussel, Bruylant, 1973, 135). Dit standpunt is helemaal niet evident wanneer men de Franse rechtspraak terzake erop naslaat. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde immers dat de kosten van een minnelijk des-

kundigenonderzoek niet bevoorrecht zijn als kosten tot behoud van de zaak. De tussenkomst van de deskundige strekt immers niet tot behoud van een goed (de schuldvordering), maar wel tot bepaling van de omvang van de schadevergoeding die door de verzekeringsmaatschappij verschuldigd is (Cass. fr., 7 januari 1997, *D.* 1997, *Somm. comm.*, 253, goedkeurende noot S. Piédelièvre, *Jurisclasses civils*, v° art. 2102, Fasc. 35, nr. 11).

Telkenmale moet *in concreto* worden beoordeeld of de kosten al dan niet hebben gediend tot behoud van de zaak. Indien dat het geval is omdat er een contractuele verplichting bestaat om tot een deskundigenonderzoek over te gaan om de schuldvordering te doen ontstaan, is de vordering van de deskundige ongetwijfeld bevoorrecht. Dat was ook de strekking van de enige gepubliceerde beslissing die in België over dit vraagstuk terug te vinden is (Rb. Luik, 17 maart 1882, *Cl. et Bon.* 1883, 654). In dat geval staat een contractuele grondslag immers in de weg aan de handhaving van de schuldvordering zonder tussenkomst van de minnelijke deskundige.

Dergelijke omstandigheden lagen niet voor bij het arrest van het Gentse Hof van Beroep. Nochtans was er een ander feitelijk gegeven dat de beslissing van het Hof lijkt te hebben beïnvloed. Het uitgebrande onroerende goed was immers vervreemd aan een derde tussen de brand en het ontstaan van de samenloop. In dat concrete geval bestaat immers het gevaar dat de nieuwe eigenaar overgaat tot heropbouw van het goed, zodat de schadebepaling definitief onmogelijk kan worden. Indien men in dat geval de stelling zou hanteren dat de kosten louter hebben gestrekt tot bepaling van de omvang van de vordering en niet tot behoud van de vordering, stelt men zich op een louter formeel standpunt. Redelijkerwijze moet men in dat geval namelijk aannemen dat – gegeven het risico dat de nieuwe eigenaar tot herstelling of wederopbouw zou overgaan – de tussenkomst van de deskundige heeft gediend tot behoud van de schuldvordering. Aldus kan met deze oplossing worden ingestemd, maar men mag er niet *«in abstracto»* uit afleiden dat de kosten van een minnelijke deskundigenonderzoek bevoorrecht zouden zijn op grond van art. 20, 4°, Hyp.W. Dat is slechts het geval indien specifieke omstandigheden erop wijzen dat de schuldvordering niet zou kunnen worden uitgeoefend zonder dat het deskundigenonderzoek plaatsgevonden had.

Vincent Sagaert  
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 3 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Van Houche

Raadsheren: de hh. Michielsen (rapporteur) en Vangenechten

Openbaar ministerie: de h. Vanden Eede

Advocaten: mrs. Sol loco Sols en De Man

**Belediging en smaad – Animus iniuriandi – Politieambtenaar – Bediening**

*Inzake smaad kan de animus iniuriandi van de beklaagde blijken uit handelingen gesteld met het oogmerk om een politieagent met dienst te laten schrikken.*

*De omstandigheid dat een politieagent, in uniform en zich verplaatsend met een dienstwagen, een handeling stelt vreemd aan de dienst, neemt niet weg dat hij tijdens het verrichten van deze handeling kan worden gesmaad in de uitoefening of ter gelegenheid van de uitoefening van zijn bediening.*

L.H. en O.M. t/ I.C.

Overwegende dat de feitelijke gedraging van beklaagde, zoals deze beschreven en weergegeven is door de politieagent in het proces-verbaal, welke feitelijke materiële gegevens de beklaagde als juist bevestigd, in de gegeven concrete omstandigheden als een bedreiging moet worden beschouwd omdat de lichaamshouding die beklaagde aangenomen heeft - met gespreide benen, de handen in de zij, het gelaat vermomd met een zwarte kap/masker met horens - met daarbij de mondelinge (zonder voorwaarde - niet op zich strafbare) bedreiging «die gaan we hier eens pakken» in het raam van de voorafbestaande situatie - het slachtoffer bij nacht geld uit een bankautomaat halend - voor geen andere interpretatie vatbaar is;

Overwegende dat de functie van het slachtoffer, functie waarvan de beklaagde weet had, en de door hem afgelegde verklaringen, waaruit blijkt dat het minstens zijn bedoeling was de jonge vrouwelijke agente eens te laten schrikken, maken dat deze feitelijke gedraging van beklaagde strafbaar is onder de kwalificatie van smaad;

Overwegende immers dat het moreel aspect, de animus iniuriandi, vaststaat wanneer men het opzet heeft een politieagent in functie te laten schrikken, m.a.w. belachelijk maken;

Overwegende dat het feit dat *in casu* de politieagent, wanneer zij in uniform gekleed en zich verplaatsend met een dienstwagen, een handeling stelt vreemd aan de dienst, namelijk geld uit een bankautomaat haalt, niet verhindert dat het feit gepleegd werd in de uitoefening of ter gelegenheid van de uitoefening van haar bediening;

...

NOOT – Over smaad en animus iniuriandi

1. Smaad wordt omschreven als een aantasting van de waardigheid van door de wet beschermde personen, maar deze definitie helpt ons niet veel verder. Het begrip is ruimer dan de eenvoudige belediging, maar toch valt niet elke oneerbiedigheid of verongelijking te beschouwen als smaad. Het is een bespotting, een voor-de-gekhouding, kleinering of beschimping, een affront, uitjouwing of belachelijk maken.

2. Als moreel element wordt meestal gewag gemaakt van een «animus iniuriandi», hoewel in het Romeinse recht eerder werd gesproken van een «contumelia» of van «offensa» dan van «iniuria», hetgeen een algemene term is voor onrecht. Maar kom, bedoeld wordt het oogmerk om de beschermde persoon te grieven, te verguizen of zijn status aan te tasten.

3. Komt hier alleen het oogmerk van de beklaagde in aanmerking, m.a.w. moet de strafrechter alleen rekening houden met het milieu van de dader, met zijn opvoeding en zijn gebruikelijk vocabularium? Of moet hij nagaan hoe de smadende woorden of daden bij het slachtoffer zijn overgeko-

men? Het gebeurt dikwijls dat de verbalisanten in hun proces-verbaal vermelden: «ik voelde mij beledigd» of «ik voelde mij gesmaad». Is de smaad dan een subjectief gegeven?

4. Het gaat hier om een feitenkwesitie, waarover de rechter op onaantastbare wijze zal oordelen. De verdraagzaamheid, het geduld of de kittelorigheid van het slachtoffer spelen daarbij geen enkele rol: alleen de omstandigheden waarin de feiten werden gepleegd komen in aanmerking. Zijn de feiten zelf grievend, beledigend, tasten ze de waardigheid van de beschermde persoon aan: dat zijn objectieve gegevens. Besepte de beklaagde dat, was het zijn bedoeling, handelde hij desbewust. Daar komt het op aan.

5. In het onderhavige geval kon er geen twijfel rijzen betreffende de bedoelingen van de dader: het oogmerk om de politieagente belachelijk te maken was overduidelijk.

A. Vandeplas

## BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 19 JANUARI 1998

Rechter: de h. Jocqué

Advocaten: mrs. Verdrun en Vandervennet

**Geneeskunde – Aansprakelijkheid – Arts – Zelfbeschikingsrecht – Toestemming – Informatie – Verlies van een kans**

*De arts begaat een fout door bij de keuze tussen twee mogelijke behandelingswijzen de voor de patiënt gevaarlijkste te kiezen en deze keuzemogelijkheid niet te bespreken met de patiënt.*

T. t/ V.

2.1. Uit de deskundige verslagen blijkt dat er twee verschillende heelkundige opties bestonden: ofwel eenvoudige brede drainage van het abces ofwel een meer invasieve en meer gevaarlijke ingreep. De deskundige is formeel dat de veiligste houding erin bestaat dergelijke abcessen in urgentie, onder narcose, breed te draineren zonder verdere instrumentale exploratie van de abcesholte en zonder fistulotomie.

Uit een recente studie zou blijken dat tot 84% van de patiënten in een dergelijk geval zelfs geen latere ingreep meer nodig heeft. Daartegenover staat dat een fistulotomie in 20 tot 25% van de gevallen continenstatoornissen verwekt, terwijl 6 tot 8% van de patiënten later bovendien opnieuw een fistel ontwikkelen.

Bovendien wordt fistulotomie afgeraden bij de behandeling van een eerste periaanaal abces. Voor de ingreep was het trouwens niet mogelijk de diagnose van fistel te stellen, terwijl zelfs tijdens de operatie de diagnose uiterst onzeker is bij abcesvorming, wat eveneens een tegenaanwijzing was voor het uitvoeren van een fistulotomie.

Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat eiseres door dr. H. was doorverwezen naar verweerder «voor exploratie en drainage van het abces onder algemene anesthesie», en niet voor de uitvoering van een fistulotomie. Verweerder kan

er zich niet op beroepen dat de ingreep dringend was. Indien er urgentie bestond, was dit een reden te meer om de meest veilige behandelingswijze te kiezen. De deskundige stelde trouwens: «Deze onmogelijkheid is precies de reden waarom veel auteurs het afraden fistels (die men vermoedt) bij abcesvorming in urgentie (of semi-urgentie zoals hier) uit te snijden...».

In deze omstandigheden heeft verweerder ten onrechte geopteerd voor het uitvoeren van een fistulotomie, wat de meest gevaarlijke behandelingswijze was. Indien verweerder zonder voorafgaand overleg met de patiënte diende te beslissen welke behandelingsmethode hij zou volgen, moest hij opteren voor de meest veilige (Van Sweevelt, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nr. 354-355). Nu verweerder heeft gekozen voor de behandeling met de meeste risico's, kan niet worden gesteld dat hij de voor eiseres meest aangepaste behandelingsmethode heeft gekozen.

2.2. Bovendien had verweerder de mogelijkheid om de heelkundige opties te bespreken met eiseres, wat hij heeft nagelaten te doen. Aldus was er nog een reden te meer om de minst gevaarlijke optie te kiezen.

De deskundige stelde formeel dat verweerder eiseres niet heeft bezocht op het moment dat ze nog wakker en bewust was. Ook in antwoord op de opmerkingen van verweerder stelde de deskundige nogmaals: «Mevrouw T. werd door hem evenwel niet bezocht voor de operatie».

Hierbij dient te worden opgemerkt dat ook in de brief van 5 november 1990 van verweerder aan de onderzoeksrechter, geen enkel gewag werd gemaakt van een voorafgaande bespreking. Er kan worden aangenomen dat verweerder onmiddellijk de aandacht zou hebben gevestigd op een voorafgaande bespreking, mocht dergelijke bespreking hebben plaatsgevonden, te meer daar verweerder ongetwijfeld op de hoogte was van de mogelijke alternatieven en minder gevaarlijke behandelingswijze.

De deskundige stelde verder uitdrukkelijk dat eiseres op intellectueel vlak in staat was een keuze te maken tussen de verschillende behandelingswijzen. Verweerder heeft aldus ten onrechte nagelaten de behandelingsalternatieven te bespreken met zijn patiënte.

De door verweerder begane fout bestaat er bijgevolg in dat hij enerzijds bij de keuze tussen twee mogelijke behandelingswijzen de voor de patiënte gevaarlijkste heeft gekozen en anderzijds dat hij deze keuzemogelijkheid niet heeft besproken met eiseres. Verweerder had de optiemogelijkheid dienen te bespreken met eiseres en, zo hij zelf de gevaarlijkste behandelingsmethode voorstond, het uitdrukkelijk akkoord van eiseres hiermee dienen te vragen.

3. Verweerder beroept zich ten onrechte op het besluit van de deskundige dat er geen medische fout werd begaan door verweerder.

Er dient allereerst te worden benadrukt dat het verslag van prof. dr. W. slechts een advies inhoudt. De rechtbank is niet verplicht het advies van de deskundige te volgen. Of de feitelijke omstandigheden waarin de ingreep plaatsvond, al dan niet een fout opleveren, is uiteindelijk enkel een juridische kwestie, die tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbank behoort.

Bovendien blijkt uit het verslag dat dit besluit van de deskundige enkel betrekking heeft op de uitvoering van de ingreep zelf. De deskundige stelde immers: «Dit zijn evenwel

normale verwickelingen waaraan men zich kan verwachten na dit soort ingreep, hoewel perfect uitgevoerd. Er werd hier geen medische fout begaan...». De deskundige stelde verder dat de ingreep werd uitgevoerd volgens de regels van de kunst.

De fout van verweerder heeft evenwel geen betrekking op de uitvoering van de ingreep zelf, maar op de keuze om deze ingreep uit te voeren en eiseres niet in te lichten van een mogelijk minder gevaarlijke behandelingswijze.

3. De door verweerder begane fout heeft onmiskenbaar schade veroorzaakt aan eiseres. Indien verweerder had gekozen voor de veiligste behandelingsmethode, zou eiseres niet geconfronteerd zijn geweest met de door de deskundige beschreven gevolgen van de ingreep.

Bovendien kan worden aangenomen dat eiseres voor de veiligste behandelingsmethode zou hebben gekozen indien zij daartoe de keuze mocht gehad hebben. Er kan in redelijkheid niet worden gesteld dat een patiënt zou kiezen voor een behandeling met een kans op incontinentieproblemen (tot 55%) en nieuwe fistelvorming (6 tot 8%), terwijl het veiliger alternatief de kans (34%) liet bestaan dat geen tweede ingreep meer nodig zou zijn.

4. Uit het deskundigenverslag blijkt niet hoe het genezingsproces zou zijn verlopen indien verweerder een eenvoudige brede drainage had uitgevoerd. Ook in dit geval zou er wellicht een periode van werkonbekwaamheid zijn geweest. Tevens rijst de vraag of de alternatieve methode eventueel ook blijvende gevolgen zou hebben veroorzaakt.

Daar verweerder enkel kan gehouden zijn om de schadelijke gevolgen van de door hem begane fout te vergoeden, dient te worden nagegaan hoe het genezingsproces van eiseres normalerwijze zou zijn verlopen indien verweerder had geopteerd voor de meer veilige ingreep. Teneinde aldus de juiste omvang van de door eiseres ingevolge de fout van verweerder geleden schade te kunnen begroten, is een aanvullend deskundigenonderzoek nodig.

## RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE VEURNE

ENIGE KAMER – 28 APRIL 1999

Voorzitter: de h. Handschoewerker

Rechters in handelszaken: de h. Pattyn en Desmet

Advocaten: mrs. Heughebaert en Bailleul

### Faillissement – Verschoonbaarverklaring – Derdenverzet

*Tegen het vonnis dat de gefailleerde verschoonbaar verklaart, dient het derdenverzet van een schuldeiser bij wege van dagvaarding gericht te zijn tegen de gefailleerde en tegen de curator.*

R.S.Z. t/ Faillissement N.V. D. en N.V. D.

Bij vonnis dd. 24 juni 1998 werden de bewerkingen van het faillissement van de N.V. R. D. gesloten verklaard door vereffening en werd de gefailleerde verschoonbaar verklaard.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid heeft derdenverzet aange tekend tegen het vonnis van 24 juni 1998 waarbij

de gefailleerde verschoonbaar werd verklaard, welk vonnis werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 3 juli 1998.

De verzetdoende partij, de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, heeft de akte van derdenverzet betekend aan de curator en aan de gefailleerde. Het derdenverzet werd volgens de wettelijke vorm en binnen de termijn ingesteld en is bijgevolg ontvankelijk.

Art. 80, tweede lid Faillissementswet regelt niet alle aspecten van de rechtspleging inzake derdenverzet tegen dergelijke beslissingen over de verschoonbaarheid. Art. 2 Ger.W. bepaalt dat de regelen van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing zijn op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze worden geregeld door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek.

Art. 37 Faillissementswet bepaalt dat de vonnissen in faillissementszaken die niet het vonnis van faillietverklaring of het vonnis tot vaststelling van de datum van staking van betaling zijn, vatbaar zijn voor beroep overeenkomstig het Gerechtelijk Wetboek.

Volgens de memorie van toelichting bij de nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997 moet het derdenverzet door een schuldeiser gericht zijn tegen de gefailleerde (*Parl.St., Kamer, B.Z.*, 1991-92, nr. 631/1, p. 38).

Het derdenverzet moet tevens gericht zijn aan de curator, gelast met een gerechtelijk mandaat, die als zodanig de schuldeisers van de gefailleerde wettelijk vertegenwoordigt en betrokken partij is bij het vonnis tot sluiting van het faillissement (*Cass.*, 29 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 252; A. Cloquet, *Les concordats et la faillite*, in *Les Nouvelles*, IV, *Droit Commercial*, 1985, nr. 2159).

Art. 1125 Ger.W. bepaalt immers dat derdenverzet bij wege van dagvaarding aan alle partijen voor de rechter wordt gebracht die de bestreden beslissing heeft gewezen. Het derdenverzet werd rechtsgeldig betekend en ingesteld.

...

## VREDEGERECHT TE MERKSEM

21 DECEMBER 1995

Rechter: de h. Kauwenberghs

Advocaten: mrs. Van Loon en Delannoye

### Huur – Woninghuur – Opzegging voor eigen gebruik – Opzegging door rechtspersoon ten voordele van vennoot-familielid – Vermelding van de identiteit van de persoon in wiens voordeel wordt opgezegd en van diens band van bloedverwantschap met de verhuurder

*Art. 3, § 2, van de Woninghuurwet bepaalt dat de verhuurder de overeenkomst te allen tijde kan beëindigen met een opzeggingstermijn van zes maanden, indien hij voornemens is het goed persoonlijk en werkelijk te betrekken of op die wijze te laten betrekken door o.m. bloedverwanten in de zijlijn. Bovendien moet de opzegging de identiteit van de persoon en de band van verwantschap in de opzegging vermelden.*

*Een rechtspersoon kan op grond van deze bepaling geldig opzegging geven ten voordele van een vennoot of een bestuurder,*

wanneer deze voldoet aan het vereiste van familielid als omschreven in deze bepaling.

*Een opzegging ten voordele van «een familielid», dat het verhuurde goed effectief is gaan betrekken en dat beantwoordt aan de kwalificatie vermeld in art. 3, § 2, Woninghuurwet, namelijk de zuster, zijnde een bloedverwant in de zijlijn, beantwoordt aan de vereisten gesteld door laatstgenoemde bepaling.*

S. t/ N.V. J.

Eiseres vorderde aanvankelijk van verweerster 275.000 frank schadevergoeding op grond van art. 4, § 4, van de wet van 22 december 1989, zijnde 25 maanden huishuur wegens onrechtmatige opzeg.

In conclusie wijzigt zij haar rechtsgrond naar art. 3, § 2, van de wet van 20 februari 1991 en vordert 18 maanden huishuur.

Verweerster betwist de vordering.

### 1. Feiten

Op 3 april 1993 wordt een huurovereenkomst gesloten tussen «De heer J. te Merksem» en eiseres met ingang op 1 mei 1993 voor een termijn van negen jaar voor een appartement gelegen te Merksem, (...). Het is noodzakelijk te weten dat dit appartement deel uitmaakt van een heel complex tussen de... baan en de... straat, waarin de handelszaak N.V. J. (...), is gevestigd.

Op 7 januari 1994 – na nauwelijks acht maanden – betekent verweerster een opzegging, luidende als volgt «Hierbij bevestigen wij U onze mondelinge afspraak van 31 december 1993. Het appartement dient te worden verlaten op 31 maart 1994, daar een familielid dit zal betrekken» (getekend L. J., bestuurder).

Eiseres repliceert bij aangetekende brief van 15 januari 1994 en stelt dat deze opzegging niet correct is, verwijzend naar art. 3 van de Woninghuurwet en eist een nieuwe opzegging van zes maanden, plus de bevestiging dat zij het appartement vroeger mag verlaten zonder verdere kosten wanneer zij een andere woning heeft gevonden.

Hierop verzendt verweerster een nieuwe opzegging per aangetekende brief van 21 januari 1994, ditmaal van zes maanden, en bevestigt dat eiseres vroegtijdig het appartement mag verlaten zonder verdere kosten.

Eiseres verlaat het appartement op 30 april 1994 en verweerster tekent een verklaring: «Hiermede verklaart de firma J. N.V., dat mevrouw S. het appartement in goede staat heeft achtergelaten (...)».

In oktober 1994, dus vijf maanden nadat zij het appartement had verlaten, informeert eiseres bij de bevolkingsdiensten te Merksem of het bewuste appartement inmiddels is bewoond en, na een negatief antwoord, dagvaardt zij verweerster bij exploit van 17 november 1994 tot betaling van 25 maanden huishuur als schadevergoeding wegens onrechtmatige opzegging, daar het appartement niet werd betrokken door een familielid.

### 2. In rechte

De huurovereenkomst, tussen partijen gesloten op 3 april 1993 en – niet betwist – dienstig als hoofdverblijfplaats voor

eiseres, valt uiteraard onder toepassing van de Woninghuurwet van 20 februari 1991, zoals eiseres zelf wist.

Art. 3 § 2, van deze wet bepaalt dat de verhuurder de overeenkomst te allen tijde kan beëindigen met een opzeggings-termijn van zes maanden indien hij voornemens is het goed persoonlijk en werkelijk te betrekken (...) of door zijn afstammelingen (...) en de bloedverwanten in de zijlijn (...). De opzegging moet de identiteit van de persoon die het goed zal betrekken en de band van verwantschap met de verhuurder vermelden. Het goed moet binnen het jaar na de terug-gave door de huurder worden betrokken en dit werkelijk en doorlopend gedurende twee jaar.

Dat eiseres reeds dagvaardt na zes maanden en dus voorbarig, is thans irrelevant, omdat bij het sluiten van de debatten op 23 november 1995 blijkt en niet wordt betwist dat J. L., zuster van de verhuurder, vóór 30 april 1995 het pand bewoonde en er nog steeds woont. Dat de termijn van twee jaar nog niet is verstreken kan alleen aanleiding geven tot het verlenen van voorbehoud aan eiseres om vooralsnog haar vordering te stellen mocht blijken dat de nieuwe huurster het pand verlaat binnen twee jaar.

Meer nog, huidige geschil handelt alleen over de vraag of de opzeg al dan niet beantwoordt aan de elementaire voorwaarde van art. 3, § 2, namelijk 1° volstaat de vermelding «een familielid» en 2° kan een vennootschap opzeg betekenen ten voordele van een vennoot/bestuurder, zodat de mogelijke betwisting over een duur van twee jaar ondergeschikt is.

Hoewel het tweede probleem in wezen irrelevant is, willen Wij ons niet onttrekken aan het door partijen opgeworpen en uitvoerig gemotiveerd middel. Terecht verwijst eiseres naar de rechtsleer die stelt dat een vennootschap art. 3, § 2, niet kan invoeren om een bestuurder, een garant of een vennoot het pand te laten betrekken.

Deze visie is evenwel te algemeen.

*In casu* is het maatschappelijk kapitaal van de N.V. J. volledig in handen van de vijf kinderen J., die allen broers en zussen zijn.

De opzegging door één van de vennoten, tevens zaakvoerder, om het pand te laten bewonen door zijn zuster, eveneens dus vennote, valt niet onder de toepassing van voormelde rechtsleer.

De hoedanigheid van vennoot of bestuurder is hier ondergeschikt aan de hoedanigheid van familielid, te meer daar de bedoeling van de bewoning door de zuster is ingegeven uit veiligheidsoverwegingen, daar is gebleken dat bij inbraak in de op het gelijkvloers gevestigde handelsuitbating (zetel van de vennootschap) het alarm geen efficiënte uitwerking heeft wanneer de politie niet onmiddellijk een van de vennoten of bestuurders kan bereiken of ter plaatse kan zijn.

Een rechtspersoon kan geldig opzeg geven conform art. 3, § 2, van de wet van 20 februari 1991 ten voordele van een vennoot of bestuurder, wanneer deze voldoet aan het vereiste van familielid als omschreven in dit artikel. De *ratio legis* van de wetgever is immers dat het recht van de verhuurder om zijn eigen goed te exploiteren primeert op het woonrecht van de huurder. Nu de effectieve huurster bovendien zelf mede-eigenares is van het pand, wordt meer dan voldaan aan de wil van de wetgever.

De huurovereenkomst werd overigens niet gesloten door de N.V. J., maar door «de heer J.», om welke reden Wij hierboven de betwisting over de geldigheid van een opzeg door

een vennootschap, irrelevant noemden. De mogelijkheid bestaat dat deze «heer J.» wel gehandeld heeft in zijn hoedanigheid van bestuurder, omdat het eigendom aan de vennootschap behoort, maar partijen geven Ons hierover geen inlichtingen, en de huurovereenkomst dient nu eenmaal te worden gelezen zoals ze is opgesteld.

De huidige huurster, mevrouw L. J., is de zuster van de «heer J.» en beantwoordt derhalve aan de omschrijving van familielid als bedoeld in art. 3, § 2, Woninghuurwet.

Blijft derhalve de vraag of de vermelding «een familielid» in overeenstemming is met voormeld art. 3, § 2.

De wet zelf is duidelijk: «De opzegging vermeldt de identiteit van de persoon (...) en de band van verwantschap». Bij gebreke aan vermelding van de persoon en van de band van verwantschap is de opzegging nietig (Pauwels en Raes, *Bestendig Handboek Huishuur en Handelshuur*, 186/5). Desondanks vermelden deze auteurs: «De verhuurder heeft zelfs de mogelijkheid van mening te veranderen na betekening van de opzegging voor zover de persoon aan de gestelde voorwaarden beantwoordt», waarbij zij verwijzen naar de parlementaire besprekingen van de wet (*Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1190-2, blz. 881).

Indien de opzegging dus zou luiden «ten voordele van mijn zoon A» en uiteindelijk «dochter B» het pand zou betrekken, zou de opzegging toch geldig zijn. *Mutatis mutandis* geldt dit evenzeer voor de vermelding «een familielid», voor zover uiteraard dit familielid beantwoordt aan de wettelijke omschrijving en de effectieve huurder hieraan eveneens beantwoordt. Ook hier moet ons inziens de *ratio legis* worden gerespecteerd. Wat *in casu* immers van belang is, is dat de wil van de wetgever dat het recht van de eigenaar/verhuurder om zijn eigendom zelf te gebruiken, of te laten gebruiken door naaste bloedverwanten, primeert op de belangen van de huurder, wordt nageleefd.

De opzegging werd betekend ten voordele van een familielid die het goed effectief binnen het jaar is gaan betrekken en die beantwoordt aan de wettelijke vereisten, nl. de zuster, zijnde een bloedverwant in de zijlijn.

Er werd geen misbruik van recht door verweerster gepleegd, omdat het pand effectief door een familielid, meer nog, mede-eigenares wordt bewoond.

De opzegging is derhalve geldig en de vordering, onder het voormelde voorbehoud ongegrond.

NOOT – Bovenstaand vonnis werd bevestigd bij vonnis van Rb. Antwerpen van 11 december 1997.

## WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid van de V.U.B. (coördinatie: Prof. Dr. M. van Damme)

*Dit overzicht betreft de wetgeving bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 16 tot 30 juni 1999 en kwam tot stand met medewerking van G. Debersaques, N. De Camps, P. Dufaux, E. Janssens, M. Maus, R. Pascariello, I. Verheven en A. Wirtgen.*

## Arbeidsvoorwaarden – Gelijkheid man/vrouw

In het *B.S.*, van 19 juni 1999 werden twee wetten van 7 mei 1999 gepubliceerd betreffende de gelijkheid van mannen en vrouwen t.a.v. de arbeidsvoorwaarden. Het betreft de uitvoering van twee Europese richtlijnen m.b.t. deze materie. Tegelijk werd onze interne wetgeving verder aangepast. Tot op dit ogenblik waren de bepalingen betreffende gelijke behandeling opgenomen in de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering. Door de uitvoering van de nieuwe Europese richtlijnen en de verdere aanpassing van de wetgeving ontstond een wet die specifiek handelt over de gelijke behandeling man/vrouw.

De belangrijkste wijzigingen die hieronder kort zullen worden toegelicht, betreffen de uitbreiding van het toepassingsgebied van de gelijke behandeling tot aanvullende regelingen van sociale zekerheid, de wijziging van de bewijslast in geval van discriminatie, de invoering van het principe dat ongewenst seksueel gedrag een vorm van discriminatie is en de invoering van een paragraaf betreffende beroepenclassificaties en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

In art. 2 van de wet wordt bepaald dat het toepassingsgebied zich uitstrekt tot de toegang tot het arbeidsproces, de gelegenheid tot promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep, de arbeidsvoorwaarden, alsmede de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid. Deze wet is evenwel *niet* van toepassing op de wettelijke regelingen voor sociale zekerheid op het gebied van de werkloosheidsverzekering, de ziekte- en invaliditeitsverzekering, het rust- en overlevingspensioen, de kinderbijslag, de arbeidsongevallen en de beroepsziekten. Belangrijkste nieuwigheid hier is dat de nieuwe wet van toepassing is op de aanvullende regelingen voor de sociale zekerheid. Deze wijziging was noodzakelijk wegens de richtlijn nr. 96/97 van 20 december 1996. De omzetting van deze richtlijn had al moeten gebeuren vóór 1 juli 1997.

Opgemerkt moet worden dat ook *ratione personae* de wet een ruim toepassingsgebied heeft. De wet is zowel van toepassing indien men onder gezag werkt als wanneer men een zelfstandige activiteit uitoefent.

Het beginsel van gelijke behandeling wordt omschreven als de afwezigheid van elke vorm van discriminatie op grond van het geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, met inbegrip van de verwijzing naar de echtelijke staat of de gezinssituatie. Van «*directe discriminatie*» is er sprake wanneer een verschil in behandeling rechtstreeks op grond van het geslacht wordt gebaseerd. Onder directe discriminatie dient te worden verstaan elk verschil in behandeling gebaseerd op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap. Directe discriminatie kan onder geen enkel beding worden gerechtvaardigd en is dus absoluut verboden. De bepalingen inzake de bescherming van zwangerschap en moederschap vormen geen discriminatie, maar zijn een voorwaarde voor de verwezenlijking van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Er is sprake van «*indirecte discriminatie*» wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden van één van beide geslachten in duidelijk onevenredige mate nadelig beïnvloedt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan worden gerechtvaardigd door objectieve

factoren die geen verband houden met het geslacht van betrokkenen.

Voor de toepassing van deze wet wordt ongewenst seksueel gedrag op het werk (OSGW) vermoed een vorm van discriminatie op grond van het geslacht te zijn. De wet voert dus een weerlegbaar vermoeden in dat OSGW een vorm van discriminatie op grond van het geslacht is. «*Ongewenst seksueel gedrag*» wordt gedefinieerd als elke vorm van verbaal, niet-verbaal of lichamelijk gedrag van seksuele aard, waarvan diegene die zich eraan schuldig maakt, weet of zou moeten weten dat het afbreuk doet aan de waardigheid van mannen en vrouwen op het werk.

De wet voorziet in verschillende vormen van bescherming tegen ongelijke behandeling zoals die op het vlak van de toegang tot het arbeidsproces, de promotiekansen en de toegang tot een zelfstandig beroep, de arbeidsvoorwaarden en voorwaarden voor ontslag en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid.

Inzake de toegang tot het arbeidsproces, de promotiekansen en de toegang tot een zelfstandig beroep is het onder meer verboden: te verwijzen naar het geslacht in de werk-aanbiedingen of in de advertenties voor betrekkingen en promotiekansen; te verwijzen naar het geslacht in de toegangsvoorwaarden, de selectie en de selectiecriteria voor de betrekkingen of functies in welke sector of bedrijfstak ook, de toegang tot het arbeidsproces of de gelegenheid tot de promotiekansen te ontzeggen of te belemmeren om expliciete of impliciete redenen die direct of indirect op het geslacht zijn gebaseerd.

De wet voorziet er eveneens in dat gelijke behandeling moet gewaarborgd zijn in alle bepalingen en praktijken betreffende de arbeidsvoorwaarden en de voorwaarden inzake ontslag. Het is bijgevolg verboden te verwijzen naar het geslacht in de arbeidsvoorwaarden, criteria of redenen van het ontslag of die voorwaarden op discriminerende wijze toe te passen. De wet geeft een opsomming van wat wordt verstaan onder «arbeidsvoorwaarden». De bepalingen die door de Koning zijn vastgesteld op het stuk van het welzijn van de werknemers en die specifiek vrouwen belemmeren, worden voorlopig niet beschouwd als strijdig met de bepalingen van deze wet.

De gelijke behandeling moet tevens gewaarborgd zijn in alle bepalingen en praktijken betreffende de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, in het bijzonder m.b.t. het toepassingsgebied van de regelingen, alsook de voorwaarden inzake de toelating tot de regelingen, de verplichting tot premiebetaling, de premieberekening en de berekening van de prestaties. Bij K.B. moet worden aangeduid wat moet worden verstaan onder «aanvullende regelingen voor sociale zekerheid». Normaal vallen hieronder: pensioenfondsen, aanvullende brugpensioenen, fondsen voor bestaanszekerheid, extra legale mutualiteitsplannen, enz.

Regelen en praktijken die hetzij direct, hetzij indirect een onderscheid maken op grond van het geslacht zijn strijdig met het beginsel van gelijke behandeling indien ze: bepalen welke personen aan een aanvullende regeling voor sociale zekerheid mogen deelnemen en/of dit al dan niet verplicht of vrijwillig dient te gebeuren; uiteenlopende bepalingen vaststellen t.a.v. de leeftijd tot toetreding of t.a.v. de minimumduur van arbeid of aansluiting bij de regeling om in aanmerking te komen voor de prestaties; uiteenlopende voorwaarden vaststellen voor de toekenning van de prestaties of

deze van één van beide geslachten voorbehouden; uiteenlopende pensioenleeftijden opleggen; uiteenlopende niveaus voor de prestaties en voor de premies van de werknemers vaststellen, het behoud of de verwerving van rechten onderbreken gedurende de perioden van moederschapsverlof of van verlof om gezinsredenen.

De regelen m.b.t. de bewijslast worden aangepast ter uitvoering van richtlijn nr. 97/80/EG van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op basis van het geslacht. Deze richtlijn was er op haar beurt gekomen wegens de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. De richtlijn legt aan de lidstaten op om maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat, wanneer een slachtoffer van geslachtsdiscriminatie feiten aanvoert die discriminatie doen vermoeden, de verweerder moet bewijzen dat het beginsel van de gelijke behandeling niet werd geschonden. De bewijslast wordt dus als het ware verdeeld: het slachtoffer moet aantonen dat een discriminatie kan worden vermoed, terwijl de tegenpartij vervolgens moet bewijzen dat er geen schending is geweest van het beginsel van de gelijke behandeling. De Belgische wet voert dit beginsel uit in de zin dat, indien een persoon voor het gerecht feiten aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de bewijslast dat er geen schending van het beginsel van gelijke behandeling is, ten laste van de verweerder valt.

De wet voorziet erin dat al wie doet blijken van een belang, bij het bevoegde gerecht een rechtsovereenkomst kan instellen teneinde de bepalingen van deze wet te doen toepassen. Representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties kunnen ter verdediging van de rechten van hun leden in rechte optreden.

De wet vermeldt als sanctie de nietigheid, de betaling van een schadevergoeding en de gebruikelijke strafsanctie. De wet raakt aan de openbare orde en dus zijn de bepalingen en praktijken die strijdig zijn met het beginsel van de gelijke behandeling absoluut nietig.

De werkgever die een werknemer tewerkstelt die overeenkomstig de huidige procedures bij de Inspectie van de Sociale Wetten een met redenen omklede klacht heeft ingediend, mag de arbeidsverhouding niet beëindigen, noch de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigen, behalve om redenen die vreemd zijn aan die klacht of aan die rechtsovereenkomst. De bewijslast van deze redenen rust op de werkgever, wanneer de werknemer wordt ontslagen of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden gewijzigd binnen twaalf maanden volgend op het indienen van de klacht. Deze bewijslast rust eveneens op de werkgever in geval van ontslag of eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden nadat een rechtsovereenkomst werd ingesteld, en dit tot drie maanden na het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis.

Wanneer de werkgever de arbeidsverhouding beëindigt of de arbeidsvoorwaarden toch eenzijdig wijzigt, verzoekt de werknemer hem opnieuw in de onderneming of de dienst op te nemen of hem zijn functie onder dezelfde voorwaarden als voorheen te laten uitoefenen. Het is m.a.w. de werknemer zelf die zijn reïntegratie moet vragen. De werkgever die de werknemer opnieuw in de onderneming of de dienst opneemt of hem zijn functie onder dezelfde voorwaarden laat uitoefenen, moet het wegens het ontslag of de wijziging van de arbeidsvoorwaarden gederfde loon betalen, alsmede de werkgevers- en werknemersbijdragen op dat loon storten.

Wanneer die werknemer niet opnieuw wordt opgenomen of zijn functie niet onder dezelfde voorwaarden als voorheen kan uitoefenen, moet de werkgever een vergoeding betalen die, naar keuze van de werknemer, gelijk is aan hetzij een forfaitair bedrag dat overeenstemt met het brutoloon voor zes maanden, hetzij aan de werkelijk door de werknemer geleden schade. De werknemer moet de omvang van de geleden schade dan wel kunnen bewijzen.

Ten slotte moet nog worden vermeld dat een andere wet van 7 mei 1999 n.a.v. bovenstaande wetwijziging, sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek heeft gewijzigd. Ook in de artikelen 578 en 581 van het Gerechtelijk wetboek wordt een verwijzing opgenomen naar de wet van 7 mei 1999 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid.

De wetten van 7 mei 1999 vermelden geen specifieke datum van inwerkingtreding.

P.N.D.

#### Rechtspersonen – Strafrechtelijke verantwoordelijkheid

De wet van 4 mei 1999 (*B.S.*, 22 juni 1999) stelt een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd. Ongeacht de mogelijke gecumuleerde strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de geïdentificeerde natuurlijke persoon in het geval van een opzettelijk misdrijf, heeft de wetgever duidelijk geopteerd voor een systeem waarin wordt aangenomen dat een rechtspersoon een fout kan begaan en gestraft kan worden, zonder dat de rechter de natuurlijke persoon aan wie de fout zou kunnen worden toegeschreven binnen de rechtspersoon moet identificeren.

De wet stelt een aantal entiteiten gelijk met de rechtspersonen en stelt sommige publieke rechtspersonen vrij van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Naast de geldboete en de bijzondere verbeurdverklaring, maakt de wet een aantal specifieke straffen toepasselijk op rechtspersonen (de ontbinding, het verbod om een bepaalde werkzaamheid te verrichten, de sluiting van de inrichting en de bekendmaking van beslissing). Het verlies van de rechtspersoonlijkheid doet de straf niet vervallen. Tevens bepaalt het nieuwe art. 50bis Sw. dat niemand burgerlijk aansprakelijk is voor de betaling van een geldboete waartoe een ander is veroordeeld, indien hij voor dezelfde feiten is veroordeeld.

Op strafprocessueel vlak wordt het voor de rechtbank mogelijk een lasthebber *ad hoc* aan te stellen wanneer zowel tegen de rechtspersoon als tegen degene die bevoegd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, wegens dezelfde of samenhangende feiten een strafvordering is ingesteld. De strafvordering vervalt niet door vereffening of ontbinding van de rechtspersoon wanneer deze zijn gebeurd om te ontsnappen aan de vervolging, noch wanneer de onderzoeksrechter de rechtspersoon in verdenking heeft gesteld vóór het verlies van zijn rechtspersoonlijkheid. De onderzoeksrechter heeft daarnaast de mogelijkheid om tijdens het gerechtelijk onderzoek specifieke voorlopige maatregelen te nemen t.a.v.

de rechtspersoon wanneer hij bij hem ernstige aanwijzingen van schuld vaststelt. Ten slotte bepaalt de wet dat alle veroordelingen van rechtspersonen dienen te worden opgenomen in een register en bepaalt zij dat de wet van 29 juni 1964 betreffende opschorting, uitstel en probatie eveneens op de rechtspersonen van toepassing is.

De wet van 4 mei 1999 vermeldt geen specifieke datum van inwerkingtreding.

N.D.C.

#### Wijziging R.v.St.-Wet

De wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, alsook van het Gerechtelijk Wetboek (*B.S.*, 22 juni 1999, inwerkingtreding op 2 juli 1999, behalve de artikelen 5 en 7 die in werking treden op de datum te bepalen door de Koning (art. 34)) strekt ertoe de maatregelen aan te vullen waarin de wet van 4 augustus 1996 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 (*B.S.*, 20 augustus 1996) voorziet.

De belangrijkste wijzigingen die de genoemde wet van 25 mei 1999 in de gecoördineerde wetten op de Raad van State en in het Gerechtelijk Wetboek aanbrengt (voor een volledig overzicht, zie *Parl. St.* Senaat, 1998-99, nr. 1-1329/3, 2-4) hebben betrekking op de rechtspleging voor de Raad van State en op het statuut van de magistraten van de Raad van State.

De voornaamste wijzigingen in de procedure(s) zijn:

- het nieuwe art. 14, § 2, R.v.St.-wet dat uitdrukkelijk het administratief cassatieberoep erkent en de grote principes die daaraan ten grondslag liggen;
- het inschrijven van de mogelijkheid van annulatieberoep tegen administratieve handelingen m.b.t. overheidsopdrachten en personeel van wetgevende vergaderingen en hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Arbitragehof, alsmede van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad van de Justitie (art. 14, § 1, R.v.St.-wet). Tevens werd het Gerechtelijk Wetboek dienovereenkomstig gewijzigd;
- de mogelijkheid voor de partijen om zich ook te laten vertegenwoordigen of bijstaan door advocaten-stagiairs. Het oorspronkelijke art. 19, derde lid, R.v.St.-wet liet de vertegenwoordiging door advocaten-stagiairs niet toe. Het Arbitragehof oordeelde in zijn arrest nr. 55/98 van 20 mei 1998 (*R.W.*, 1998-99, 326, noot W. Lambrechts; zie in dezelfde zin: Arbitragehof nr. 11/99, 28 januari 1999) dat deze uitsluiting van stagedoende advocaten het gelijkheidsbeginsel schond, omdat zij een onverantwoord verschil in behandeling in het leven riep tussen twee categorieën van advocaten en aldus zonder aanvaardbare reden het recht van de rechtzoekenden beperkte om vrij hun raadsman te kiezen. Zeker inzake schorsingsberoepen werd deze uitsluiting als zeer drastisch ervaren (cf. G. Debersaques en B. Tilleman, «Het optreden in rechte van rechtspersonen» in *Onderneming van publiekrecht*, Antwerpen, Maklu, 1999 (ter perse), nr. 55) omdat, indien de eiser noch verschijnt, noch vertegenwoordigd is, de vordering wordt afgewezen. Aan deze discriminatie is voortaan een einde gekomen;
- het niet langer verplicht zijn de partijen voor de terecht-

zitting op te roepen indien geen van hen daarom heeft verzocht, als het ontbreken van een belang wordt vastgesteld bij de partij die geen memorie van wederantwoord of aanvullende memorie heeft neergelegd (art. 21, tweede lid, R.v.St.-wet);

– het uniformiseren van de procedure voor tussenkomst als bepaald in art. 21bis R.v.St.-wet en het onmiddellijk op de hoogte stellen van de verzoeker en de tegenpartij van het verslag gebaseerd op de artikelen 93 en 94 van de algemene procedureregeling.

Daarnaast werd ook het statuut van de magistraten aangepast. Zo hebben bijvoorbeeld de eerste auditeurs en de eerste referendarissen voortaan ook de mogelijkheid om bij iedere voor hen nuttige vacature, op hun verzoek en na advies van de eerste voorzitter of van de auditeur-generaal, bij voorrang te worden benoemd tot respectievelijk adjunct-auditeur, auditeur of eerste auditeur (art. 71, § 1, vierde lid, R.v.St.-wet). Tot vóór deze wetswijziging bestond die mogelijkheid enkel voor auditeurs/referendarissen en adjunct-auditeurs/adjunctreferendarissen. Bovendien kunnen ook de eerste auditeurs-afdelingshoofden en de eerste referendarissen-afdelingshoofden voortaan bij iedere voor hen nuttige vacature, op hun verzoek en na advies van de eerste voorzitter of van de auditeur-generaal, bij voorrang worden benoemd tot respectievelijk eerste referendaris-afdelingshoofd of eerste auditeur-afdelingshoofd (art. 71, § 1, vijfde lid, R.v.St.-wet). Voorts leggen de leden van het auditoraat de eed af in handen van de auditeur-generaal, die hun korpschef is, in plaats van bij de eerste voorzitter (art. 74, derde lid, R.v.St.-wet). Ook de taken van het coördinatiebureau worden concreet omschreven (art. 77, § 1, R.v.St.-wet). Ten slotte worden enkele wijzigingen inzake de wedden van de leden van de Raad van State aangebracht (zie de artt. 27-29 van de wet van 25 mei 1999).

G.D.

### Wet handelspraktijken – Diverse wijzigingen

Op 23 juni 1999 werden twee wetten van 25 mei 1999 bekendgemaakt tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de bescherming van de consument. (zie eveneens in dit nummer p. 689 G. Straetmans, «De vernieuwde wet op de handelspraktijken. Een eerste analyse»).

Een eerste wet strekt tot wijziging van de artikelen 97 tot 117 van de Wet Handelspraktijken. De tweede wet heeft de aanvulling van de Wet Handelspraktijken tot doel voor wat betreft de verkoop via Internet. Deze wetswijzigingen hebben een dubbele doelstelling: enerzijds moesten twee Europese richtlijnen worden omgezet (richtlijn 97/7/EG van het Europese Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten en richtlijn 97/55/EG van het Europese Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EG inzake misleidende reclame); anderzijds werd een grondige evaluatie gemaakt van de Wet Handelspraktijken en werden een aantal verbeteringen en verduidelijkingen noodzakelijk geacht.

Van belang zijn voornamelijk de wijzigingen van de artikelen 22 (invoering van een definitie van vergelijkende reclame) en 23 (een aantal technische en andere kleine wijzigingen) en de invoering van een art. 23bis W.H.P. i.v.m. ver-

gelijkende reclame. Het nieuwe art. 23bis W.H.P. bepaalt de cumulatieve voorwaarden waaronder vergelijkende reclame als wettelijk wordt beschouwd (twee voorwaarden en een aantal verboden). Voorts wordt ook een wijziging doorgevoerd van art. 46 Wet Handelspraktijken betreffende de uitverkoop door een verkoper n.a.v. uit te voeren verbouwingen. Voortaan moet o.m. aan vier voorwaarden cumulatief worden voldaan vooraleer tot een dergelijke uitverkoop kan worden overgegaan. Art. 62 Wet Handelspraktijken betreffende de *ristorno*-zegels wordt aangepast aan de realiteit en voorziet voortaan ook in de vorm van elektronische registratie naast de *ristorno*-boekjes.

De aanpassingen ingevolge de richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten hebben de invoering van een geheel nieuwe afdeling 9 van hoofdstuk VI Wet Handelspraktijken tot gevolg (art. 77 tot 83). In de eerste plaats wordt het toepassingsgebied uitgebreid tot het geheel van overeenkomsten betreffende goederen of diensten, gesloten op afstand tussen een verkoper en een consument. Voorts worden de artikelen 77 tot 83 Wet Handelspraktijken aangepast aan de nieuwe communicatiemiddelen en de elektronische handel die hieruit voortvloeit. De Koning kan bijzondere bepalingen voorschrijven die van toepassing zijn op sommige communicatietechnieken op afstand, waaronder de verkoop op netwerk (art. 83 Wet Handelspraktijken).

De wetten van 25 mei 1999 zijn op 1 oktober 1999 in werking getreden.

E.J.

### Burgerlijke stand – Aangifte van een levenloos kind

In het B.S. van 24 juni 1999 werd de wet van 27 april 1999 bekendgemaakt tot invoering van een art. 80bis in het Burgerlijk Wetboek en tot opheffing van het decreet van 4 juli 1806 aangaande de manier van opstelling van de akte waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand constateert dat hem een levenloos kind werd vertoond.

Wanneer een kind is overleden op het ogenblik van de vaststelling van de geboorte, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte van aangifte van een levenloos kind op te stellen. Deze akte van aangifte dient de volgende vermeldingen te bevatten: 1° de dag, het uur, de plaats van de bevalling en het geslacht van het kind; 2° het jaar, de dag, de plaats van de geboorte, de naam, de voornamen en de woonplaats van de vader en de moeder; 3° de naam, voornamen en de woonplaats van de aangever; 4° de voornamen van het kind indien om de vermelding ervan wordt verzocht. De akte wordt, op haar dagtekening, ingeschreven in het register van de akten van overlijden.

De ouders van wie een kind levenloos werd geboren vóór de inwerkingtreding van deze wet, kunnen binnen één jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de ambtenaar van de burgerlijke stand vragen dat de voornamen van het kind worden ingeschreven in de kant van de akte van aangifte.

Het voormelde decreet van 4 juli 1806 wordt opgeheven.

De wet van 27 april 1999 vermeldt geen specifieke datum van inwerkingtreding.

R.P.

### Bestrijding van de fiscale fraude

Bij de wet van 28 april 1999 (B.S., 25 juni 1999) tot aanvulling, wat de bestrijding van de fiscale fraude betreft, van

het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten en van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, werd opnieuw een aantal maatregelen genomen ter verscherping van de strijd tegen de belastingfraude. Dit is geen verrassing, aangezien deze maatregelen reeds waren aangekondigd en besproken bij de parlementaire voorbereiding van de wetten van 15 en 23 maart 1999 betreffende de nieuwe fiscale procedure.

Een eerste maatregel die werd genomen, houdt verband met de meldingsplicht van het parket in geval van het ontdekken van fraude. Terwijl de parketmagistraten vroeger enkel en alleen bevoegd waren om, met toestemming van de procureur-generaal of de auditeur-generaal, fraude-indiciën op het vlak van de Inkomstenbelastingen ter kennis te brengen van de minister van Financiën, werd thans deze mogelijkheid opengetrokken naar alle belastingen toe. Om deze reden werd terzelfder tijd beslist art. 327, § 4, W.I.B. 92 op te heffen. Daarenboven behoeft de parketmagistraat voortaan geen toestemming meer van de procureur-generaal of van de auditeur-generaal om de fiscale administratie in te lichten.

Een tweede maatregel, die met de wet van 28 april 1999 werd genomen, betreft een aangifteverplichting voor de Controledienst voor de Verzekeringen wanneer deze kennis krijgt dat één van zijn leden bijzondere fraudemechanismen zou hebben opgezet. Een soortgelijke verplichting werd trouwens reeds opgelegd aan de Commissie voor het Bank- en Financieuzen bij de wet van 15 maart 1999.

De wet van 28 april 1999 vermeldt geen specifieke datum van inwerkingtreding.

M.M.

#### Verlatenverklaring en overdracht van ouderlijk gezag

In het B.S. van 29 juni 1999 werd de wet van 7 mei 1999 tot afschaffing van de verlatenverklaring en van de overdracht van het ouderlijk gezag gepubliceerd (geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld). Hiermee wordt art. 1237bis Ger.W. opgeheven, waarin de procedure tot verlatenverklaring van een minderjarige of tot vaststelling dat de ouders kennelijk niet naar hun kind hebben omgezien, is vervat.

Het vroegere recht blijft evenwel gelden voor de vorderingen tot verlatenverklaring of tot overdracht van het ouderlijke gezag, ingediend voordat deze wet en de desbetreffende procedures in werking treden. Het vroegere recht blijft eveneens van toepassing op de gevolgen van verlatenverklaring of overdracht van het ouderlijke gezag die is uitgesproken bij beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan voordat deze wet in werking treedt, of bij een beslissing die is genomen na afloop van de procedure ingesteld voordat deze wet in werking treedt.

R.P.

#### Justitiehuizen

De wetgever wil door de oprichting van justitiehuizen een einde maken aan de historisch gegroeide versnippering in de para-justitiële sector. Krachtens de wet van 7 mei 1999 (B.S., 29 juni 1999) en de bijhorende K.B.'s van 13 juni 1999 (B.S., 29 juni 1999) wordt bij het ministerie van Justitie een

Dienst 'Justitiehuizen' ingesteld, bestaande uit een centrale dienst en buitendiensten. Per ambtsgebied, dat overeenkomt met een gerechtelijk arrondissement, beschikt deze dienst over een afdeling, het justitiehuis. Bij elk justitiehuis wordt een begeleidingscomité, een commissie strafrechtstoepassingen en een commissie civielrechtelijke toepassingen ingesteld.

Het eerste K.B. van 13 juni 1999 situeert de taken van het justitiehuis, naast het samenbrengen van het para-justitiële veld, vooral rond het coördineren en promoten van alternatieve gerechtelijke maatregelen en het vormen van een aanspreekpunt voor de burgers.

In het bijzonder voegt de wet van 7 mei 1999 een nieuwe paragraaf toe aan art. 216ter Sv., waarbij ambtenaren van de Dienst Justitiehuizen, enerzijds, de procureur des Konings bijstaan in de verschillende fasen van de bemiddeling in strafzaken en, anderzijds, de procureur-generaal bijstaan bij het uitvoeren van het strafrechtelijke beleid inzake de bemiddeling in strafzaken.

Het tweede K.B. van 13 juni 1999 bepaalt de bijzondere graden binnen een justitiehuis, de daaraan verbonden weddeschalen, de voorwaarden van aanwijzing tot deze graden en de overgangsregeling, opdat de beoogde eenheid in de para-justitiële sector zou kunnen worden totstandgebracht.

Wat het personeel van de justitiehuizen betreft, zie ook de wet van 12 april 1999 (B.S., 29 juni 1999) tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en tot overplaatsing van sommige personeelsleden in dienst bij de parketten of verbonden aan een probatiecommissie (uitvoeringsbesluit van 13 juni 1999, B.S., 29 juni 1999).

Voor wat de inwerkingtreding van de voormelde wetten van 7 mei 1999 en 12 april 1999 betreft, zie art. 8 van het K.B. van 13 juni 1999 (B.S., 29 juni 1999, tweede uitgave).

N.D.C.

#### Magistratuur – Wedden

In het B.S. van 30 juni 1999 werd de wet van 29 april 1999 bekendgemaakt tot wijziging, wat de wedden van de magistraten van de Rechterlijke Orde betreft, van het Gerechtelijk Wetboek (inwerkingtreding op 1 januari 2000).

Deze wet past in het voorstel van resolutie betreffende de hervorming van de politiediensten en de gerechtelijke organisatie, dat op 26 mei 1998 werd ondertekend door de leden die deelnamen aan het Octopus-overleg. Met de wet wordt gestreefd naar een financiële herwaardering van het ambt van magistraat.

Zo worden sommige verschillen tussen de wedden van de magistraten op het niveau van eerste aanleg en op het niveau van hoger beroep, getemperd, vanaf de eerste driejarige periode, hogere weddetoeelagen toegekend, wordt het ambt van korpschef, in vooral middelgrote arrondissementen, gerevalueerd, en worden diverse bijslagen, zoals die voor nacht- en weekenddienst, verhoogd.

M.V.D.

#### O.C.M.W. – Wijziging van de organieke wet

Vier decreten van 18 mei 1999 (B.S., 30 juni 1999) wijzigen de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

1. Doel van het eerste decreet is de samenwerkingsmogelijkheden van de O.C.M.W.'s en de private actoren in V.Z.W.-verband te verruimen. Het decreet voegt daartoe de artikelen 135*nonies* tot 135*terdies* toe aan de organieke wet. Tevens wordt art. 118, eerste lid, van die wet aangevuld met een bepaling waarin wordt gesteld dat de verenigingen in dezelfde gevallen een erkenning, vergunning of subsidiëring kunnen verkrijgen als de O.C.M.W.'s.

2. Een tweede decreet heeft tot gevolg dat het mandaat van O.C.M.W.-raadslid voortaan openstaat voor allen die zijn gerechtigd om deel te nemen aan de gemeenteraadsverkiezingen. De voorzitter of het raadslid dat de voorzitter vervangt of dat de functie van voorzitter uitoefent, en de leden van het vast bureau, moeten echter wel de Belgische nationaliteit hebben.

3. Een derde decreet voert een bijzondere beroepsprocedure in tegen negatieve evaluaties en ontslag wegens beroepsonbekwaamheid van personeelsleden en mandatarissen van het O.C.M.W.

4. Een vierde decreet bevat een aantal wijzigingen m.b.t. het geldelijk statuut van de O.C.M.W.-mandatarissen en verplicht het O.C.M.W. om, ten behoeve van zijn mandatarissen, de burgerlijke aansprakelijkheid te dekken van de voorzitter en de leden voor fouten begaan en ongevallen overkomen in het raam van de normale uitoefening van hun ambt.

*I.V.*

## Sociale verkiezingen

De bedoeling van het K.B. van 25 mei 1999 (*B.S.*, 30 juni 1999) is de ondernemingen in te lichten over de procedure die moet worden gevolgd bij de sociale verkiezingen die in het voorjaar van 2000 zullen worden gehouden. Verschillende ondernemingen zullen deze verkiezingen reeds inzetten in december 1999 en dit K.B. moet ervoor zorgen dat alle belanghebbenden tijdig zijn ingelicht (zie ook C. Engels, «Wie moet sociale verkiezingen organiseren? Sociale verkiezingen 2000», *R.W.* 99-00, 449).

In elke onderneming, die gewoonlijk gemiddeld ten minste honderd werknemers tewerkstelt, moet een ondernemingsraad worden opgericht. Hetzelfde geldt voor de ondernemingen waarin reeds bij de vorige sociale verkiezingen een raad werd opgericht of had moeten worden opgericht, voor zover zij gewoonlijk gemiddeld ten minste vijftig werknemers tewerkstellen. In bedrijven waarin gemiddeld ten minste vijftig werknemers tewerkgesteld zijn, moet een comité voor preventie en bescherming op het werk worden opgericht.

Als een onderneming als juridische entiteit verscheidene technische bedrijfseenheden omvat en één van deze bedrijfseenheden niet aan de norm voldoet van vijftig werknemers voor de comités en honderd werknemers voor de raden, moet ofwel deze technische bedrijfseenheid worden gevoegd bij andere technische eenheden van dezelfde juridische entiteit die evenmin de norm van vijftig werknemers voor de comités en honderd werknemers voor de raden bereikt, ofwel moet deze bedrijfseenheid worden gevoegd bij een technische eenheid van dezelfde juridische entiteit die de norm van vijftig werknemers voor de comités en honderd werknemers voor de raden bereikt.

De werkgever heeft de verplichting om bij de aanvang van de verkiezingsperiode, d.w.z. uiterlijk op de zestigste dag die

de aanplakking voorafgaat van het bericht waarin de datum van de verkiezingen wordt aangekondigd, schriftelijk informatie te verstrekken over: de aard, de gebieden en de graad van zelfstandigheid of afhankelijkheid van de zetel ten opzichte van de juridische entiteit; het aantal personeelsleden per categorie, rekening houdende met het aantal personeelsleden dat op dat ogenblik in de onderneming wordt tewerkgesteld; de functies van het leidinggevende personeel, door hun benaming en hun inhoud te verduidelijken en de lijst van de personen die deze functies uitoefenen; de functies van de kaderleden en de lijst van de personen die deze functies uitoefenen; de datum van aanplakking van het bericht dat de datum van de verkiezingen aankondigt en de datum die men beoogt voor de verkiezingen.

Tussen de 60ste en de 35ste dag die de aanplakking voorafgaat van het bericht waarin de datum van de verkiezingen wordt aangekondigd, raadpleegt de werkgever de raad en het comité over het aantal technische bedrijfseenheden of juridische eenheden waarvoor organen moeten worden opgericht en over de indeling van de juridische entiteit in technische bedrijfseenheden of over samenvoeging van verscheidene juridische entiteiten in technische bedrijfseenheden met hun beschrijving en grenzen. Opnieuw raadpleegt hij werknemers, raad en comité over de functies van het leidinggevende personeel en de kaderleden.

Uiterlijk op de 35ste dag die de aanplakking voorafgaat worden door de werkgever aan de raad, het comité, of bij ontstentenis ervan aan de vakbondsafvaardiging of aan de werknemers de beslissingen betreffende de functies van het leidinggevende personeel en de kaderleden en het aantal technische bedrijfseenheden of juridische entiteiten waarvoor organen moeten worden opgericht, schriftelijk meegedeeld. De werknemers en de representatieve werknemersorganisaties beschikken over een termijn van zeven dagen om tegen deze beslissing van de werkgever beroep bij de arbeidsrechtbank in te stellen. De arbeidsrechtbank doet uitspraak binnen 23 dagen na ontvangst van het beroep.

Als de meerderheid van de werknemers gedurende de periode van de dag van aanplakking van het bericht van de datum van de verkiezingen tot de dag van de verkiezingen zelf bij een staking is betrokken of indien 25% van de betrokken categorie arbeiders of bedienden tijdelijk werkloos is, kunnen de kiesverrichtingen op verzoek van een representatieve organisatie die kandidaten heeft voorgedragen, worden geschorst vanaf de dag van de aanplakking van het bericht van de datum van de verkiezingen.

De datum van de verkiezingen moet vallen op de 90ste dag na de aanplakking van het bericht dat de datum van de verkiezingen aankondigt.

Inzake *kiesvoorwaarden* is bepaald dat aan de verkiezingen van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad en het comité voor preventie en veiligheid op het werk wordt deelgenomen door alle werknemers van de onderneming die verbonden zijn door een arbeids- of een leerovereenkomst, met uitzondering van de werknemers die deel uitmaken van het leidinggevende personeel. Het besluit stelt voorwaarden betreffende de nationaliteit van de werknemers en de minimumduur van tewerkstellingen in de technische bedrijfseenheid.

De representatieve werknemersorganisaties, de representatieve organisaties van kaderleden en de kaderleden moeten er in de mate van het mogelijke voor zorgen dat werk-

nemers van de verschillende secties van de onderneming op hun kandidatenlijsten vertegenwoordigd zijn en moeten er tevens over waken dat de werknemers op hun kandidatenlijsten vertegenwoordigd zijn in verhouding tot hun respectievelijk belang in elke categorie van werknemers waarvoor kandidatenlijsten worden neergelegd.

De *kiezerslijsten*, de lijst van het leidinggevende personeel, de lijst van het kaderpersoneel en de definitieve vaststelling van het aantal mandaten per orgaan en per categorie worden uiterlijk definitief afgesloten bij het verstrijken van de termijn voor het indienen van een bezwaar indien geen enkel bezwaar werd ingediend of op het ogenblik waarop het arbeidsgerecht uitspraak doet over een beroep tegen een beslissing of bij afwezigheid van beslissing van de raad of het comité.

Tot uiterlijk 35 dagen na de aanplakking van het bericht dat de datum van de verkiezingen aankondigt, kunnen de representatieve werknemersorganisaties bij de werkgever kandidatenlijsten indienen. Deze kandidatenlijsten worden vijf dagen na het verstrijken van de periode van 35 dagen aangeplakt op dezelfde plaatsen als het bericht dat de datum van de verkiezingen aankondigt.

Tot de veertiende dag vóór de verkiezingen kunnen de representatieve werknemersorganisaties en organisaties van kaderleden of de kaderleden die een lijst hebben voorgedragen, na raadpleging van de werkgever, een kandidaat vervangen in een aantal uitzonderlijke gevallen die in het besluit worden opgesomd.

Afzonderlijke *kiescolleges* worden samengesteld voor de arbeiders en bedienden wanneer het aantal bedienden in een onderneming met hoofdzakelijk arbeiders ten minste vijftientwintig bedraagt. Andersom geldt dezelfde regeling. Voor de jeugdige werknemers, dit zijn de werknemers jonger dan 25 jaar, wordt eveneens een afzonderlijk kiescollege samengesteld, wanneer de onderneming ten minste 25 jeugdige werknemers telt.

De kiezers worden door de werkgever voor de verkiezingen opgeroepen. De oproepingsbrief wordt hen in de onderneming ten laatste tien dagen vóór de datum van de verkiezingen overhandigd. De uren tijdens welke de stembureaus open zijn, worden zo vastgesteld dat alle werknemers tijdens hun werkuren aan de stemming kunnen deelnemen en zonder dat de goede werking van de onderneming erdoor kan worden gehinderd. Elk bureau moet zo zijn ingericht dat het geheim van de stemming wordt bewaard. Het is aan de voorzitter van het stembureau om de orde te handhaven en ervoor te zorgen dat de kiesverrichtingen regelmatig verlopen.

Bij aanzienlijke spreiding van het personeel, alsmede in geval van schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, mag de stemming per brief worden toegestaan. Eenzelfde akkoord kan de stemming per brief toestaan wanneer de werknemers niet worden tewerkgesteld tijdens de openingsuren van de kiesbureaus. Dit is vooral het geval bij nacht arbeid.

Het K.B. beschrijft verder hoe de stemopneming dient te gebeuren en hoe de aanwijzing van de verkozen kandidaten geschiedt. Na verloop van de stemverrichtingen sluit het bureau, dat de gekozenen heeft aangewezen, het proces-verbaal, dat door alle leden van het bureau wordt ondertekend. Een afschrift van de processen-verbaal wordt gezonden naar de werkgever. Deze werkgever bewaart al deze stemdocu-

menten gedurende een periode van 25 dagen die volgt op de dag van de sluiting van de kiesverrichtingen. Uiterlijk twee dagen na de sluiting van de kiesverrichtingen wordt door de werkgever, op dezelfde plaatsen als het bericht dat de datum van de verkiezingen aankondigt, een bericht aangeplakt met de uitslag van de stemming en de samenstelling van de ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming op het werk. Dit bericht vermeldt duidelijk en nauwkeurig alle personeelsafgevaardigden en alle werkgeversafgevaardigden, alsook hun plaatsvervangers.

Het besluit somt de gevallen op waarin in uitzonderlijke gevallen nieuwe verkiezingen moeten worden georganiseerd. Er kan ook worden geopteerd voor elektronisch stemmen. De beslissing om dit te doen moet met unanimiteit door elke ondernemingsraad of elk comité worden genomen.

Indien er geen enkele kandidatenlijst is ingediend, wordt de kiesprocedure stopgezet. Hetzelfde geldt wanneer één enkele representatieve werknemersorganisatie of één enkele representatieve organisatie van kaderleden of wanneer één groep van kaderleden een aantal kandidaten voordraagt dat gelijk is aan of lager is dan het aantal toe te kennen gewone mandaten. In dat geval zijn de kandidaten van rechtswege verkozen.

De verkozen ondernemingsraad of het comité voor preventie en bescherming op het werk vergadert ten minste eenmaal per maand op de datum, het uur en de plaats die door het ondernemingshoofd worden vastgesteld. De werkgever moet de raad of het nieuwe comité bijeenroepen wanneer ten minste een derde van de gewone leden van de personeelsafvaardiging hem hierom verzoekt. De secretaris van de raad of het comité maakt de notulen van iedere vergadering op. Deze notulen worden bij de opening van de volgende vergadering voorgelezen en goedgekeurd.

In ondernemingen die minder dan honderd werknemers tewerkstellen en waar een raad moet worden opgericht, oefenen de personeelsafgevaardigden, verkozen door het comité, het mandaat uit van afgevaardigden voor de raad.

Het *toezicht* op het goede verloop van de verkiezingsprocedure en het verdere functioneren van de ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming op het werk behoort toe aan de sociale inspecteurs en de sociale controleurs van de Inspectie van de sociale wetten van het Ministerie dat de arbeid onder zijn bevoegdheid heeft. Deze inspecteurs en controleurs mogen de notulen van de vergaderingen van de ondernemingsraad opvragen en indien daartoe een behoorlijk gemotiveerde aanvraag is gedaan, de vergadering van de ondernemingsraad bijwonen. Zij zijn evenwel niet stemgerechtigd tijdens deze vergaderingen.

Met dit K.B. wordt het vroegere K.B. van 12 augustus 1994 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen opgeheven.

P.N.D.

## Gemeenten en provincies – Administratief toezicht

1. Het decreet van 13 april 1999 tot wijziging van het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten (B.S., 30 juni 1999) strekt ertoe het administratief toezicht op de gemeenten te vereenvoudigen. Het is een uitvloeisel van de afspraken die de Vlaamse regering maakte in het

raam van het pact met de gemeenten (zie *Parl.St.*, VI. Parl., 1998-99, nr. 1324/2, 3).

Dit decreet vervangt de procedure van de goedkeuring van de gemeentebegroting door een algemeen administratief toezicht. Voortaan heeft de gouverneur de verplichting om in vier gevallen de uitvoering van de begroting en van de begrotingswijzigingen te schorsen, onverminderd de bevoegdheid van de Vlaamse regering of van de gouverneur om dergelijke besluiten te schorsen of te vernietigen wegens andere gevallen van onwettigheid of in geval van strijdigheid met het algemeen belang. Voor zover de redenen die aanleiding geven tot de schorsing het evenwicht van de begroting niet in gevaar brengen, kan de gouverneur de schorsing beperken tot een of meer artikelen of onderdelen van de begroting, zodat voor de overige artikelen of onderdelen de begroting kan worden uitgevoerd.

In geval van schorsing door de gouverneur spreekt de gemeenteraad zich op gemotiveerde wijze uit over de schorsing en stelt hij de begroting of de begrotingswijzigingen opnieuw vast. De Vlaamse regering spreekt zich uit over de begroting of begrotingswijziging die de gemeenteraad opnieuw heeft vastgesteld. Naast haar vernietigingsbevoegdheid wegens schending van de wet of strijdigheid met het algemeen belang, kan zij in bepaalde gevallen van schending van de wet de nodige maatregelen nemen om de wettigheid te herstellen. In die gevallen stelt de Vlaamse regering zelf de begroting of de daarin aangebrachte wijzigingen definitief vast (advies van de Raad van State, *Parl.St.*, VI.Parl., 1998-99, nr. 1324/1, 21).

Ook werden een aantal wijzigingen aangebracht in de regeling van het algemeen administratief toezicht op de besluiten van de gemeenteraad. Zo werd de verplichting tot toezending aan de provinciegouverneur van een voor eensluidend verklaard afschrift opgeheven, voor wat betreft de besluiten van de gemeenteraad en het college van burgemeester en schepenen m.b.t. overheidsopdrachten met een waarde die hoger is dan 10.000.000 frank en de besluiten van de gemeenteraad betreffende de verwervingen en vervreemdingen van onroerende goederen, waarvan de waarde hoger is dan 10.000.000 frank.

Ten slotte wordt bepaald dat de goedkeuring van de gemeenterekening door de gouverneur inhoudt dat de beslissingen van de gemeenteoverheid die werden genomen in de loop van het jaar waarop de rekening betrekking heeft en die niet werden opgevraagd, noch geschorst of vernietigd werden, niet meer vatbaar zijn voor schorsing of vernietiging.

2. In hetzelfde verband van een verdere versoepeling van het administratief toezicht werd bij decreet van 13 april 1999 het decreet van 22 februari 1995 tot regeling van het administratief toezicht op de provincies in het Vlaams Gewest gewijzigd (*B.S.*, 30 juni 1999). Ook hier werd de verplichte doorzending van de besluiten inzake overheidsopdrachten en de besluiten m.b.t. de verwervingen en vervreemdingen van onroerende goederen met een waarde die hoger is dan 10.000.000 frank, opgeheven.

3. Beide decreten zijn in werking getreden op de eerste dag van de tweede maand die volgt op de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*. De besluiten die vóór de inwerkingtreding werden genomen blijven onderworpen aan de regelen die op dat tijdstip van kracht waren.

A.W.

## Binnengemeentelijke territoriale organen – Oprichting en toezicht

Krachtens art. 41 van de Grondwet bepaalt de wetgever de bevoegdheden, de werkingsregels en de wijze van verkiezing van de binnengemeentelijke territoriale organen. Voorts bepaalt dit artikel dat de gewesten bij bijzonder decreet de overige voorwaarden waaronder en de wijze waarop dergelijke binnengemeentelijke territoriale organen kunnen worden opgericht, regelen.

Het bijzonder decreet van 13 april 1999 betreffende de voorwaarden en de wijze van oprichting van binnengemeentelijke territoriale organen (*B.S.*, 30 juni 1999) bevat de nadere regelen voor de oprichting binnengemeentelijke territoriale organen, die in het bijzonder decreet districtsbesturen worden genoemd. Het is van toepassing op de gemeenten met meer dan 100.000 inwoners, waarvan de gemeenteraden beslissen tot de oprichting van districtsbesturen.

De oprichtingsvoorwaarden komen erop neer dat vooraf duidelijkheid dient te bestaan over de gebiedsomschrijvingen van de districten en over de bevoegdheden, die door het college van burgemeester en schepenen en door de burgemeester met toepassing van art. 340 van de Nieuwe Gemeentewet aan de districtsbesturen zullen worden overgedragen (zie ook *Parl.St.*, VI.Parl., 1998-99, nr. 1294/1, 4).

Indien voor de gebiedsomschrijving van de districten wordt afgeweken van de gemeentelijke gebiedsomschrijvingen, zoals die bestonden vóór de samenvoegingen van gemeenten, moeten deze afwijkingen uitdrukkelijk worden gemotiveerd. Indien voor de betrokken gebiedsomschrijvingen reeds territoriale adviesraden door de gemeente waren opgericht, moeten die hierover eveneens worden geraadpleegd.

Het bijzonder decreet bepaalt ook de voorwaarden om achteraf wijzigingen door te voeren aan de gebiedsomschrijvingen van de districten. Om te vermijden dat de districts-aangelegenheden het voorwerp zouden uitmaken van politiek opbod, werd bepaald dat geen enkele beslissing door de gemeentelijke organen met toepassing van dit bijzonder decreet kan worden genomen tijdens de periode van zes maanden die voorafgaat aan de gemeenteraadsverkiezingen (*Parl.St.*, VI.Parl., 1998-99, nr. 1294/1, 5).

De toezichtsregeling op de binnengemeentelijke territoriale organen wordt uitgewerkt in het decreet van 13 april 1999 houdende wijziging van het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten, wat het administratief toezicht op de binnengemeentelijke territoriale organen betreft (*B.S.*, 30 juni 1999). Dit decreet voegt in het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten, een nieuw hoofdstuk in, bestaande uit de artikelen 22bis en 22ter. Art. 22bis bepaalt dat het gemeenteraadsbesluit betreffende de oprichting van districtsbesturen ter goedkeuring aan de Vlaamse regering wordt voorgelegd. Door art. 22ter wordt het administratief toezicht op de districtsbesturen geregeld. Het toezicht op de besluiten van de districtsraden betreffende de begroting en de rekening van het district werd afgestemd op de toezichtsregeling die geldt voor de begroting en de rekening van de gemeenteraad. Voor de besluiten van de districtsbesturen werd het principe van het toezicht via in lijst opgenomen besluiten ingesteld.

Voor besluiten betreffende de uitgaven die door dwingen- de en onvoorziene omstandigheden worden vereist, werd een toezicht ingesteld op basis van een voor eensluidend ver- klaard afschrift van het besluit dat moet worden bezorgd aan de provinciegouverneur (zie ook *Parl.St.*, VI.Parl., 1998-99, nr. 1295/3, 4).

A.W.

### Personeel lokale en regionale besturen – Beroepsprocedu- re bij ontslag

Het sectorale akkoord 1997-98 voor het personeel van de lokale en regionale besturen bepaalde dat er een beroeps- procedure zou worden ingevoerd voor de personeelsleden van lokale en regionale besturen die wegens beroepsone- kwaamheid worden ontslagen. Ook de titularissen van de zo- genaamde wettelijke graden zou de mogelijkheid worden ge- boden om beroep aan te tekenen tegen hun evaluatie (*Parl.St.*, VI.Parl., 1998-99, nr. 1329/1, 2).

Het decreet van 18 mei 1999 houdende wijziging van het decreet van 22 februari 1995 houdende regeling van het ad- ministratief toezicht op de provincies in het Vlaamse Ge- west (*B.S.*, 30 juni 1999) en het decreet van 18 mei 1999 hou- dende wijziging van het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten (*B.S.*, 30 juni 1999) geven uitvoe- ring aan dat engagement.

A.W.

## BOEKEN

K.H. SANDERS, *De heroverweging getoetst. Een onderzoek naar het functioneren van bezwaarschriftprocedures*, Deventer, Kluwer, 1998, 291 p., met samenvatting in het Duits.

Op 1 januari 1994 trad de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb) in werking. Een van de gevolgen was, dat wie het niet eens was met een hem aanbelangende bestuurshandeling, verplicht werd tegen dit besluit bezwaar aan te tekenen bij de overheid van wie het besluit uitging (zij het een ander orgaan van de overheid), vooraleer ver- der beroep kon worden ingesteld.

Klaas Sanders heeft in zijn proefschrift, waarvan dit boek de han- delseditie is, nagegaan of de bezwaarschriftprocedure de functies, die de wetgever expliciet of impliciet voor ogen stonden met het in- voeren van deze procedure, ook vervult. Die theoretische doelstel- lingen heeft hij nagegaan aan de hand van praktijkstudies van an- dere onderzoekers en van hemzelf; daarbij werd ook een onder- scheid gemaakt tussen «beschikkingenfabrieken» (overheden die talrijke besluiten treffen in soortgelijke zaken, zoals kinderbijslag, studiefinanciering) en «beschikkingenateliers» (overheden die, in een bepaalde materie, relatief weinig besluiten nemen die «op maat» worden gemaakt).

De functies die Sanders onderzocht heeft, zijn: de rechtsbescher- mingsfunctie, de leerfunctie, de filterfunctie en de verduidelijkings- functie. Daarnaast heeft hij ook oog gehad voor de neveneffecten van de bezwaarschriftenprocedure, zoals de «aanzuigende werking» (toename van het aantal bezwaren), de verlenging van de rechtsbe- schermingsprocedures (die is er niet, integendeel) en de toename van de bestuurslast (die is er wel).

Sanders komt tot een aantal conclusies.

Allereerst zouden de besturen hun beslissingen beter moeten mo- tiveren, wat (nodeloze) bezwaarschriften zou kunnen voorkomen.

Op het eerste zicht gegronde bezwaren zouden onmiddellijk aan de overheid die het besluit heeft genomen, ter correctie moeten wor- den bezorgd.

Het is van belang dat de bezwaarindieners de kans krijgen om te worden gehoord, en dat ze zelf beslissen of ze wensen te worden ge- hoord. Dit horen is trouwens een essentieel onderdeel voor de kwa- liteit van de beslissing op bezwaar. Het orgaan dat het bezwaar on- derzoekt, zou trouwens de bevoegdheid moeten krijgen zelf te be- slissen.

Duurt de bezwaarschriftenprocedure te lang, dan zou de betrok- kene onmiddellijk bij de rechter beroep moeten kunnen indienen.

Betere registratie van de bezwaarschriften, en het betrekken van de overheid die het eerste besluit heeft genomen, bij de bezwaar- schriftenprocedure, kunnen leiden tot betere «leereffecten».

Ondanks de vaststelling dat de bezwaarschriftenprocedure in een aantal gevallen een zinloze (elke partij blijft toch bij haar stand- punt) en tijdrovende (termijnoverschrijdingen) formaliteit kan lij- ken, pleit de auteur, gelet op de over het algemeen positieve effec- ten van deze procedure, voor het behoud ervan als algemene ver- plichting.

Voor wie begaan is met de werking van de overheid, is dit een leerzaam en leesbaar boek. Eens te meer moet worden onderstreept dat er in België nauwelijks belangstelling is voor zoiets als een Al- gemene wet bestuursrecht, hoewel zo een wet kan bijdragen tot een (minimum) uniformiteit in het optreden van de overheid (die nu na- genoeg volledig ontbreekt) en tot een beter inzicht van de gewone burger in dat optreden.

Het Nederlandse voorbeeld toont aan dat de stroomlijning van het besluitvormingsproces van de overheid niet alleen geen geld hoeft te kosten, maar zelfs onmiddellijk rendeert, zowel maatschap- pelijk als financieel.

Zou het zo moeilijk zijn in België bijvoorbeeld een bezwaarschrif- tenprocedure te organiseren, als eerste stap?

M. Boes

E. BREDERVELD, *Gemeenterecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 5<sup>e</sup> druk, 277 p.

*Gemeenterecht* maakt deel uit van de reeks studiepockets staats- en bestuursrecht en is geschreven voor onderwijsdoeleinden. Bij- gevolg wordt op een bondige, maar overzichtelijke wijze de gemeen- te in het Nederlands staatsbestel besproken, evenwel zonder uit- voerige verwijzingen naar rechtsleer of rechtspraak. In het inlei- dende hoofdstuk worden enkele algemene begrippen geduid, zoals decentralisatie, autonomie en medebewind. Zoals in België, heb- ben ook de Nederlandse gemeenten bevoegdheden op beide laatst- genoemde domeinen. Het tweede hoofdstuk bespreekt de samen- stelling en de werking van de gemeentelijke organen, namelijk de gemeenteraad (bestaande uit 9 tot 45 leden), het college van bur- gemeester en wethouders (in België: schepenen) en de diverse com- missies. Deze commissies verschillen toch wel aanzienlijk van de commissies die de gemeenteraden in België kunnen oprichten. Tot die commissies behoren immers ook, naast de adviescommissies, de bestuurscommissies en de commissie voor beroep- en bezwaarschrif- ten, de stadsdeel- of deelgemeenteraden. Dit zijn territoriale orga- nen, rechtstreeks verkozen en met een eigen beslissingsbevoegd- heid. De bepleiters van een binnengemeentelijke decentralisatie in België spiegelen zich daar vaak aan.

Zoals van een studiepocket over gemeenterecht mag worden ver- wacht, worden voorts de taken en bevoegdheden van de diverse be- stuursorganen besproken, het ambt van gemeentesecretaris, de amb- telijke dienst (het gemeentepersoneel), de gemeentelijke financiën en het bestuurlijk en rechterlijk toezicht op de gemeenten.

Deze pocket is een beknopte gids van de hand van een gewezen gemeentesecretaris, waardoor men kennis kan maken met de ge- meenten naar Nederlands model. Dit biedt de gelegenheid om de vergelijking te maken met de gemeenten naar Belgisch model. Naast de gelijkenissen, zijn er immers ook verschillen die niet louter ter- minologisch van aard zijn.

Ann Coolsaet

# Rechtspraak verzekeringsrecht

Y. MERCHIEERS, PH. COLLE, K. BERNAUW, D. SCHUERMANS

2000; ISBN 90-5095-043-4; 543 blz.; 2.450 BEF (studenten 995 BEF)

Met dit boek wordt door middel van de geciteerde rechtspraak beoogd de volledige materie van het verzekeringsrecht in de ruimste zin begrepen te illustreren: de algemene beginselen die de verzekeringsovereenkomst beheersen, de bijzondere reglementeringen, de ondernemingsrechtelijke en publiekrechtelijke aspecten van het verzekeringswezen.

Door het overaanbod van rechtspraak in de verzekeringsmaterie beperkt dit boek zich hoofdzakelijk tot cassatierechtspraak. Niettemin werd, in mindere mate, ook verwezen naar enkele arresten van het Europese Hof van Justitie (mededinging, vrije dienstverlening), het Benelux-Gerechtshof (motorrijtuigenverzekering) en de Raad van State (levensverzekering, verzekeringsbemiddeling).

In de materies waar de cassatierechtspraak schaars is gebleven, werden de uitspraken van Hoven en Rechtbanken opgenomen in de mate dat ze voor de praktijk interessante of principiële zaken beslechten (brandverzekering, gezins aansprakelijkheidsverzekering, levensverzekering, rechtsbijstandsverzekering).

De overvloedige rechtspraak, waaruit geselecteerd moest worden, toont aan hoe levendig het verzekeringsrecht is en hoe belangrijk het rechtspreken is voor de ontwikkeling van deze rechtspraak.

De geselecteerde rechtspraak betreft zowel basisarresten die de algemene beginselen van het verzekeringsrecht bevestigen en/of vaststellen, als arresten en vonnissen die meer specifieke of technische problemen behandelen.

Het geheel is als een nuttige werkinstrument uitgegroeid, onmisbaar zowel voor de practicus van het verzekeringsrecht als voor de studie ervan in het algemeen.

## Synopsis van het Belgisch Arbeidsrecht

P. HUMBLET (Ed.), M. RIGAUX (Ed.), R. JANVIER, W. RAUWS

2000; ISBN 90-5095-107-4; 427 blz.; 2.450 BEF (studenten 975 BEF)

Deze synopsis is een leidraad bij de colleges arbeidsrecht die door de auteurs aan diverse instellingen worden gedoceerd. De nadruk wordt vooral gelegd op problematieken uit de praktijk. Thema's die ondermeer behandeld worden zijn deeltijdse arbeid, ontslag, zwangerschap, educatief verlof, vakbonden, loonnormen en loopbaanonderbreking.

Het boek is een basisdocumentatie voor de geïnteresseerde in het arbeidsrecht. Het bevat geen uitweidingen over zeer specifieke juridische problemen, maar geeft een blauwdruk van de rechtstak. Ook het aantal voetnoten werd bewust beperkt. Op verschillende plaatsen treft de lezer evenwel een beknopte bibliografie aan die, wanneer hij een bepaald onderwerp wil uitdiepen, kan helpen bij de zelfstudie. Tevens werd een lijst opgenomen van nuttige internetadressen.

Een handboek is meestal verouderd bij het verschijnen ervan. Zeker in een materie als arbeidsrecht, waar de veranderingen elkaar snel opvolgen, is dat het geval. Bij deze publicatie ligt het echter anders. De koper van het werk kan immers tot de publicatie van een volgende editie het actualiseringskatern op de website van Uitgeverij Intersentia (<http://www.intersentia.be>) consulteren. Een herwerkte versie is gepland voor 2002.

**De tekst is bijgewerkt tot 30 september 1999**

### Over de auteurs:

*P. Humblet* is hoofddocent Universiteit Gent en deeltijds docent Universiteit Antwerpen

*M. Rigaux* is gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen

*R. Janvier* is hoogleraar Universiteit Antwerpen

*W. Rauws* is deeltijds hoofddocent Universiteit Maastricht, Universiteit Antwerpen en handelshogeschool Antwerpen. Daarnaast is hij ook advocaat.

inter  
sentia