

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

S. D'HONDT, Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijk huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk 145

Rechtspraak

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Overgangsrecht – 2. Gebruik – Gebruik van een anders merk – Aankondiging van reparatie- en onderhoudswerkzaamheden – Ander gebruik – Schade voor de merkhouders
Benelux-Gerechtshof 25 september 2000 (met conclusie van eerste advocaat-generaal M.R.Mok) 154

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Rechtsmiddelen** – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Termijn die ingaat en verstrijkt tijdens de gerechtelijke vakantie – geen verlenging

Arbitragehof 14 februari 2001 162

Mede-eigendom – Mandeligheid – Vermoeden van art. 653 B.W. – Toepassingsgebied

Cass. 20 mei 1999 (met noot) 163

Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming – Oprichting – Technische bedrijfseenheid – Begrip – Criteria – Openbare orde – Erkenning – Gevolg

Cass. 13 november 2000 164

Tuchtrecht – Rechten van de mens – Recht van verdediging – Verplichting mee te werken aan het tuchtonderzoek – Verplichting tot overlegging dossiers

Cass. 27 april 2001 (met conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers) 164

Overeenkomst – 1. Geldigheidsvereisten – Oorzaak – Toestaan van lening om lener in staat te stellen een hem verboden handel te drijven – Kennis van de uitlener – Ongeoorloofde oorzaak – 2. Nietigheid – Absolute nietigheid – Gevolg – Toepassing van het adagium «In pari causa turpitudinis cessat repetitio» – Voorwaarde – Bescherming van de maatschappelijke orde

Hof Antwerpen 15 februari 1999 166

Faillissement – Verschoonbaarheid – Rechtsmiddelen – Schuldeiser

Hof Brussel 16 oktober 2000 167

Verzekering – Aansprakelijkheidsverzekering – Toezegging van vergoeding – Tussenpersoon – Verstrekken van foutieve informatie – Aansprakelijkheid – Schadevergoeding

Rb. Brugge 10 april 2000 (met noot) 167

Voorlopige hechtenis – Voorlopige invrijheidstelling – Nieuw verzoekschrift – Hangende het hoger beroep tegen een vonnis betreffende vorig verzoekschrift – Ontvankelijkheid Corr. Antwerpen 16 juli 2000 (met noot van A. Vandeplass, «Over het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling») 170

Onrechtmatige overheidsdaad – Ambtsfouten van magistraten – Rechter-commissaris bij faillissement – Geen behoorlijk toezicht op afwikkeling van het faillissement en op de financiële verrichtingen van de curator

Rb. Brussel 22 november 2000 171

Erfdienstbaarheid – Conventionele erfdienstbaarheid van overgang – 1. Titel – Bewijs – 2. Recht van afsluiting – Onderlinge verhouding

Vred. Westerlo 28 januari 2000 173

Wetgeving in kort bestek

Financiële instrumenten – Toepasselijkheid Wet handelspraktijken 174

Ambtenarenrecht 175

Landelijke radio-omroepen 176

Havenarbeiders – Antwerps havengebied 176

Successierechten – Gelijkschakeling samenwonenden en gehuwden 176

Programmawet en -decreet 177

Arrondissementscommissariaat – Personeel – Onverenigbaarheden 177

Telecommunicatiesystemen van de derde generatie 177

Wet consumentenkrediet – Wijziging 178

Personenbelasting – Korting 178

Informaticacriminaliteit 179

Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen 180

Deeltijds gebruik van onroerende goederen – Timesharing 180

Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen – Zwakke weggebruikers 181

Wetboek van Vennootschappen – Wijziging 181

Wetboek van Vennootschappen – Uitvoeringsbesluit 182

Vermindering inkomstenbelasting – Langetermijnsparen 182

Begrotingscontrole en -opmaak 182

Boeken

B. Aalberts en S. Van Der Hof, Digital Signature Blindness (door S. Van den Eynde) 182

A.M. Luttmer-Kat, J.C. Bloemarts, F.B. Grapperhaus, B.F. Knüppe, E. Loesberg en A.I. van der Kris, Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht? (door W. Rauws) 184

B. Wessels, Surséance van betaling (door A. De Wilde) 184

M.G. Rood, Introductie in het sociaal recht (door W. Rauws) 184

Mededelingen

Driejaarlijkse prijs van het gerechtelijk privaatrecht (1999 – 2000 – 2001) 184

Seminariecyclus Permanente vorming (V.U.B.-Vakgroep Economisch Recht) 184

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

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

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, A. De Wilde, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, L. Vandenberghe, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.950 f., Advocaten-stagiair: 4.650 f., Studenten: 2.950 f.

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.



Personen- en Familierecht

De Themis-School voor Postacademische Juridische Vorming organiseert een recyclage omtrent het Personen- en Familierecht.

Het programma luidt als volgt:

Prof. dr. P. Senaeve, Recente ontwikkelingen inzake afstamming

Ilse Anné, Recente ontwikkelingen inzake adoptie

Dr. K. Uytterhoeven, Recente ontwikkelingen inzake de gronden tot echtscheiding

Ann De Wolf, Recente ontwikkelingen inzake ouderlijk gezag en omgangsrecht

Dit programma wordt achtereenvolgens aangeboden op de volgende plaatsen:

Leuven (KU Leuven) 7 november 2001 (14u-18u), Kortrijk (KULAK) 12 november 2001 (17u30-21u30), Brussel (KUB) 22 november 2001 (17u30-21u30), Diepenbeek (LUC) 27 november 2001 (17u30-21u30).

Voor meer informatie kunt u terecht bij:

THEMIS – School voor Postacademische Juridische Vorming

Tiensestraat 41 – 3000 Leuven

Tel.: 016/32 54 84, Fax: 016/32 54 83 – E-Mail: Themis@law.kuleuven.ac.be

OVER SCHIJN, ZAKEN EN SCHIJNBARE ZAKEN. DE GELDIGHED VAN HET ZAKELIJKE HUWELIJK HERAFGEWOGEN TEGEN DE NIETIGHEID VAN HET SCHIJNHUWELIJK

I. DE VEINZING ALS BURGERRECHTELIJKE NIETIGHEIDSGROND

De burgerrechtelijke¹ strijd tegen schijnhuwelijken werd tot voor kort hoofdzakelijk op jurisprudentiële gronden gevoerd met behulp van de constructie van de virtuele absolute nietigheden. De wet van 4 mei 1999 stelt sinds 1 januari 2000 een specifieke nietigheidgrond voor schijnhuwelijken in. Elders² werd reeds betoogd dat de doelstellingen wellicht edeler waren dan het resultaat. Het nieuwe art. 146bis B.W. is vatbaar voor velerlei interpretatie. Vast staat dat de bepaling niet alle hypothesen insluit die het tot nog toe mogelijk maakten om een huwelijk als schijnhuwelijk te kwalificeren. Zonder in te gaan op de verschillende discussies die kunnen rijzen over het precieze toepassingsgebied van het artikel, staan we in deze bijdrage stil bij het belangrijkste uitgangspunt: art. 146bis B.W. verbiedt slechts huwelijken die een levensgemeenschap uitsluiten en zijn aangegaan met een louter verblijfsrechtelijk oogmerk.

Deze restrictieve omschrijving impliceert dat de huwelijken die door de bepaling worden gevisieerd hoofdzakelijk huwelijken met of tussen derdelanders betreffen. De meeste E.E.R.-onderdanen genieten immers vrij verkeer van personen. Er bestaat evenwel geen absoluut recht op vrij verkeer. Zij die niet economisch actief zijn en evenmin een bewijs van voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering kunnen voorleggen, ressorteren onder de regeling voor derdelanders. Dit betekent dat ook bepaalde onderdanen van de E.E.R., namelijk de E.E.R.-onderdaan die op het grondgebied van een lidstaat als werknemer of zelfstandige een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend,³ de E.E.R.-onderdaan die naar België komt om te studeren,⁴ en

elke andere E.E.R.-onderdaan, die niet de toepassing van een van de privilegeïerende regelingen geniet,⁵ om verblijfsrechtelijke redenen baat kunnen hebben bij een schijnhuwelijk, namelijk wanneer ze niet op zelfstandige basis het Belgisch grondgebied kunnen betreden omdat ze niet voldoen aan de strenge binnenkomstvereisten die het Vreemdelingenbesluit hen stelt in toepassing van de Europese richtlijnen.⁶

II. DE STRIJD TEGEN SCHIJNHUWELIJKEN IS HOOFDZAKELIJK TOEGESPIT OP VREEMDELINGEN MET (LOUTER) VERBLIJFSOOGMERK – ANDERE KUNSTGREPEN LIJKEN VERGETEN

Hoewel er ongetwijfeld naast de nieuwe wettelijke nietheidsgrond verder gebruik zal worden gemaakt van de bestaande jurisprudentiële constructie van de virtuele absolute nietigheid van een schijnhuwelijk, wijst de keuze van de wetgever er o.i. op dat de strijd tegen schijnhuwelijken zich steeds meer beperkt tot het voeren van een strikt migratiebeleid ten aanzien van derdelanders en bovengenoemde onfortuinlijke E.E.R.-burgers.

Oorspronkelijk – en op het eerste gezicht nu nog steeds – stond in de materie de intentie om een levensgemeenschap aan te gaan centraal. Al gauw werd erkend dat deze voornaamste doelstelling van het huwelijk kan samengaan met andere doelstellingen, mits de partners beogen samen te leven.⁷ Een zakelijk huwelijk waarbij de partners daadwerkelijk samenleven, is geldig. Ook wanneer verblijfsrechtelijke motieven de doorslag geven, is het huwelijk geldig, mits

¹ Naast de *burgerrechtelijke* strijd tegen huwelijken waaraan een wilsgebrek kleefte, onder meer d.m.v. een weigering om een schijnhuwelijk te voltrekken en door nietigverklaring van een voltrokken schijnhuwelijk, wordt op *publiekrechtelijk* vlak strijd geleverd tegen huwelijken die worden aangegaan met de loutere bedoeling om de Belgische nationaliteit te verwerven. Deze strijd werd in 1993 bevestigd met een verstrenging van de voorwaarden waaronder de partner van een Belg de Belgische nationaliteit kan verwerven. Daarnaast wordt in het verblijfsrecht controle op de samenwoning verricht (cf. *infra*).

² S. D'HONDT, «Artikel 146bis B.W.», in J. GERLO, A. HEYVAERT, J. PAUWELS en P. SENAËVE (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbladig, randnr. 4-7.

³ Art. 51, § 1 j° 69bis K.B. 8 oktober 1981: vereiste van ziektekostenverzekering, alsook van invaliditeitsuitkering, vervroegd pensioen of een ouderdomsuitkering, dan wel een uitkering van de arbeidsongevallen- of beroepsziektenverzekering waarvan het bedrag toereikend is om te voorkomen dat de betrokkene ten laste van de overheden komt.

⁴ Art. 55, § 1 j° 69bis K.B. 8 oktober 1981: vereiste van ziektekostenverzekering, alsook van toereikende bestaansmiddelen (ten belope van een bedrag dat hoger ligt dan de sociale bijstand die hij zou genieten).

⁵ De zogenaamde restcategorie: Art. 53, § 1 j° 69bis K.B. 8 oktober 1981: vereiste van ziektekostenverzekering, alsook van toereikende bestaansmiddelen (ten belope van een bedrag dat hoger ligt dan de sociale bijstand die hij zou genieten).

⁶ Zie de vermeldingen in de drie voorgaande noten.

⁷ Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Brussel 20 mei 1981, *Rev. Not. b.* 1982, 208; Gent 14 februari 1986, *T. Vreemd.* 1986, 27, noot X.; Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998/3, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1994, 213; Rb. Brussel 1 maart 1994, A.R. 94/267/C, *onuitg.*; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 75; Rb. Antwerpen 26 juni 1991, *R.W.* 1991-92, 236; Rb. Luik 17 november 1987 en 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 350-351; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370; Rb. Gent 18 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 165; Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265; Rb. Luik 13 januari 1978, *J.L.* 1978-79, 55;

die ene dwingende centrale voorwaarde van samenleving wordt vervuld, of minstens samenleving wordt beoogd.⁸ De samenleving hoeft niet meteen in te treden en hoeft niet uit genegenheid voort te vloeien.⁹

Volgens enkele gezaghebbende auteurs moet bovendien niet in alle omstandigheden samenleving worden beoogd. Deze auteurs gaan ervan uit dat er geen sprake kan zijn van een schijnhuwelijk mits de partners wel bepaalde andere gevolgen van het huwelijk nastreven, zoals het verlenen van een huwelijks statuut aan het gemeenschappelijke kind.¹⁰ De formulering van art. 146bis B.W. zet deze trend – al dan niet gewild – door. De wetgever blijkt er met name van uit te gaan dat een schijnhuwelijk steeds wordt aangegaan met een verblijfsoogmerk.¹¹ Is er geen doelstelling van legalisering van het verblijf voorhanden, dan wordt het huwelijk in de lezing van art. 146bis B.W. niet afgewend van zijn doelstellingen. Hierdoor bestaat de kans dat vroegere rechtspraak die ook bij een dergelijk wettigingsoogmerk t.a.v. de kinderen tot vernietiging wegens schijnhuwelijk besloot, niet langer wordt opgevolgd.¹² De discussie is niet zonder belang. Een kwalificatie van het loutere wettigingsoogmerk als aanwijzing van schijnhuwelijk brengt niet enkel een extra grond mee om tot een kwalificatie als schijnhuwelijk over te gaan, maar bovendien een verruiming van de geviseerde groep vreemdelingen.

Ondanks de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Marckx hebben immers nog steeds niet alle lidstaten van de Raad van Europa de

ongelijke behandeling van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen uit hun wetgeving gebannen. Het lijkt erop dat een wetswijziging vaak¹³ pas na verscheidene veroordelingen wordt overwogen.¹⁴ Ondanks de veroordeling in 1986¹⁵ blijkt bovendien de Ierse wetgever tot op de dag van vandaag niet te voorzien in een mogelijkheid tot vaderlijke erkenning, zodat naar de letter van de wet slechts huwelijkse afstamming of wettiging mogelijk is.¹⁶ In de praktijk vinden niettemin vaststellingen van buitenhuwelijkse afstamming plaats door vermelding in de geboorteakte of door aangifte door de moeder van het vaderschap van haar partner, onder voorlegging van een attest dat zijn vaderschap bevestigt.¹⁷ Zolang deze praktijk geen wettelijke grondslag heeft, blijft het evenwel denkbaar dat buitenhuwelijkse kinderen worden «gewettigd» door een huwelijk, dat louter om die reden wordt aangegaan.

Op 1 februari 2000 nog werd Frankrijk veroordeeld in de zaak Mazurek t/ Frankrijk wegens erfrechtelijke discriminatie van overspelige kinderen.¹⁸ Rechter Loucaides en rechter Tulkens wezen in hun *partly dissenting opinion* op het discriminatoire karakter van verscheidene andere bepalingen van de Franse *Code Civil*.

Deze voorbeelden geven aan dat de wetgeving van verscheidene E.E.R.-lidstaten niet uitsluit dat een huwelijk wordt afgewend van zijn doelstelling, meer bepaald om de gelijke behandeling van buitenhuwelijks geboren kinderen te waarborgen door ze een huwelijks statuut te verlenen.

Ook verscheidene derde landen blijven buitenhuwelijkse kinderen discrimineren. Naar Marokkaans recht bijvoorbeeld laat art. 83, tweede lid, Mudawwana¹⁹ slechts t.a.v. de moeder de vaststelling van een buitenhuwelijkse afstam-

Rb. Brussel 7 april 1946, *J.T.* 1946, 401, noot H. BOCQUET, *R.C.J.B.* 1947, 31, noot J. DABIN, *Rev. prat. not. b.* 1946, 401, noot M. MAYNE.

⁸ Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998/ 3, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 75; Rb. Luik 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 351. Ook de Omzendbrief van 17 december 1999 inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 31 december 1999, stelt: «Het recht om te huwen, zoals verwoord in art. 12 E.V.R.M. en art. 23 I.V.B.P.R., is niet verbonden aan de verblijfstoestand van de betrokken partijen. Hieruit volgt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de opmaak van de akte van aangifte en de voltrekking van het huwelijk niet kan weigeren op grond van het loutere feit dat een vreemdeling illegaal in het Rijk verblijft».

⁹ Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Hasselt 18 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, 64; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Brussel 11 december 1990, *J.T.* 1991, 412; Rb. Luik 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 351; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370.

¹⁰ P. GRAULICH, *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, Parijs, Sirey, 1952, 164, noot 56; H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 659bis en 1990, nr. 578.

¹¹ Bovendien kan de taalkundig zwakke formulering van art. 146bis B.W. de indruk wekken dat een combinatie van verscheidene frauduleuze doelstellingen, zoals het louter beogen van verblijf en de Belgische nationaliteit, of van verblijf en sociale steun, een kwalificatie als schijnhuwelijk uitsluit. Het artikel bepaalt immers dat het huwelijk *enkel* om verblijfsrechtelijke redenen wordt aangegaan (zie hierover: S. D'HONDT, *l.c.*, randnr. 5).

¹² Brussel 25 november 1959, *J.T.* 1959, 703; Corr. Brussel 15 januari 1955, *Rev. dr. pén.* 1954-55, 823; Advies openbaar ministerie bij Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56.

¹³ Heel uitzonderlijk nam een nationale rechter het heft in handen. De Nederlandse Hoge Raad bv. beoordeelde in 1986, zonder dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hierop had moeten aandringen, de Nederlandse wetgeving als discriminatoir omdat die aan ongehuwde ouders geen gezamenlijk ouderlijk gezag toekende (Hoge Raad 21 maart 1986, *N.J.* 1986, 2185).

¹⁴ Zie bv. in België pas na verloop van acht jaar, bij wet van 30 maart 1987. Dan nog volgde een tweede veroordeling door het E.H.R.M. wegens de discriminatoire overgangsbepalingen (Hof Mensenrechten, arrest Vermeire, 29 november 1991, §§ 25-26 en Arbitragehof 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991, *J.L.M.B.* 1991, 1102, noot D. PIRE, *T. Not.* 1991, 481, noot K. RIMANQUE). Ook later nog besloten het Arbitragehof en het Hof van Cassatie tot discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen in aanverwante materies: Arbitragehof 21 december 1990, *B.S.* 17 januari 1991; Cass. 21 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 180, noot D. PIRE, *R.W.* 1993-94, 984, noot; Cass. 6 maart 1986, *R.C.J.B.* 1987, 8, noot F. RIGAUX, *Rec. gén. enr. not.* 1986, 411, noot, *T. Not.* 1986, 142, noot F. BOUCKAERT, *Rev. not. b.* 1986, 438, noot D.S., *R.W.* 1986-87, 236, noot P. SENAËVE. Ook de Oostenrijkse wetgever trok geen conclusies uit het arrest-Marckx en wachtte een eigen veroordeling in 1987 (Hof Mensenrechten, arrest Inze van 28 oktober 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 126) af.

¹⁵ Hof Mensenrechten, arrest Johnston, 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112.

¹⁶ Ook het Australische recht blijkt de vaderlijke erkenning niet te kennen en de wettiging door huwelijk als enige mogelijkheid te bevatten (J. VAN DE VELDE, *Oranjeboek, Burgerlijke Stand 6, Internationale burgerlijke stand, praktische informatie betreffende het persoonlijk statuut van vreemdelingen*, Brugge, Vanden Broele, 1999).

¹⁷ J. VAN DE VELDE, *o.c.*

¹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int>.

mingsband toe.²⁰ Gaan de partners evenwel na de geboorte een huwelijk aan, dan kan de Marokkaanse rechter de echtgenoten naar Marokkaans recht als gehuwd beschouwen vanaf de datum die ze daartoe zelf bepalen.²¹ Ook de Algerijnse²² en Soedanese²³ burgerlijke wetgeving kennen de natuurlijke afstamming niet, maar bevatten een soortgelijke «regulariseringstechniek», die schijnhuwelijken met een wettigingsoogmerk in de hand werkt. Een dergelijke regularisering zal door de Belgische rechter evenwel worden geweigerd. Verblijven de partners in België, dan lopen ze, tenzij ze huwen, het risico de vaderlijke afstamming van hun kind niet bevestigd te zien. De Belgische rechtspraak oordeelt weliswaar unaniem dat het verbod van een buitenhuwelijkse vaderlijke afstamming strijdig is met de internationaal privaatrechtelijke orde, aangezien huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen ingevolge het E.V.R.M.²⁴ een gelijke behandeling verdienen.²⁵ Dit neemt niet weg dat sommige vreemdelingen nog steeds een strikte toepassing van hun nationale recht vrezen,²⁶ en dat ze bovendien niet het risico willen lopen op een hinkende rechtspositie, ten

gevolge van de niet-erkenning in het land van oorsprong van een naar Belgisch recht vastgestelde afstamming.

Hoewel de kans op een schijnhuwelijk in geval van vastgestelde moederlijke én vaderlijke afstamming gering is, is het denkbaar dat de vader slechts in een erfgenaam is geïnteresseerd en niet tevens met de moeder van het kind een levensgemeenschap wil vormen. Ongeacht de achterliggende drijfveer geldt dat partners die niet een levensgemeenschap beogen te vormen, het huwelijk afwenden van zijn doelstelling. Art. 146bis B.W. heeft hier, zoals gezegd, geen rekening mee gehouden. Dit stilzitten kan niet zijn geïnspireerd door de doelstelling om moslimkinderen alsnog een vaderlijke afstammingsband te gunnen wanneer de ouders dat zelf wensen. Een nietigverklaring van het huwelijk staat er immers niet aan in de weg dat het kind zijn wettige afstamming behoudt, door de automatische toekenning van het voordeel van het putatief huwelijk (art. 202 B.W.).

III. DE CONTROLE OP DE SAMENWONING ALS SELECTIEMIDDEL IN HET VERBLIJFSRECHT

Veelvuldig is de rechtspraak waarbij een huwelijk op grond van een gebrek aan samenwoning als schijnhuwelijk wordt vernietigd. De samenwoning is het voornaamste controlemiddel geworden om te beslissen over de geldigheid van de toestemming van de echtgenoten. Beide partners moeten de controle van de samenwoning als een noodzakelijk leed ondergaan, wil de ene partner zijn verblijfstitel, die hij had verkregen op grond van vervoeging van de andere, behouden. De inmenging in het privé- en gezinsleven van de betrokkenen, die hier onvermijdelijk mee gepaard gaat, wordt slechts in uitzonderlijke gevallen strijdig bevonden met art. 8 E.V.R.M.²⁷ De soevereiniteit van de lidstaten inzake verblijf wordt ruim ingevuld.

A. Verschillende maten...

De controle in het raam van het verblijfsrecht kan tot vijftien maanden aanhouden wanneer de rechtgevende partner een dertelander is met wettig verblijf in België²⁸ en tot zes maanden²⁹ wanneer de rechtgevende partner Belg of E.E.R.-onderdaan is.³⁰ Dat het verschil in controletermijn allesbehalve louter theoretisch of uitzonderlijk is, blijkt uit

heeft of gewoonlijk in Frankrijk verblijft; Cass. fr. 25 januari 1997, *R.C.D.I.P.* 1998, 602, noot G.A.L. DROZ, lijkt daarentegen terug te grijpen naar een onvoorwaardelijke toepassing van het verbod.

²⁷ Arbitragehof nr. 4/96 van 9 januari 1996, *B.S.* 27 februari 1996.

²⁸ Art. 12bis Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 31 december 1980 (hierna verkort geciteerd als *Vreemdelingenwet*).

²⁹ In de praktijk slechts vijf maanden, aangezien het attest van immatriculatie (model B) dat het familielid krijgt bij zijn aankomst, slechts vijf maanden geldig is (art. 45, § 1, art. 51, § 2, art. 53, § 2 en art. 61, § 1 K.B. van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 27 oktober 1981; hierna verkort geciteerd als *Vreemdelingenbesluit*). Binnen die termijn moet aldus worden beslist of het familielid al dan niet recht op voortgezet verblijf heeft.

³⁰ Art. 42, laatste lid j° art. 40, §6, *Vreemdelingenwet* en art. 69bis *Vreemdelingenbesluit*.

¹⁹ Het Marokkaanse personen- en familiewetboek. Voor een tekstuele vertaling: zie I. CARLENS, M.H. CHRISTIAENS en M. GOETHALS, met juridische annotaties van D. BEKE en I. CARLENS, in M.C. FOLETS (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998, 399 e.v.

²⁰ Wel is de wettelijke conceptieperiode ruim opgevat: van de zesde tot de twaalfde maand voor de geboorte van het kind: art. 83 Mud; Rb. Gent 19 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 70.

²¹ Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS, *J.T.* 1991, 283, noot X; V. VAN DEN ECKHOUT, «Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming», *T. Vreemd.* 1995, 339-388, *T. Vred.* 1997, 16-49.

²² Rb. Antwerpen 2 november 1983, *J. dr. jeun.* 1986, afl. 95, 114, noot J. ERAUW (eveneens strijdigheid aangenomen met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en met art. 8 E.V.R.M.).

²³ Rb. Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 723, noot N. WATTÉ.

²⁴ Gezien de territoriale werkingssfeer van het verdrag – eenieder die in België verblijft, ziet het E.V.R.M. op zich toegepast – genieten ook onderdanen van een niet-verdragsstaat de toepassing ervan in België.

²⁵ O.m. Rb. Brussel 16 december 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 444; Rb. Antwerpen 6 mei 1992, *T. Vreemd.* 1992, 275; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *Rev. dr. étr.* 1983, 134 en *J. dr. jeun.* 1986, afl. 95, 114, noot J. ERAUW (de Algerijnse wet is strijdig met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en met art. 8 E.V.R.M.); Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 723, noot N. WATTE (m.b.t. de Soedanese wet).

²⁶ Terecht in sommige van onze buurlanden: zie Cass. fr. 3 november 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 74, noot Y. LEQUETTE en 495, noot J. FOYER. Het Hof stelde dat slechts van het verbod naar het buitenlandse recht wordt afgeweken, als dat is vereist in het belang van het kind, m.n. wanneer zijn onderhoud in het gedrang komt. *In casu* werd het verbod van buitenhuwelijkse afstamming, zoals verwoord in de Algerijnse wet van de moeder, toegepast, ook al hadden de vader en het kind de Franse nationaliteit en waren ze in Frankrijk gedomicilieerd. Cass. fr. 10 februari 1993, *onuitg., aangehaald* in S. ALDEEB en A. BONOMI (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 250, leek een opening te laten voor de vaststelling van de buitenhuwelijkse afstamming van een kind dat de Franse nationaliteit

de omzendbrief die de regeling «interpreteert» en de controle t.a.v. twee derdelanders principieel slechts laat ingaan vanaf de achtste maand gezamenlijk verblijf.³¹

Ook burgerrechtelijk speelt de samenwoning een doorslaggevende rol, zij het niet preventief – van partners kan niet worden verwacht dat ze reeds vóór het huwelijk samenleven – maar vanuit repressief oogpunt. Enerzijds gaat intentioneel afstand doen van de samenwoningplicht in tegen de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde en vormt het als zodanig een nietigheidsgrond.³² Anderzijds werd tot nog toe geen enkele vordering tot nietigverklaring wegens een schijnhuwelijk ingewilligd wanneer ontegensprekelijk vaststond dat de partners daadwerkelijk samenleefden.

Voor we op de precieze draagwijdte van de controle ingaan, past het even stil te staan bij de vaststelling dat sommige burgerlijke rechters een zekere soepelheid aan de dag leggen bij hun beoordeling van de samenwoning, namelijk wanneer er sprake is van een uitgestelde, maar niettemin voorgenomen samenwoning. De soepelheid is gebaseerd op de vaststelling dat in sommige omstandigheden een uitstel van samenwoning, alsook een uitstel van voltrekking van het huwelijk op seksueel vlak, kunnen worden verantwoord door culturele of religieuze argumenten, zoals het feit dat nog geen religieuze viering heeft plaatsgevonden.³³ Een drievoudige afwezigheid van religieuze viering, samenleving en geslachtelijke voltrekking van het huwelijk³⁴ staat dus niet automatisch garant voor het geveinsde karakter van het huwelijk: de intentie van de partijen op het ogenblik van de huwelijksluiting telt.³⁵ Ook de verklaring nog niet over een deftige woning te beschikken, werd reeds aangenomen om tot onvoldoende tekenen van veinzing te besluiten.³⁶

Deze houding contrasteert sterk met de controle op de samenwoning die de Dienst Vreemdelingenzaken verricht in

het licht van het verblijfsrecht. Voor zover ons bekend is, worden daarbij slechts argumenten van fysieke onmogelijkheid tot samenleven (zoals wegens opsluiting, hospitalisering)³⁷ in aanmerking genomen.

Tenzij dwang, dwaling of geweld de geldigheid van het huwelijk in het gedrang brengen, is aan het wilsvereiste voldaan wanneer de partners samenleven.³⁸ Ook al vormt de belangrijkste drijfveer voor het huwelijk een financiële, fiscaalrechtelijke, verblijfsrechtelijke, sociaalrechtelijke of andere doelstelling, zoals het louter ontsnappen aan de eenzaamheid, en ook al wordt niet in de eerste plaats voor de persoon van de partner gekozen, de toestemming tot het huwelijk is geldig gegeven.

Vanuit dat oogpunt zouden we kunnen besluiten dat deze aanpak getuigt van een volkomen gelijke behandeling. Op alle huwelijken wordt het beginsel van de samenwoning, een perfect objectief te verifiëren gegeven, toegepast. Het voorbehoud dat we evenwel zullen maken, blijkt reeds deels uit het voorgaande: niet alle burgers worden gelijk behandeld. De controle op de samenwoning gebeurt met verschillende maten én met verschillende gewichten.

B. Verschillende gewichten...

In het raam van de beoordeling van het verblijfsrecht van de derdelander die zijn rechtgevend niet-Europese partner vervoegt, wordt de daadwerkelijke samenwoning in hetzelfde huis en *dezelfde kamers* onderzocht.³⁹ Slechts wanneer samenleving feitelijk onmogelijk is, onafhankelijk van de wil van de betrokkenen (*cf. supra*), kan een negatief oordeel, met bevel om het grondgebied te verlaten, worden vermeden.

Partners van Belgen of E.E.R.-onderdanen moeten daarentegen slechts aantonen dat zowel zijzelf als hun partner *in België verblijven*,⁴⁰ ongeacht of de partners samenleven.⁴¹ Het begrip «gezamenlijke vestiging» houdt niet de verplichting in om samen te wonen of permanent een gemeenschappelijk leven te leiden.⁴² De controle is evenwel

³¹ Omzendbrief van 28 februari 1995 betreffende de procedure bepaald bij art. 12bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en betreffende het recht op verblijf van de vreemdelingen bedoeld in artikel 10 van dezelfde wet, *B.S.* 31 maart 1995, punt IV.B.3.

³² Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Brussel 30 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 564; Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Brussel 5 februari 1991, *Rev. dr. étr.* 1991, 50; Rb. Luik 24 juni 1977, *J.L.* 1977-78, 227; *contra*: Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, *onuitg.*: «dat bovendien het gebrek aan samenwoning tussen de «echtelieden» slechts één der indicaties vormt op grond waarvan tot een schijnhuwelijk moet worden besloten, zodat al evenmin kan worden aangenomen dat art. 14 E.V.R.M. geschonden is».

³³ Cass. 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 363; Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.* (de rechter riep ambtshalve de culturele kadering van het gegeven in); Brussel 19 januari 1998, *onuitg.*, A.R. 1995/3843; Antwerpen 14 mei 1996, *T. Vreemd.* 1996, 187; Luik 17 maart 1992, *J.L.M.B.* 1992, 955. Blijkt evenwel dat er geen bereidheid is tot een dergelijke viering, dan wordt het argument geweigerd: Cass. 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 363.

³⁴ Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75; Rb. Brussel 1 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 50; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY.

³⁵ Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999, 540; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439, *onuitg.*; Brussel 21 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 565.

³⁶ Rb. Charleroi 9 februari 1977, *Pas.* 1978, III, 9.

³⁷ E. DE CALLATAY, «Les mineurs étrangers et l'Office des étrangers», *Rev. dr. étr.* 1994, speciaal nummer, 25.

³⁸ Tenzij later een onoverkomelijke dwaling omtrent de burgerlijke staat van de partner zou blijken.

³⁹ Art. 10, 4°, Vreemdelingenwet. Omzendbrief 8 juli 1999 betreffende het verslag van samenwoning of van gezamenlijke vestiging dat opgesteld wordt in het raam van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de omzendbrief van 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwoning in het kader van een duurzame relatie, *B.S.* 6 oktober 1999 (met model van verslag van samenwoning).

⁴⁰ Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. dr. étr.* 1995, 633, noot; M. NYS, «Le droit au regroupement familial: nouvelles dispositions légales», *Rev. dr. étr.* 1994, 12.

⁴¹ In toepassing van de Europese reglementering: art. 10 verordening 1612/68, *P.B. L.* 257, 19 oktober 1968. Zie bv. m.b.t. het familielid van een Belg: R.v.St. nr. 28.411, 10 juli 1987, *R.A.C.E.* 1987; R.v.St. nr. 31.056, 13 oktober 1988, *R.A.C.E.* 1988; R.v.St. nr. 34.847, 8 mei 1990, *R.A.C.E.* 1990.

⁴² Aan de voorwaarde is voldaan zolang het huwelijk blijft bestaan, i.e. zolang het niet door echtscheiding is ontbonden, ook al leven de echtgenoten gescheiden en hebben ze het voornemen om uit de echt te scheiden: H.v.J. 13 februari 1985, Diatta, nr. 267/83, *Jur.*

niet volledig uitgehouden: de oorspronkelijke oprechtheid van het huwelijk moet geloofwaardig blijven. Er dient sprake te zijn van «een zekere duurzaamheid in het onderhouden van minimale echtelijke relaties»,⁴³ ook al hebben de betrokkenen afzonderlijke verblijfplaatsen. Zo is bijvoorbeeld aan het vereiste van gezamenlijke vestiging voldaan indien de echtgenoten gedurende de week gescheiden leven om professionele of andere redenen, maar tijdens het weekend elkaar vervoegen. Er is daarentegen geen sprake van gezamenlijke vestiging indien een persoon zich slechts eenmaal per week aanbiedt bij de verblijfplaats van zijn echtgeno(o)t(e) om er zijn briefwisseling te komen afhalen.

Een dergelijke beperkte controle is volgens het Hof van Justitie verenigbaar met het EU-recht dat de lidstaten het recht niet ontzegt om maatregelen te nemen tegen mogelijk misbruik van rechten die voortvloeien uit het EU-recht. Controle van samenwoning verbieden, bemoeilijkt de strijd tegen schijnhuwelijken, wat de bedoeling van het Europese recht niet kan zijn.⁴⁴

De beperktere controleduur en de vagere invulling van het begrip «samenwoning» wijzen uit dat met verschillende gewichten wordt gewerkt. Gezien de oppervlakkige controle, is het goed denkbaar dat een domiciliëring op hetzelfde adres de feitelijke situatie kan verhullen. Het beginsel dat elke lidstaat vrij is om zijn eigen beleid inzake verblijfsrecht te voeren, lijkt evenwel een dergelijk verschil in behandeling tussen E.E.R.-onderdanen en derdelanders toe te staan. De strijd tegen schijnhuwelijken kan met alle middelen worden gevoerd, mits geen flagrante schending wordt begaan van art. 8 of art. 12 E.V.R.M. De aard zelf van een schijnhuwelijk belet dat de onderlinge verhouding tussen de schijnpartners als gezinsleven in de zin van art. 8 of als een huwelijk in de zin van art. 12 wordt beschermd.⁴⁵ Slechts wanneer een kwalificatie als schijnhuwelijk wordt gebaseerd op *criteria* die kennelijk ontoereikend zijn en de schijn onvoldoende is aangetoond, is een beroep op het E.V.R.M. mogelijk.

C. ... niet alleen tussen de rechtgevende derdelanders en de rechtgevende E.E.R.-vreemdelingen, maar ook tussen deze laatsten onderling

Zoals reeds is gebleken, vindt het verschil in behandeling inzake controle niet zijn oorsprong in de nationaliteit van de huwelijkspartner die België wil binnenkomen. Wel geeft de nationaliteit van de rechtgevende partner die reeds wettig in België verblijft, de doorslag. Een derdelander die huwt met een Belg of een andere E.E.R.-onderdaan, is aan een minder strenge controle op de samenwoning onderworpen dan een derdelander die een andere derdelander huwt.

Bovenstaand onderscheid is evenwel te weinig genuanceerd. We gaven reeds aan dat ook «economisch minder interessante E.E.R.-onderdanen» niet eenvoudig een zelfstandig recht op verblijf verwerven. Wegens de strenge (financiële) voorwaarden kunnen ze voordeel hebben bij een huwelijk met een Belg of een hier rechtsgeldig verblijvende vreemdeling.

Voldoet een economisch niet-actieve E.E.R.-onderdaan aan de voorwaarden tot verblijf in België en huwt hij vervolgens met een derdelander of een even weinig bevoorrechte E.E.R.-vreemdeling, dan moet hij ook voor zijn partner dezelfde verblijfsvoorwaarden vervullen. Zoniet, dan zal gezinshereniging niet worden toegestaan en zal de betrokkene zijn gezinsleven buiten België moeten uitoefenen.⁴⁶

Hierdoor ontstaat een vreemde situatie naar EU-recht. Enerzijds genieten alle E.E.R.-onderdanen zonder uitzondering ingevolge het Europese recht principieel gemakkelijker gezinshereniging dan derdelanders, aangezien een beperktere controle op de samenwoning plaatsvindt. Anderzijds bemoeilijkt het EU-recht de gezinshereniging met een «economisch niet interessante» E.E.R.-vreemdeling die wettig verblijf houdt in België, namelijk door strenge binnenkomstvoorwaarden op te leggen, terwijl de echtgenoot van een derdelander met wettig verblijf in België onvoorwaardelijk recht op verblijf heeft.

Aangezien de bijzondere verblijfsregeling voor E.E.R.-onderdanen evenwel aanvullend is, kunnen de betrokkenen steeds de voorkeur geven aan de regeling voor derdelanders, wanneer die voordeliger zou blijken te zijn.⁴⁷ Art. 40 Vreemdelingenwet bepaalt immers: «Onverminderd de bepalingen vervat in de verordeningen van de Raad en van de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de meer voordelige bepalingen waarop de EG-vreemdeling zou kunnen aanspraak maken, zijn de hierna volgende bepalingen op hem toepasselijk (...)». Hieruit volgt dat het theoretische verschil in behandeling tussen E.E.R.-onderdanen in de praktijk niet tot een derde controlegroep aanleiding geeft. Een E.E.R.-onderdaan die tot een van de

H.v.J. 1985, 567, R.W. 1984-85, 2781; R.v.St. nr. 31.572, 9 december 1988, T. Vreemd. 1989, 54; R.v.St. nr. 50.949, 21 december 1994, Rev. dr. étr. 1995, 45.

⁴³ Parl. St. Senaat 1992-93, nr. 555/1, p. 8; constante rechtspraak van de Raad van State; M.-C. FOLETS, «De nieuwe vluchtelingenwet en het vreemdelingenbeleid in het algemeen: schrijft de wetgever met dubbel krijt?», in M.-C. FOLETS en S. PARMENTIER (ed.), *De nieuwe Vluchtelingenwet. Commentaar op de Wet van 6 mei 1993*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 194-197; D. VANHEULE, «Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht», o.c., 376.

⁴⁴ H.v.J. 7 juli 1992, Singh, Jur. 1992, I-4265; P. VAN NUFFEL, «Recht op gezinshereniging voor burgers van de Europese Unie en voor Belgen», T. Vreemd. 1995, 22.

⁴⁵ E.C.R.M. nr. D 18643/91, 6 januari 1992 (BENES t/ Oostenrijk), D.R. nr. 72, 271; Cass. 19 maart 1992, Arr. Cass. 1991-92, 705, R. Cass. 1992, 131, noot P. SENAËVE; Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, onuitg.; Antwerpen 10 juni 1998, 1997/A.R./1820, onuitg.; Brussel 7 juni 1994, T.B.B.R. 1995, 377, noot J. ROODHOOF; Antwerpen 17 oktober 1990, T.B.B.R. 1992, 355, noot J. ROODHOOF.

⁴⁶ Art. 52, § 1, laatste lid (de vreemdeling die een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend), art. 54, § 1, laatste lid (de restcategorie naar Europees recht), art. 55bis § 1^o 55, § 1 (familie van een E.E.R.-student) en art. 68 j^o art. 63, § 1, laatste lid (de restcategorie, ingesteld door de Vreemdelingenwet) Vreemdelingenbesluit.

⁴⁷ M. VAN DE PUTTE, «Europese Unie-burgers en gelijkgestelden», in B. HUBEAU en M.C. FOLETS (red.), *Migratie- en migrantenrecht*, III, Brugge, Die Keure, 1999, 77; M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Maarten Kluwers Internationale Uitgeverijsonderneming, 1982, p. 81, nr. 116.

minder geprivilegieerde categorieën behoort en die niet aan het bestaansmiddelenvereiste voor zijn partner kan voldoen, wordt – zo veronderstellen we – in de praktijk inzake gezinshereniging «gedegradeerd» tot derdelander. Deze vaststelling schijnt ons toe als een zoveelste aanwijzing dat de overheid – zowel de nationale als de Europese – inzake verblijf uiteindelijk met een en dezelfde maat werkt, namelijk die van het geld. De interne regelgever is niet bereid geweest de grenzen te openen voor alle Unieburgers. Slechts in zoverre het vrije verkeer een garantie inhoudt van onafhankelijkheid van sociale steun en de rechtgevendende op gezinshereniging in mindere of meerdere mate een garantie biedt voor het onderhoud van de nakomers, via zijn fortuin of zijn inkomen, worden de controles versoepeld.

IV. EEN ILLUSTRATIE VAN TWEE BIJKOMENDE ZWAKKE PUNTEN IN DE STRIJD TEGEN SCHIJNHUWELIJKEN

A. Over schijnbare zaken

Een zakelijk huwelijk waarbij de partners daadwerkelijk samenleven, is geldig. Daarover is eenieder het eens. Het is evenwel niet steeds even eenvoudig om zaken en schijn van elkaar te onderscheiden, wanneer het huwelijk wordt beëindigd kort nadat de buitenlandse partner een zelfstandige verblijfstitel heeft verworven.

Ook al zijn er geen rechterlijke uitspraken uit het nabije verleden die aanleiding geven tot een onmiddellijke analyse – mogelijk omdat het openbaar ministerie geen waakzaamheid aan de dag legt zodra een zelfstandig verblijfsrecht is verworven, mogelijk omdat het moeilijk is onderscheid te maken tussen een mislukt en een geveinsd huwelijk –, toch menen we dat een uitspraak van de burgerlijke rechtbank te Luik, daterend van 1988,⁴⁸ nog steeds model kan staan voor de problematiek.

In casu was een Belgische man uit loutere eenzaamheid gehuwd met een Mauritiaanse vrouw. Haar intenties bestonden erin de armoede te ontvluchten. Na acht maanden huwelijk reeds stelden beide partners een vordering tot echtscheiding in. De echtscheiding werd toegestaan. De rechter had het huwelijk als een zakelijk huwelijk gekwalificeerd, en zoals reeds meermaals is bevestigd, een zakelijk huwelijk is geldig.⁴⁹

Gaan twee partijen een huwelijk aan, de ene omdat hij onder grote eenzaamheid gebukt gaat sinds het overlijden van zijn moeder, de andere om de armoede te ontvluchten, en hebben beiden werkelijk de bedoeling om elkaar te leren

kennen en een gezin te vormen, dan kan de geldigheid op het vlak van de intentie van de partijen moeilijk worden betwist. De omstandigheid dat de partners elkaar nauwelijks kenden vóór ze het huwelijk aangingen – ze hadden elkaar slechts zes dagen tevoren voor het eerst ontmoet, maar zouden vóór die eerste ontmoeting reeds hebben gecorrespondeerd (gedurende een niet bewezen, noch nader bepaalde termijn en frequentie) –, hoeft dit niet in de weg staan. Nochtans is het denkbaar dat twee *derdelanders* die met deze achtergrond in België willen huwen, daarentegen stuiten op een weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Een van de partijen heeft immers geen verblijfstitel, heeft duidelijk voordeel bij een toelating om in België te verblijven en blijkt bovendien zijn partner nauwelijks te kennen. Dat laatste element is – alsook als het eerste – geen voldoende aanwijzing voor een schijnhuwelijk, maar figureert in de opsomming van omstandigheden die, gecombineerd, aanleiding kunnen geven tot een vermoeden van schijnhuwelijk.⁵⁰ Het werd reeds meermaals mee in overweging genomen.⁵¹ Erkennen de partners, zoals *in casu* tijdens de echtscheidingsprocedure, dat de intentie van een van hen erin bestaat de armoede te ontvluchten, dan zal een koppel derdelanders in soortgelijke omstandigheden hoogstwaarschijnlijk niet eens de kans krijgen om door effectieve samenwoning zijn oprechtheid aan te tonen. Vermoedelijk zal de ambtenaar weigeren om het huwelijk te voltrekken.

Hoewel de rechter in zijn tussenvonnissen⁵² de elementen van het dossier onvoldoende had bevonden om aan te tonen dat het huwelijk geveinsd was, en hij ook in zijn eindvonnis om die reden tot een geldig (verstands-)huwelijk had besloten, leverde de hoorzitting verscheidene aanwijzingen op die minstens een vermoeden van het tegendeel wekten. De rechter heeft uit het moederschap van de vrouw over twee kinderen afgeleid dat deze een reëel huwelijk had beoogd om op duurzame basis aan de armoede te ontsnappen. Zodra ze haar verblijfstitel (bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister) op grond van het huwelijk definitief had verworven, heeft ze haar echtgenoot evenwel verlaten en is ze bij een andere man ingetrokken. Beide partijen verklaarden dat het huwelijk reeds na anderhalve maand was beginnen ontsporen. Niet onbelangrijk is bovendien dat de man het verzoek tot echtscheiding had laten voorafgaan door een verzoek tot nietigverklaring van het huwelijk. Om welke reden hij op die stap was teruggekomen, blijkt niet uit het vonnis.

Bovengenoemde feiten zijn niet eenduidig en het is gewaagd om op grond ervan tot een schijnhuwelijk te besluiten. Er is immers samenwoning geweest en het huwelijk is geslachtelijk voltrokken. Dit neemt niet weg dat zowel de

⁴⁸ Rb. Luik 19 mei 1988, *Rev. dr. étr.* 1988, afl. 50, 154, *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 539.

⁴⁹ Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Brussel 20 mei 1981, *Rev. not. b.* 1982, 208; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1994, 213; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75; Rb. Luik 17 november 1987 en 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 350; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370; Rb. Gent 18 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 165; Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265; J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 40.

⁵⁰ Omzendbrief van 17 december 1999 inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 31 december 1999.

⁵¹ Cass. 23 februari 1995, *E.J.* 1995, 71, noot J. ROODHOOF, *R. Cass.* 1995, 230, noot W. WAUTERS en K. WAUTERS-LAMBEIN, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 37, *R.C.D.I.P.* 1996, 307, noot M. FALLON; Luik 26 april 1993, *J.T.* 1994, 536; Antwerpen 9 januari 1996, *T. Vreemd.* 1996, 71; Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 268.

⁵² Van 17 november 1987, weergegeven in *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 539. Met dit tussenvonnissen heeft de rechter het eindvonnis uitgesteld tot na de persoonlijke verschijning en ondervraging van beide partners.

Belgische⁵³ als de Franse⁵⁴ rechtspraak aannemen dat het instellen van een echtscheidingsvordering kort na het aangaan van het huwelijk, op zichzelf reeds een vermoeden van schijnhuwelijk kan wekken. Ook de omstandigheid dat een van de partners kort na de huwelijksluiting de echtelijke woning heeft verlaten,⁵⁵ wordt aangenomen als criterium dat, in combinatie met andere gegevens, getuigenissen of vermoedens, aanleiding kan geven tot nietigverklaring van het huwelijk wegens schijnhuwelijk. Aangezien zes maanden samenwoning zijn vereist om een zelfstandig recht op verblijf te verwerven, menen we een verbreking van de relatie tot kort na het verloop van deze periode nog als relatief kort te kunnen bestempelen.

De Luikse rechtbank heeft in 1988 haar vermoeden van goede trouw gebaseerd op het feit dat de man zich de moeite had getroost om de vrouw te gaan ophalen in haar land van verblijf. De ontmoeting d.m.v. een contactadvertentie wordt bovendien geenszins als verdacht bestempeld. Huwelijksbemiddeling door een derde lijkt integendeel de schijn te wekken dat er geen simulatie in het spel kan zijn. Achteraf kan echter evengoed blijken dat de contactadvertentie en het opzoeken van de vrouw in haar land van oorsprong een kunstgreep waren om het huwelijk in een wazige schijn van oprechtheid te hullen. Bovendien wordt goede trouw in de persoon van beide partijen vereist.⁵⁶ De rechter nam genoegen met het gegeven dat het de man was die de vrouw had opgezocht en niet omgekeerd, om tot de goede bedoelingen van de vrouw te besluiten...

De zaak ligt onmiskenbaar gevoelig. Enerzijds moet een huwelijk dat effectief met goede intenties wordt aangegaan, ernstige kansen krijgen. Anderzijds is het mogelijk dat de vrouw van in den beginne louter uit was op een verblijfstitel, de verwerving van de Belgische nationaliteit en/of de toekenning van een onderhoudsuitkering.

Een dergelijke uitspraak wekt de indruk dat het element van de financiële stabiliteit niet alleen in het raam van de controle op de samenwoning in het *verblijfsrecht* aan de grondslag ligt van een verschillende behandeling. Ook de *burgerrechtelijke* beoordeling van een huwelijk lijkt mogelijk indirect te kunnen worden begunstigd door financiële ele-

menten, meer bepaald door een zakelijke huwelijksbemiddeling en -sluiting. Het zakelijke karakter van het gebeuren lijkt een wazige sluier te werpen over elke aanwijzing van simulatie, zodat geen enkel gegeven, ook niet een relatief snelle ontbinding van het huwelijk, voldoende doorzichtig is om een nietigverklaring wegens schijnhuwelijk op te steunen.

B. Over de snelle verwerving door de echtgenoot van een zelfstandig recht op verblijf

Een vergelijkbare situatie deed zich enkele jaren later voor in Frankrijk. Ondanks het verzet van het openbaar ministerie tegen een huwelijksluiting wegens nationaliteits-huwelijk heeft ook het Franse Hof van Beroep van La Rochelle⁵⁷ geoordeeld in het belang van een Franse 31-jarige gevangene en een Mauritiaanse 47-jarige vrouw. Het openbaar ministerie had opgeworpen dat de betrokkenen elkaar slechts door correspondentie hadden leren kennen toen de man reeds in de gevangenis verbleef. Op het ogenblik dat ze besloten in het huwelijk te treden, nl. na een jaar correspondentie, hadden ze elkaar nog nooit ontmoet. Bovendien zou de samenwoning pas kunnen ingaan na elf jaar, aangezien de Fransman tot dan gevangen zou zitten. De rechter had daarentegen meer aandacht voor het regelmatige bezoek van de vrouw aan de gevangene en stelde dat minstens een hulp- en bijstandplicht zou bestaan, in afwachting van de vrijlating van de man. Tevens was er geen enkel bewijs geleverd van een nationaliteitshuwelijk.

Evenals wij, bevond ook de Franse annotator van dit arrest zich in een tweestrijd. De omstandigheden dat de vrouw in elk geval tot de vrijlating van haar echtgenoot geen gebruik zou kunnen maken van de nationaliteitswet, aangezien die wel een *onderbreking* van de samenleving door gevangenschap toelaat, maar geen *onmogelijkheid van bij de aanvang* van het huwelijk, gaf evenwel de doorslag om zich niet tegen het huwelijk te verzetten. Ook al had de vrouw louter de bedoeling gehad op gemakkelijke wijze de Franse nationaliteit te verwerven, ze zou er voorlopig niet in slagen. Dit neemt evenwel niet weg dat het verblijf van de vrouw in Frankrijk was gewaarborgd. Het is vreemd dat de Franse annotator hiermee geen rekening heeft gehouden.

Ook de Luikse rechtbank trok verkeerde conclusies inzake het verblijf, waar zij overwoog dat «si le mariage avait ce but (nl. verblijfsrechtelijk voordeel) pour le futur, la répression de pareille fraude n'exige pas l'annulation du mariage et qu'il suffit de priver celui-ci de l'effet voulu par la défenderesse quant à son permis de séjour».⁵⁸

Zodra de vrouw de inschrijving in het vreemdelingenregister heeft verkregen, en dat is het geval na een positieve controle op de samenwoning, ten laatste zes maanden na de aanvang van het verblijf, is haar verblijf in België gewaarborgd. Enkel een argument van openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid kan het verblijf nog worden tegengeworpen. Deze mogelijkheden

⁵³ Brussel 7 december 1995, *J.T.* 1996, 224.

⁵⁴ Trib. adm. Besançon 3 oktober 1991, *J.C.P.* 1992, IV, 1392; huwelijk kort na binnenkomst en echtscheiding binnen het jaar. *In casu* was de vrouw evenwel tevens zwanger van een kind dat was erkend door een derde (ook in de geannoteerde zaak woonde de vrouw evenwel reeds twee maanden vóór de indiening van de vordering tot echtscheiding samen met een derde); F. LAROCHE-GISSEROT, noot onder Cass. fr. 5 maart 1991, *J.C.P.* 1992, 21.789; pleidooi om het nationaliteitshuwelijk zijn bestaansreden te ontnemen door een verwerving van de Franse nationaliteit onder te schikken aan het bezit van een 'titre de séjour régulier' (zelfstandige verblijfstitel). Dit voorstel is ingegeven door een «tradition d'assimilation d'étrangers» (F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome I, Aspects internes et internationales*, Parijs, Economica, 1993, 159).

⁵⁵ Antwerpen 1996/AR/3309, 20 mei 1997, *onuitg.*; Antwerpen 9 januari 1996, *T. Vreemd.* 1996, 71; Brussel 9 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 566.

⁵⁶ Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/3309, 20 mei 1997, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/455, 22 oktober 1996, *onuitg.*; Brussel 30 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 564; Brussel 9 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 566; Antwerpen 21 april 1986, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 326; Rb. Luik 4 oktober 1947, *J.L.* 1947, 58.

⁵⁷ Trib. gr. inst. La Rochelle 2 mei 1991, *D.* 1992, 259, noot P. GUIHO.

⁵⁸ Met verwijzing naar C. VIEUJEAN, *Etat et capacité des personnes – la famille, Tome I*, 1973, 60. Zie ook het verzachtende argument van Guiho in zijn noot bij La Rochelle (noot 47).

zijn t.a.v. de echtgenoot van een Belg bovendien streng beperkt.⁵⁹

Vanaf het ogenblik van de inschrijving vormt de samenwoning geen beoordelingsgrond meer voor het recht op verblijf. De echtgenoot hoeft niet⁶⁰ of niet meer⁶¹ in België te verblijven of kan zijn overleden.⁶² Ook een echtscheiding staat voortgezet verblijf niet in de weg. Zolang de oorspronkelijke verblijfsgrond niet wordt aangetast door nietigverklaring van het huwelijk,⁶³ behoudt de vrouw haar recht op verblijf. Dat recht is immers na zes maanden samenwoning zelfstandig geworden op volstrekt legale wijze.⁶⁴

Vandaag zou de omzendbrief van 30 september 1997⁶⁵ haar ook in geval van nietigverklaring mogelijk een continuering van het verblijf kunnen bieden, mits ze met haar nieuwe partner een samenlevingscontract zou aangaan.

Hoewel we enerzijds met de rechter kunnen instemmen dat er *in casu* geen overtuigende samenhang van vermoedens is die onmiskenbaar tot een kwalificatie als schijnhuwelijk leiden en «que malheureusement nombre d'unions se désagrègent au cours des premiers mois sans que l'on puisse automatiquement revenir sur la validité de celles-ci», willen we anderzijds beklemtonen dat reeds meermaals huwelijken tussen twee niet-Belgen zijn nietigverklaard op een soortgelijke smalle basis. Hebben de partijen in onderhavig vonnis misschien het voordeel gehad zich te ontdoen van elke verdenking door het feit dat ze elkaar nauwelijks kenden⁶⁶ en via een advertentie hebben ontmoet? Of is daarentegen net een grotere voorzichtigheid geboden met zogenaamde contactadvertenties in een tijdperk van grote gevoeligheid voor alles wat verband zou kunnen houden met mensenhandel?

IV. SLOTBEDENKING

Ligt mogelijk een oorzaak voor de moeilijke beoordeling van het onderscheid tussen een zakelijk huwelijk dat kort na de verwerving van een zelfstandig recht op verblijf op de klippen loopt, en een schijnhuwelijk, niet net in de opvallend snelle wijze waarop een huwelijk een onafhankelijk recht op verblijf geeft? De meeste⁶⁷ vreemdelingen die hun verblijf

niet op een huwelijk baseren, verwerven hun zelfstandig recht op verblijf pas na drie jaar (door naturalisatie)⁶⁸ of na vijf jaar (door het ontstaan van een recht op vestiging) ononderbroken wettig verblijf. Een vreemdeling die zijn verblijf oorspronkelijk heeft gebaseerd op een huwelijk met een hier gevestigde EER-vreemdeling of met een Belg, dient onmiddellijk na zijn binnenkomst een aanvraag tot vestiging in. Reeds na afloop van de controle op de samenwoning van maximum zes maanden, ontvangt hij zijn identiteitskaart voor vreemdelingen. Ook als het huwelijk kort na afloop van de eerste zes maanden wordt ontbonden, geniet de partner recht op voortgezet verblijf in België.

Het kan verwonderen dat in een land met een uitgesproken restrictief vreemdelingenbeleid dermate soepel wordt omgesprongen met het verblijfsrecht van vreemdelingen wier band met België zich beperkt tot een verblijf van nauwelijks een half jaar en een mislukt huwelijk. In geen enkel buurland wordt even snel een zelfstandig recht op verblijf verworven door echtgenoten.

Naar Duits recht behoudt de echtgenoot pas zijn recht op verblijf na vier jaar samenwoning, wanneer het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden.⁶⁹ De echtgenoot van een Duits onderdaan kan na drie jaar een vestigingstitel verkrijgen, mits hij/zij de Duitse taal voldoende beheerst en geen gevaar vormt voor de openbare orde.⁷⁰ Een recht op vestiging verwerft de vreemdeling pas als hij bovendien is tewerkgesteld en geen veroordeling heeft opgelopen gedurende de afgelopen drie jaar.⁷¹ Is de echtgenoot een Duits onderdaan of een gevestigde vreemdeling, dan kan de echtgenoot zich, zonder onderworpen te zijn aan voorwaarden, na vijf jaar verblijf vestigen.⁷² Naar Nederlands recht wordt de verlenging van de verblijfstitel afhankelijk gesteld van een jaarlijkse controle op de samenwoning.⁷³ Een zelfstandig recht op verblijf ontstaat na drie jaar, mits de vreemdeling binnen het jaar tewerkstelling vindt of de kinderopvang op zich neemt, of in uitzonderlijke omstandigheden.⁷⁴ Is de huwelijkspartner een Turks onderdaan, dan volstaat een totaal van één jaar tewerkstelling in Nederland.⁷⁵ Een recht op vestiging wordt ondergeschikt aan de voorwaarde van vijf jaar verblijf, voldoende bestaansmiddelen en een controle in het licht van de openbare orde.⁷⁶ Pas na tien jaar is de verwerving van een vesti-

⁵⁹ Art. 43 Vreemdelingenwet.

⁶⁰ R.v.St. nr. 43.411 van 21 juni 1993, *R.A.C.E.* 1993.

⁶¹ R.v.St. nr. 43.867 van 24 augustus 1993, *R.A.C.E.* 1993.

⁶² R.v.St. nr. 31.572 van 9 december 1988, *T. Vreemd.* 1989, nr. 52, 54; R.v.St. nr. 34.848 van 8 mei 1990, *R.A.C.E.* 1990; H.v.J. 18 oktober 1990 (arrest Dzodzi), *T. Vreemd.* 1990, nr. 60-61, 22, noot H. VERSCHUEREN.

⁶³ R.v.St. nr. 58.965 van 1 april 1996, *Rev. dr. étr.* 1996, 742.

⁶⁴ Is het huwelijk daarentegen nietigverklaard, dan blijkt achteraf dat het zelfstandige recht op valse gronden is opgebouwd, en vervalt het recht op verblijf.

⁶⁵ Omzendbrief van 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwoning in het kader van een duurzame relatie, *B.S.* 14 november 1997.

⁶⁶ Lopen twee vreemdelingen met eenzelfde culturele achtergrond sneller het risico te worden verdacht van georkestreerde simulatie?

⁶⁷ Bepaalde categorieën van vreemdelingen genieten reeds vroeger de mogelijkheid om zich in België te vestigen of om hun verblijf te waarborgen door een verwerving van de Belgische nationaliteit.

⁶⁸ Een naturalisatie wordt gemakkelijker verkregen, sinds de versoepeling van de verblijfsduurvereiste en opheffing van de integratietoets bij de laatste wetswijziging van 1 maart 2000. Niettemin blijft naturalisatie een gunst, geen recht.

⁶⁹ Art. 19(1) en (2) *Ausländergesetz* (hierna verkort geciteerd als AG.). Een uitzondering wordt toegestaan wanneer de echtscheiding is gebaseerd op mishandeling of wanneer de vreemdeling grote problemen in het land van oorsprong verwacht. Ingeval het huwelijk wordt ontbonden door het overlijden van de rechtgevendende partner, verwerft de vreemdeling onmiddellijk een zelfstandig recht op verblijf (art. 19 (1.3) AG.).

⁷⁰ Art. 25(3) AG.

⁷¹ Art. 27(2) AG.

⁷² Art. 27(3) AG.

⁷³ Art. 11 Vreemdelingenwet en Vreemdelingencirculaire B-1.

⁷⁴ Vreemdelingencirculaire B-1/2.

⁷⁵ Dit laatste volgt uit de Association Council Decision nr. 1/80.

⁷⁶ Art. 13 Vreemdelingenwet en Vreemdelingencirculaire, punt A-4/7.7.2.

gingstitel aan geen enkele materiële voorwaarde meer gebonden.⁷⁷

Het Britse en het Franse recht leunen inzake zelfstandig recht op verblijf al iets dichter tegen de Belgische regelgeving aan. In het Verenigd Koninkrijk wordt de echtgenoot van een gevestigde vreemdeling of een Brit na een jaar verblijf gemachtigd tot een zelfstandig recht op verblijf voor onbepaalde duur, nadat voorafgaandelijk de samenwoning, de huisvesting en de bestaansmiddelen aan een controle worden onderworpen.⁷⁸ Naar Frans recht ontvangt de huwelijkspartner na een jaar samenwoning een zelfstandige verblijfstitel met een geldigheidsduur van tien jaar.⁷⁹ Na drie jaar verblijf kan bij wijze van gunst een *machtiging* tot vestiging worden verleend.⁸⁰ Na vijf jaar verblijf heeft de echtgenoot, alsook elke andere vreemdeling, het *recht* om zich in Frankrijk te vestigen.⁸¹

Strikt genomen wordt de bestaande soepele verwerving bovendien geenszins opgelegd door de Belgische Vreemdelingenwet. De bepalingen inzake verwerving van een vestigingstitel, art. 15, 2°, 40 en 61 Vreemdelingenwet, verwijzen immers naar een bestaande huwelijksituatie en geven geenszins de indruk dat los van het huwelijk een soepeler recht op voortgezet verblijf bestaat dan in de andere hypothesen van afhankelijk verblijfsrecht. Naar Europees recht vervalt de vestigingstitel met het vervallen van de verblijfs-

titel van de echtgenoot of met het vervallen van de rechtsgrond voor die titel, o.i. dus ook met de ontbinding van de huwelijksband. Zijn bijkomende banden met België ontstaan, dan kan het verblijf natuurlijk steeds op een mogelijke nieuwe grond worden gebaseerd, zoals de uitoefening van een beroep, het gezinsleven (voornamelijk ingeval er intussen schoolgaande kinderen zijn, in het raam van art. 9, derde lid, Vreemdelingenwet), een vestigingstitel die is verworven na vijf jaar huwelijk,⁸² een nieuwe relatie met een vreemdeling met wettig verblijf of met een Belg (met samenlevingscontract, op grond van de omzendbrief van 1997) ...

Is dat niet het geval, dan is er o.i. geen enkele grond om een recht op voortgezet verblijf voor de ex-partner op te baseren. Dit onverklaarbare gat in de gesloten migratiewetgeving opvullen, lijkt ons een efficiëntere manier om misbruik van het huwelijksinstituut aan te pakken, dan het zogenaamd preventieve beleid dat op burgerrechtelijk vlak tot een verdenking van haast elk gemengd huwelijk of huwelijk tussen vreemdelingen aanleiding dreigt te geven.

Sarah D'HONDT⁸³

Wetenschappelijk medewerker K.U. Leuven
Instituut voor vreemdelingenrecht en rechtsantropologie

⁷⁷ S. PEERS, R. BARZILAY, K. GROENENDIJK, E. GUILD, *The legal status of persons admitted for family reunion. A comparative study of law and practice in some European states*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, Community relations, Directorate General III-Social Cohesion, 2000, 30.

⁷⁸ C. VINCENZI en D. MARRINGTON, *Immigration Law, The Rules Explained*, London, Sweet&Maxwell, 1992, 87-100. Overlijdt de rechtgevende of is de echtscheiding gebaseerd op mishandeling van de vreemde partner, dan kan reeds eerder – bij wijze van gunst – een recht op voortgezet verblijf worden toegekend (Immigration Service Instructions, <http://www.opengov.uk>).

⁷⁹ Art. 15 (1) Ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, 2 november 1945, gewijzigd bij wet van 11 mei 1998 (hierna verkort geciteerd als Ord.).

⁸⁰ Art. 14 Ord.

⁸¹ Art. 15 Ord.

⁸² Of reeds eerder, n.a.v. een van de kwalificaties die zijn opgesomd in art. 15 Vreemdelingenwet: voldoen aan de wettelijke voorwaarden (behalve de verblijfsvoorwaarde) tot nationaliteitsverwerving d.m.v. nationaliteitsverklaring of –keuze, de vrouw die n.a.v. haar huwelijk met een vreemdeling zijn nationaliteit heeft verkregen en de Belgische nationaliteit heeft verloren, de vrouw die automatisch de nieuwe nationaliteit van haar echtgenoot meeverwerft en daardoor haar Belgische nationaliteit is verloren.

⁸³ Deze bijdrage werd mede mogelijk gemaakt door financiering van het Onderzoeksfonds K.U. Leuven (onderzoeksproject OT/98/13).

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

25 SEPTEMBER 2000

Voorzitter: de h. Kayser

Openbaar ministerie: de h. Mok

Advocaten: mrs. Van der Wal, Ferment en Hofdijk

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Overgangsrecht – 2. Gebruik – Gebruik van een anders merk – Aankondiging van reparatie- en onderhoudswerkzaamheden – Ander gebruik – Schade voor de merkhouder

1. *Indien in een geding dat een merkhouder op grond van het oude art. 13A Benelux Merkenwet aanhangig heeft gemaakt, het cassatieberoep zich richt tegen een vóór 1 januari 1996 totstandgekomen uitspraak, blijft de Benelux Merkenwet, zoals deze luidde vóór 1 januari 1996 van toepassing, met dien verstande dat, indien die uitspraak is totstandgekomen nadat de eerste harmonisatierichtlijn merkenrecht in het nationale recht had moeten zijn omgezet, de Benelux Merkenwet zoveel mogelijk in overeenstemming met die richtlijn moet worden uitgelegd.*

2. *Indien iemand zonder toestemming van de merkhouder gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij reparatie- en onderhoudswerkzaamheden verricht m.b.t. waren die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel specialist respectievelijk gespecialiseerd is m.b.t. zulke waren, is in beide gevallen sprake van ander gebruik in de zin van het oude art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2 Benelux Merkenwet. Aangenomen dat de toestand van de waren niet is gewijzigd, is er sprake van gebruik onder zodanige omstandigheden dat aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, indien het merk aldus wordt gebruikt dat de indruk kan worden gewekt dat er een commerciële band tussen de onderneming van de wederverkoper of degene die reparatie of onderhoud verricht en de merkhouder bestaat, en met name dat de wederverkoper of degene die reparatie of onderhoud verricht tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen beide ondernemingen bestaat.*

Het zojuist gestelde luidt niet anders indien het huidige art. 13A Benelux Merkenwet van toepassing is.

A.G. B. t/D.

Conclusie van eerste advocaat-generaal M.R. Mok

1. Korte beschrijving van de zaak

Het verwijzingsarrest (H.R., 7 februari 1997, *N.J.*, 1997, 314, met noot D.W.F. Verkade) is uitgegaan van de hierna samengevatte feiten.

«(i) BMW A.G. brengt in tal van landen, en sedert 1930 in Beneluxlanden, door haar vervaardigde automobielen in de handel. Zij heeft bij het Benelux Merkenbureau het

woordmerk BMW en twee figuurmerken voor onder meer motoren, automobielen zomede onderdelen van en toebehoren voor motoren en automobielen gedeponeerd.

(ii) BMW A.G. heeft voor het in de handel brengen van de door haar vervaardigde automobielen in elk land een dealerorganisatie opgezet, in Nederland tezamen met BMW Nederland B.V. welke vennootschap onder toezicht van BMW A.G. zorg draagt voor de instandhouding van die organisatie.

(iii) De bij de dealerorganisatie aangesloten bedrijven hebben het recht om, zolang zij van de organisatie deel uitmaken, voor hun bedrijfsuitoefening gebruik te maken van voormelde merken. Deze ondernemingen hebben zich daartegenover jegens BMW c.s. verplicht om bij de service- en garantieverlening en bij de verkoopbevordering die hoge normen van technische kwaliteit aan te houden, die BMW noodzakelijk acht.

(iv) D. heeft een garagebedrijf en heeft zich daarbij in het bijzonder toegelegd op de verkoop van tweedehands automobielen van het merk BMW en op reparatie en onderhoud van automobielen van dat merk. Hij is niet aangesloten bij de dealerorganisatie van BMW c.s.»

Tevens is, zoals uit de vraagstelling blijkt (zie hierna onder 2, b), de Hoge Raad ervan uitgegaan dat het hier gaat om «waren die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht».

BMW A.G. en BMW Nederland (hierna gezamenlijk aan te duiden als BMW) hebben bij exploit van 21 februari 1994 het onderhavige geding (op verkorte termijn) ingesteld voor de rechtbank te Zwolle.

BMW heeft gevorderd dat de rechtbank D. wegens merkinbreuk zou verbieden – kort gezegd – op enige wijze, o.m. in van hem uitgaande reclame-uitingen gebruik te maken van de merken van BMW A.G. of van enig overeenstemmend teken.

De rechtbank heeft een aantal uitlatingen van D. in advertenties aangemerkt als ongeoorloofd gebruik en heeft D. een verbod opgelegd om aldus gebruik te maken van de aan BMW toebehorende woord- en beeldmerken.

De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat het D. wel vrij staat om in advertenties uitlatingen te bezigen als «Reparaties en onderhoud van BMW» omdat daarin op voldoende duidelijke wijze tot uiting komt dat deze uitlating alleen betrekking heeft op waren van het merk BMW.

Voor dit gebruik van het merk bestaat derhalve, voor zover het al niet valt onder de uitzonderingsbepaling van art. 13A, derde lid, (oud) van de Benelux Merkenwet, hierna aan te duiden als BenMW – de veel (ook in het verwijzingsarrest) gebruikte afkorting «BMW» voor deze uniforme wet is m.i. in de onderhavige zaak niet goed bruikbaar – een geldige reden en de merkhouder kan daardoor geen schade lijden.

De rechtbank heeft het tevens geoorloofd geacht dat D. uitlatingen als «Specialist in BMW» en «gespecialiseerd in BMW» gebruikt.

BMW heeft namelijk niet betwist dat D. specialistische ervaring met BMW-auto's heeft. Voorts heeft de rechtbank

overwogen dat het niet aan BMW is om uit te maken wie zich specialist in BMW's mag noemen.

Van dit vonnis is BMW in appél gegaan bij het gerechtshof te Arnhem. Het hof heeft bij arrest van 22 augustus 1995 het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

BMW heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. De (toenmalige) advocaat-generaal bij de Hoge Raad Vranken heeft geconcludeerd tot het stellen van vragen aan het Benelux Gerechtshof over de uitleg van art. 13A (oud) BenMW en aan het Hof van Justitie van de EG over de verenigbaarheid daarvan met het systeem van de eerste EG merkenrichtlijn (richtlijn 89/104 EEG van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *PbEG*, 1989, L40/1).

De Hoge Raad heeft in zijn genoemde arrest van 7 februari 1997 (rechtsoverweging 6) vijf vragen aan het Hof van Justitie EG voorgelegd, die dat Hof heeft beantwoord bij arrest van 23 februari 1999 (zaak C 63/97, *Jur.*, 1998, p. I.3603).

2. Het geding voor het Benelux-Gerechtshof

De door de Hoge Raad in genoemd arrest aan het BenGH gestelde vragen luiden als volgt:

«(a) Moeten het Benelux-Protocol van 2 december 1992 houdende wijziging van de Eenvormige Beneluxwet op de merken en/of de BenMW aldus worden uitgelegd dat, indien in een geding dat de merkhouders op grond van het bepaalde in art. 13A (oud) BenMW aanhangig heeft gemaakt, het cassatieberoep zich richt tegen een vóór 1 januari 1996 totstandgekomen uitspraak, het vóór 1 januari 1996 geldende recht van toepassing blijft?

(b) Indien iemand zonder toestemming van de merkhouders gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij (A) reparatie- en onderhoudswerkzaamheden verricht met betrekking tot waren die door dan wel met toestemming van de merkhouders onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel (B) specialist respectievelijk gespecialiseerd is met betrekking tot zulke waren, is dan sprake van:

(i) gebruik van het merk voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven, in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1e (oud) BenMW; of

(ii) gebruik van dat merk voor diensten dat heeft te gelden als gebruik van het merk in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1e, (oud) BenMW, aangenomen dat gezegd kan worden dat soortgelijkheid in de zin van art. 39 bestaat tussen deze diensten en de waren waarvoor het merk is ingeschreven; of

(iii) ander gebruik dat in het economische verkeer van het merk wordt gemaakt (art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2e, (oud) BenMW)?

Maakt het voor de beantwoording van deze vraag verschil of het gaat om aankondiging (A) dan wel om aankondiging (B)? Maakt het, mede gezien het bepaalde in art. 13A, derde lid, BenMW voor het antwoord op de vraag of de merkhouders zich tegen voormeld gebruik kan verzetten, verschil of sprake is van gebruik als bedoeld onder (i), (ii) dan wel (iii)?

(c) Kan de merkhouders, aangenomen dat in de beide of in een van de in de aanhef van vraag (b) omschreven gevallen

sprake is van gebruik van zijn merk in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1e, (oud) BenMW, zich enkel met vrucht tegen dat gebruik verzetten, wanneer degene die aldus van het merk gebruik maakt, daarmee de indruk wekt dat zijn onderneming behoort tot de organisatie van de merkhouders, of kan hij zich ook tegen dat gebruik verzetten, indien de gerede kans bestaat dat door de wijze waarop het merk voor deze aankondigingen wordt gebruikt, bij het publiek de indruk wordt gewekt dat het merk daarbij in belangrijke mate wordt gebezigd teneinde reclame te maken voor de eigen onderneming als zodanig door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie?

(d) Luiden de antwoorden op de onder (b) en (c) gestelde vragen anders, indien het huidige art. 13A BenMW van toepassing is?»

...

3. Bespreking van de aan het Benelux-Gerechtshof gestelde vragen

3.1. Vraag (a)

De eerste vraag van de Hoge Raad vindt haar oorzaak in het feit dat het cassatieberoep in het onderhavige geval is ingesteld op 10 november 1995, dus voordat op 1 januari 1996 het voormelde Protocol in werking was getreden. Het Protocol heeft de BenMW in overeenstemming gebracht met voornoemde EG-richtlijn. De aanpassing heeft niet tijdig plaatsgehad, want zij had volgens de richtlijn uiterlijk op 31 december 1992 haar beslag moeten krijgen.

Op de vraag van de Hoge Raad of de lidstaten aan beperkingen zijn gebonden bij het bepalen van overgangsrecht terzake van de genoemde EG-richtlijn, waarin overgangsrecht, afgezien van de bepaling van art. 5, vierde lid, ontbreekt, heeft het Hof van Justitie van de EG in zijn voormeld arrest van 23 februari 1999 geantwoord dat: «(...) onverminderd de verplichting van de verwijzende rechter om het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te leggen, het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen een nationale overgangsbepaling op grond waarvan een cassatieberoep tegen een beslissing gegeven vóór de datum waarop de nationale omzettingsregels van de richtlijn – te laat – van kracht werden, volgens de vóór die datum geldende regelen wordt beslecht, ook al wordt het arrest na die datum gewezen» (rechtsoverweging).

Het hierboven genoemde Protocol bevat zelf geen bepalingen van overgangsrecht. Uit de overgangsbepalingen in het Benelux-verdrag inzake de warenmerkenbepalingen 29-35 is m.i. geen algemene regel, die ook voor het Protocol zou gelden, af te leiden. De nationale rechter zal zich daarom bij de toepassing van het Protocol door zijn nationale recht en door algemene regelen van rechtszekerheid laten leiden.

Het in een geval als het onderhavige toepassen van de oude, niet aangepaste, regelgeving berust op het systeem dat voor het Nederlandse recht is neergelegd in art. 74, vierde lid, van de Overgangswet NBW.

Partijen zijn de procedure begonnen onder het oude recht en de feiten waarvan in deze procedure moet worden uitgegaan zijn al onder het oude recht vastgesteld, uiteindelijk door het gerechtshof te Arnhem in zijn arrest van 22 augustus 1995, welke datum de Hoge Raad dan ook in de formulering van vraag (a) beslissend heeft geacht.

De vaststelling van de relevante feiten geschiedt onvermijdelijk tegen de achtergrond van een bepaalde juridische situatie. De uitspraak van het Arnhemse gerechtshof is totstandgekomen onder het merkenrecht, zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van het Protocol van 2 december 1992.

Voortzetting van de procedure met toepassing van diezelfde regelgeving doet zoveel mogelijk recht aan wat partijen ten tijde van het wijzen van het arrest van dat hof konden verwachten, dus aan eisen van rechtszekerheid.

Het EG-recht staat volgens het Hof van Justitie van EG niet in de weg aan het – in het raam van overgangsrecht – toepassen van de niet aan de richtlijn aangepaste BenMW (zie hierover: C.L. de Vries Lentsch-Kostense, *Overgangsrecht*, Monografieën NBW, A25, 1992, p. 57 e.v.).

Wel zal de nationale rechter (waaronder hier het BenGH begrepen moet worden) de BenMW, voor zover mogelijk, richtlijnconform moeten uitleggen. Deze, door het Hof van Justitie EG in de onderhavige zaak bevestigde, regel geldt wanneer een richtlijn niet, te laat – voor richtlijn 89/104 is dat na 31 december 1992 – of incorrect is uitgevoerd, algemeen, dus ook wanneer nog niet aan een richtlijn aangepast nationaal recht bij wege van overgangsrecht wordt toegepast (H.v.J. 13 november 1990, zaak 106/89 (Marleasing), *Jur.*, 1990, p. I-4135; S.E.W., 1992, 816, met noot C.W.A. Timmermans, *N.J.* 1993, 1263 (8); 14 juli 1994, zaak C-91/92 (Facini Dori), *Jur.*, 1994, p. I-3325, S.E.W., 1995, 432, met noot S. Prêchal; *N.J.* 1995, 321. In deze zin ook reeds: H.v.J., 10 april 1984, zaak 14/83 (Von Colson en Kamann), *Jur.*, 1984, p. 1891; S.E.W., 1985, 216, met noot A.Th.S. Leenen (26). Zie ook nr. 10 van de conclusie (onder 3) voor H.R. 7 februari 1997, *N.J.*, 1997, 314, met noot D.W.F. Verkade met verwijzingen naar de conclusie voor BenGH 20 december 1993, nr. A 92/5, *Jur. BenGH*, 1993, p. 65, *N.J.*, 1994, 638, met noot D.W.F. Verkade (Benz/Haze). Voorts: Kapteijn/VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de EG*, 1995, p. 325, 331; G. Betlem, I.E.R., 1994, p. 104-110; S. Prêchal, *Directives in European Community Law*, dissertatie Universiteit van Amsterdam, 1995, p. 200 en dezelfde, *Informatierecht/AMI*, 1997, p. 23-27; T. Heukels, *N.J.B.*, 1997, p. 1845-1850, R.H. Lauwaars/C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, 1999, p. 106-107. Zie voor een expliciete verwijzing van het BenGH naar de Richtlijn het arrest van 13 juni 1994, zaak A 92/6 (Wolf Oil/Century Oils), *Jur. BenGH*, 1994, p. 17; *N.J.*, 1994, 666. In het midden kan blijven in hoeverre dit ook geldt voor de zgn. incubatieperiode, de periode tussen de totstandkoming van de richtlijn en het tijdstip waarin zij uiterlijk in nationaal recht had moeten zijn omgezet. De vraagstelling heeft daarop geen betrekking, omdat deze eventualiteit zich in de zaak die tot het verwijzingsarrest aanleiding gaf, niet voordeed. Ik zou overigens menen dat het richtlijnconform interpreteren tijdens deze «incubatietijd» om redenen van rechtszekerheid ongewenst is, wanneer dit geschiedt in afwijking van bestaande uitleg. Is de betrokken vraag van uitleg niet eerder beantwoord, dan is daarentegen richtlijnconforme interpretatie, zoal niet geboden, in elk geval, om redenen van continuïteit (naar de toekomst), gewenst (vgl. ook H.v.J., 18 december 1997, zaak C-129/96, *Jur.*, 1997, p. I-7411 (Inter-Environnement Wallonie); zie voorts Prêchal, o.c., p. 22-23 en dezelfde, *N.J.B.*, 1998, p. 510 linkerkolom onderaan, n.a.v. het in de vorige zin genoemde arrest.)

De omstandigheid dat EG-richtlijn 89/104 de verplichting heeft doen ontstaan de BenMW met ingang van een bepaalde datum zoveel mogelijk in overeenstemming met die richtlijn uit te leggen, kan tot gevolg hebben dat de rechter, en met name ook het Benelux-Gerechtshof, zich gehouden zal zien op eerder gegeven interpretaties terug te komen.

Ik zou vraag a als volgt willen beantwoorden. In een geval waarin een cassatieberoep zich richt tegen een vóór 1 januari 1996 totstandgekomen uitspraak, zodat de feiten vóór die datum zijn vastgesteld, blijft de BenMW, zoals deze vóór 1 januari 1996 luidde, van toepassing. De desbetreffende bepalingen van de BenMW moeten – althans wanneer de uitspraak waartegen het cassatieberoep zich richt, totstandgekomen is na de datum waarop richtlijn 89/104/EEG in het nationale recht, *in casu* de BenMW, had moeten zijn omgezet, d.w.z. 31 december 1992 – zoveel mogelijk in overeenstemming met die richtlijn worden uitgelegd.

3.2. Vragen (b) en (c)

De kern van deze vraag lijkt mij of de twee typen aankondiging die in de vraag zijn geformuleerd, «gebruik» in de zin van art. 13A, aanhef en onder 1 (oud) BenMW (d.w.z. voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren), dan wel «ander gebruik», in de zin van art. 13A, onder 2 (oud) BenMW, opleveren.

In het raam van de onderhavige vraagstelling is van belang dat de uitputtingsregel van art. 13A, derde lid (ook wel eens aangeduid als «art. 13A *in fine*»), alleen geldt voor gebruik, maar niet voor ander gebruik (Benelux-Gerechtshof, 2 februari 1993, nr. A 82/1 (Superox), *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1983, 3; *N.J.*, 1983, 450, met noot L. Wichers Hoeth).

Door te beslissen (eventueel in afwijking van een eerdere uitleg) dat een bepaalde gedraging geen ander gebruik, maar gebruik oplevert, geeft men een ruimere strekking aan de uitputtingsregel. Deze benadering is evident teleologisch, maar de verplichting rechtsregels richtlijnconform uit te leggen, leidt vrijwel onvermijdelijk tot teleologische interpretatie.

Ik zou menen dat het, in het licht van het voorgaande, nuttig is na te gaan of de noodzaak bestaat de BenMW (oud) in de periode tussen het moment waarop richtlijn 89/104 in nationaal recht omgezet had behoren te zijn (1 januari 1993) en de inwerkingtreding van het daartoe strekkende Benelux-Protocol (1 januari 1996) op grond van richtlijnconforme interpretatie anders uit te leggen dan voorheen. Kort samengevat gaat het erom te onderzoeken of die richtlijn in de context van de onderhavige aan het Benelux-Gerechtshof voorgelegde vragen, een bepaalde, van een eerder gegeven interpretatie afwijkende, uitleg van de BenMW indiceert.

Naar EG-recht wordt geen onderscheid gemaakt tussen «gebruik» (voor de waren) en «ander gebruik», zoals 13A, eerste lid, (oud) van de BenMW dat deed. In zijn al genoemde arrest n.a.v. de vragen die de Hoge Raad in de zaak BMW/D. aan het Hof van Justitie EG heeft gesteld, heeft laatstgenoemd Hof beslist: «Het gebruik van een merk door een derde zonder toestemming van de merkhouder, om bij het publiek aan te kondigen dat hij de reparatie en het onderhoud van waren voorzien van dit merk verricht dan wel gespecialiseerd of specialist in die waren is, is in omstan-

digheden als beschreven in het verwijzingsarrest een gebruik van het merk in de zin van art. 5, eerste lid, sub a, van richtlijn 89/104.»

Voor het zonder toestemming van de merkhouder gebruik maken van diens merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat een derde, met name een wederverkoper, reparatie- of onderhoudswerkzaamheden verricht aan waren die door of met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, geldt op grond van het arrest in de zaak-Dior/Evora van het Hof van Justitie EG het volgende (H.v.J., 4 november 1997, *Jur.*, 1997, p. I-6013; *S.E.W.*, 1998, 171, met noot R. Ludding; *BIE*, 1998, 195, met noot P.J.M. Steinhausser; *T.V.V.S.*, 1998, 26-27, M.R.M.). Wanneer van een merk voorzien producten door de houder van dat merk of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht, staat het een wederverkoper niet alleen vrij deze producten door te verkopen, maar eveneens het merk te gebruiken om de verdere verhandeling van deze producten bij het publiek aan te kondigen (art. 5 en 7 van de richtlijn).

De beslissing van het Hof van Justitie EG in de zaak BMW/D. stemt hiermee overeen: «De artikelen 5 tot en met 7 van richtlijn 89/104 staan de merkhouder niet toe een derde te verbieden, van zijn merk gebruik te maken om bij het publiek aan te kondigen dat hij de reparatie en het onderhoud van waren voorzien van dit merk verricht die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder het merk in de handel zijn gebracht, of dat hij gespecialiseerd dan wel specialist is in de verkoop of de reparatie en het onderhoud van die waren, tenzij het merk zo wordt gebruikt, dat de indruk kan worden gewekt, dat er een commerciële band tussen de derde onderneming en de merkhouder bestaat, en met name dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen de twee ondernemingen bestaat» (rechtsoverwegingen 51-54).

De in het verleden door het Benelux-Gerechtshof gegeven beslissingen houden in dat reclame-uitingen door de wederverkoper, waarbij deze aankondigt dat hij handelt in waren die van een ander merk zijn voorzien, onder het verbod van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, (gebruik voor waren) vallen (Benelux-Gerechtshof, 7 november 1988, nr. A87/3 (Omnisport), *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1988, 90; *N.J.*, 1989, 300, met noot E.A. van Nieuwenhoven Helbach; Benelux-Gerechtshof, 20 december 1993, nr. A92/5 (Benz/Haze, rechtsoverweging 17), *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1993, 65; *N.J.*, 1994, 638, met noot D.W.F. Verkade; *BIE*, 1994, 160, met noot J.H. Spoor). Reclame voor waren met gebruik van andermans merk is echter toegestaan, indien het in de zin van art. 13A, derde lid, ongewijzigde van de merkhouder afkomstige waar betreft die verder wordt verkocht (Benelux-Gerechtshof, 20 december 1993, nr. A 92/5 (Benz/Haze, rechtsoverweging 17), *Jurisprudentie Benelux-Gerechtshof*, 1993, 65; *N.J.*, 1994, 638, met noot D.W.F. Verkade; *BIE*, 1994, 160, met noot J.H. Spoor).

De weergegeven regel vindt echter haar beperking daarin dat reclame op grond van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2, kan worden verboden indien de gerede kans bestaat dat de reclame bij het publiek de indruk wekt dat het merk in belangrijke mate wordt gebezigd teneinde reclame te maken voor de onderneming van de wederverkoper als zo-

danig door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie (zoals het Bestaan van een bijzondere relatie tussen de onderneming van de wederverkoper en de merkhouder of diens licentiehouder).

Bij beantwoording van de vraag of deze gerede kans aanwezig is, moet volgens Benelux-Gerechtshof (arrest Benz/Haze) niet alleen worden gelet op de wijze waarop het merk wordt gebruikt (in duidelijk verband met te koop aangeboden of verkochte waren of juist niet, bijvoorbeeld in een gevelreclame of anderszins als vast onderdeel van de aanduiding van de onderneming op b.v. briefpapier, visitekaartjes), maar evenzeer op de overige omstandigheden van het geval, waaronder met name de aan het merk toe-komende beschermingsomvang. De rechtspraak van het Hof van Justitie EG bevat deze clausulering niet.

De opvatting van het Hof van Justitie EG biedt de wederverkoper ruimere mogelijkheden om reclame te maken met gebruik van het merk van een derde dan de opvatting van het Benelux-Gerechtshof.

Als uitgangspunt geldt volgens het Hof van Justitie EG immers dat de wederverkoper moet worden toegestaan in beginsel ongeclausuleerd ruchtbaarheid te geven aan het feit dat hij de merkartikelen verhandelt. Wat hij alleen niet mag, is de indruk wekken dat er een bijzondere band tussen hem en de merkhouder bestaat, m.n. dat hij tot de verkooporganisatie van de merkhouder behoort.

Een ander verschil tussen de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof en die van het Hof van Justitie EG is dat volgens dit laatste, anders dan volgens eerstgenoemde rechtspraak, de kwaliteitsuitstraling die de activiteit van de wederverkoper verkrijgt door de reclame waarbij het merk wordt ingezet, geen gegronde reden is om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren. Omdat het Benelux-Gerechtshof de kwaliteitsuitstraling die leidt tot een verbod nader specificeert als het wekken van de indruk dat er een bijzondere relatie tussen de onderneming van de wederverkoper en de merkhouder of diens licentiehouder bestaat, lijkt het verschil tussen de opvattingen van de beide hoven op dit punt overbrugbaar.

Er zijn, naar het mij voorkomt, twee wegen om de BenMW (oud) zo uit te leggen dat de regeling van art. 13A daarvan in overeenstemming is met EG-richtlijn 89/104.

In de eerste plaats kan men de begrippen «gebruik» (voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren) of «ander gebruik» (in de betrokken periode) zó omschrijven dat daaruit een systeem resulteert dat met de richtlijn in overeenstemming is.

Men zou bijvoorbeeld een zodanige interpretatie kunnen hanteren dat gebruik elke hantering van het merk van een ander is, waarvoor de richtlijnconform uitgelegde uitputtingsregel van het derde lid van art. 13A BenMW (oud) van toepassing is.

Die oplossing heeft twee bezwaren. Het eerste is dat men zodoende de term «ander gebruik» zeer moeilijk begrijpelijk of zelfs inhoudsloos maakt. Het tweede (met het eerste samenhangende) bezwaar is dat men de toepasselijkheid van de clausulering in het eerste lid, onder 2 van art. 13A (oud), (gebruik «onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht») afhankelijk maakt van de omschrijving van de gevallen waarvoor de uitputtingsregel moet gelden. Op deze laatste kwestie kom ik hierna nog terug.

Daarmee zijn niet alle mogelijkheden van uitleg van het eerste lid van art. 13A BenMW (oud) uitgeput. Ook daarop kom ik nog terug.

De tweede weg houdt in dat men onder «gebruik» in het derde lid elk gebruik verstaat, zowel gebruik voor waren in de zin van het eerste lid, onder 1, als ander gebruik, in de zin van het eerste lid, onder 2.

Grammaticale uitleg van het derde lid vormt geen bezwaar tegen deze oplossing. Taalkundig is niet in te zien waarom «gebruik» («emploi») niet «ander gebruik» («autre emploi») zou omvatten. Keuze van deze weg zou betekenen dat het Benelux-Gerechtshof terugkomt op zijn al genoemde arrest-Superox, maar overigens alsnog aansluiting krijgt bij het pleidooi van mijn toenmalige ambtgenoot Krings om de uitputtingsregel voor tweedehandsgoederen onbeperkt, ook voor «ander gebruik», toe te passen.

De vraagstelling van het verwijzingsarrest sluit m.i. niet uit dat de tweede weg gekozen wordt. Het Benelux-Gerechtshof zou er dan op kunnen wijzen dat de (nieuwe) interpretatie van 13A, derde lid, BenMW (oud), zodanig is dat de omvang van de merkbescherming in gevallen waarin het gaat om gedragingen in verband met waren die door de merkhouder of met diens toestemming in het verkeer zijn gebracht, in overeenstemming is met EG-richtlijn 89/104, zoals het Hof van Justitie EG deze uitlegt. Waar het in het verkeer brengen is geschied, speelt hier geen rol. Volledigheidshalve teken ik aan dat de BenMW (oud) uitging van universele uitputting, terwijl de richtlijn uitgaat van communautaire uitputting (in het verkeer gebracht op de markt van een van de lidstaten van de EU). Het is waarschijnlijk dat de onderhavige waren in Duitsland in het verkeer zijn gebracht.

Ik meen voorts dat het Benelux-Gerechtshof, ook als het de tweede weg zou kiezen, in deze zaak geen afzonderlijke aandacht behoeft te geven aan de betekenis van de woorden «mits de toestand van de waren niet is gewijzigd», omdat de gestelde vragen zulks niet nodig maken. Overigens bevat de richtlijn (art. 7, tweede lid) een vergelijkbare voorwaarde die ook in de nieuwe tekst van de BenMW (art. 13A, achtste lid) is overgenomen.

De vraag is hoe de door het Hof van Justitie EG aangegeven beperkingen het best in de BenMW (oud) kunnen worden «ingelesen». Art. 13A, derde lid BenMW (oud) kent immers geen mogelijkheid van een beperking, anders dan die van de slotpassage die geen betrekking heeft op de door het Hof van Justitie EG bedoelde voorwaarden. Dit maakt de keuze van de hiervoor als tweede weg aangeduide oplossing toch wel bezwaarlijk.

Ik zou daarom willen bepleiten de oplossing toch te zoeken in uitleg van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2, maar dan op een andere wijze dan hiervoor geopperd.

Die oplossing zou er als volgt kunnen uitzien: a) de in de vraag bedoelde aankondigingen zijn te beschouwen als «ander gebruik» in de zin van de hierboven genoemde bepaling; b) indien dit ander gebruik de vorm heeft van de aankondiging van werkzaamheden, verricht met betrekking tot waren die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, wordt de in die bepaling bedoelde «schade» gekoppeld aan de door het Hof van Justitie EG gestelde beperkende voorwaarden, in die zin dat wanneer aan die voorwaarden niet is voldaan, aan te nemen is dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht en dat dit in een dergelijke situatie

(waartoe behoort dat de toestand van de waren niet is gewijzigd) ook het enige geval is waarin van het kunnen toebrengen van zodanige schade sprake kan zijn.

In de praktijk kan het nog wel eens moeilijk zijn te bepalen wanneer aan de bedoelde voorwaarden is voldaan. Een wederverkoper kan zichzelf echter de nodige zekerheid verschaffen door in zijn aankondigingen waarin hij het merk opneemt, te vermelden dat hij een onafhankelijke ondernemer is, of andere woorden van deze strekking te bezigen.

Afzonderlijke aandacht behoeft het gebruik van het merk voor de aanduiding van onderhoud en reparatie, al hebben de voorgelegde vragen strikt genomen niet op onderhoud en reparatie, maar slechts op de aankondiging daarvan, betrekking.

Het Hof van Justitie EG heeft in zijn arrest BMW/D. (rechtsoverweging 57) overwogen dat de aankondigingen over de reparatie en het onderhoud van de auto's niet de latere verhandeling van de waren betreffen. De uitputtingsregel van art. 7 van de richtlijn is daarop dan ook niet van toepassing.

Genoemd Hof is echter tevens van mening dat voor onderhoud en reparatie het gebruik van het merk noodzakelijk is, om de bestemming van de dienst aan te geven. Verwijzend naar de conclusie van zijn advocaat-generaal Jacobs (punt 54 daarvan) heeft het Hof geoordeeld dat «indien een zelfstandig ondernemer het onderhoud en de reparatie van BMW-automobielen verricht of zich daadwerkelijk daarin heeft gespecialiseerd, hij deze informatie in de praktijk niet aan zijn klanten kan medelen, zonder het BMW-merk te gebruiken.»

Verwijzend naar zijn overwegingen inzake beperking van het recht van de wederverkoper (rechtsoverwegingen 51-54), heeft het Hof geoordeeld (rechtsoverweging 64) «dat de artikelen 5 tot en met 7 van de richtlijn de merkhouder niet toestaan een derde te verbieden, van zijn merk gebruik te maken om bij het publiek aan te kondigen dat hij de reparatie en het onderhoud van waren voorzien van dit merk verricht die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder het merk in de handel zijn gebracht, of dat hij gespecialiseerd dan wel specialist is in de verkoop of de reparatie en het onderhoud van die waren, tenzij het merk zo wordt gebruikt, dat de indruk kan worden gewekt, dat er een commerciële band tussen de derde onderneming en de merkhouder bestaat, en met name dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen de twee ondernemingen bestaat.»

Het resultaat is dat voor reclame etc. enerzijds en onderhoud en reparatie etc. anderzijds in feite dezelfde regels gelden.

Ten slotte merk ik nog op dat uit het genoemde arrest BMW/D. van het Hof van Justitie EG volgt dat het geen verschil maakt of de betrokken «parallele» onderneming aankondigt dat hij reparatie- en onderhoudsdiensten verricht dan wel specialist respectievelijk gespecialiseerd is met betrekking tot de betrokken waren.

Ik zou willen antwoorden op vraag (b): Indien iemand zonder toestemming van de merkhouder gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij (A) reparatie- en onderhoudsdiensten verricht met betrekking tot waren die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel (B) specialist respectievelijk gespecialiseerd is met betrekking tot zulke waren, is sprake van ander gebruik dat in het

economisch verkeer van het merk wordt gemaakt in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2 (oud) BenMW. Het maakt geen verschil of het gaat om aankondiging (A) dan wel om aankondiging (B).

Gezien het voorgaande behoeft de laatste vraag onder (iii) geen beantwoording.

Vraag (c) behoeft strikt genomen geen beantwoording, omdat zij betrekking heeft op het geval waarin art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, (oud) BenMW van toepassing te achten is.

Evenwel lijkt de vraag mij ook van belang bij de (door mij voorgestane) toepasselijkheid van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2. Het antwoord luidt dan: De merkhouder kan zich verzetten tegen gebruik van zijn merk, als in de vraag aangegeven, indien het merk zo wordt gebruikt, dat de indruk kan worden gewekt, dat er een commerciële band tussen de derde onderneming en de merkhouder bestaat, en met name dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen de twee ondernemingen bestaat. In geen ander geval dan het hier bedoelde gebruik kan worden aangenomen dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht. Dit alles geldt in de veronderstelling dat de toestand van de waren niet is gewijzigd.

3.3. Vraag (d)

De huidige tekst van art. 13A BenMW beoogt de inhoud van EG-richtlijn 89/104 om te zetten in nationaal recht. Indien die omzetting correct is geschied, is de BenMW op dit punt inhoudelijk gelijk aan de richtlijn. De uitleg die het Hof van Justitie EG aan bepalingen van de richtlijn heeft gegeven geldt ook voor de overeenkomstige bepalingen van de BenMW.

Van richtlijnconforme interpretatie in de zin die daaraan gegeven wordt als het gaat om nog niet aangepast nationaal recht (uniforme Beneluxwetgeving daaronder begrepen), is nu in de veronderstelling van correcte omzetting geen sprake meer.

Het antwoord op de vraag luidt in die veronderstelling dat het voor het te bereiken resultaat geen verschil maakt of het oude dan wel het nieuwe art. 13A van toepassing is, maar voor de interpretatieproblemen waarvoor de rechter zich gesteld kan zien, wel.

Indien zou blijken dat de omzetting van de richtlijn door het Benelux-Protocol op één of meer punten niet correct is geweest, dient richtlijnconforme interpretatie plaats te vinden op dezelfde wijze als dat met de nog niet aangepaste tekst van de BenMW moest en moet geschieden.

4. Conclusie

Ik concludeer de gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

Vraag a: In een geval waarin een cassatieberoep zich richt tegen een vóór 1 januari 1996 totstandgekomen uitspraak, zodat de feiten vóór die datum zijn vastgesteld, blijft de BenMW, zoals deze vóór 1 januari 1996 luidde, van toepassing. De desbetreffende bepalingen van de BenMW moeten – althans wanneer de uitspraak waartegen het cassatieberoep zich richt, totstandgekomen is na de datum waarop richtlijn 89/104/EEG in het nationale recht, *in casu* de BenMW, had moeten zijn omgezet, d.w.z. 31 december

1992 – zo veel mogelijk in overeenstemming met die richtlijn worden uitgelegd.

Vragen b en c: Indien iemand zonder toestemming van de merkhouder gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij (A) reparatie- en onderhoudsdiensten verricht met betrekking tot waren die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel (B) specialist respectievelijk gespecialiseerd is met betrekking tot zulke waren, is sprake van ander gebruik dat in het economisch verkeer van het merk wordt gemaakt (art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2 (oud) BenMW). Het maakt geen verschil of het gaat om aankondiging (A) dan wel om aankondiging (B). De merkhouder kan zich verzetten tegen zodanig gebruik van zijn merk indien het merk zo wordt gebruikt, dat de indruk kan worden gewekt, dat er een commerciële band tussen de derde onderneming en de merkhouder bestaat, en met name dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen de twee ondernemingen bestaat. In geen ander geval dan het hier bedoelde gebruik kan worden aangenomen dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht. Dit alles gaat uit van de veronderstelling dat de toestand van de waren niet is gewijzigd.

Vraag d: In de veronderstelling dat de omzetting van de inhoud van EG-richtlijn 89/104 in de huidige tekst van art. 13A BenMW correct is geschied, maakt het voor het te bereiken resultaat geen verschil of het oude dan wel het nieuwe art. 13A van de BenMW van toepassing is. Voor de interpretatieproblemen waarvoor de rechter zich gesteld kan zien, kan dit wel verschil maken.

De overige vragen behoeven geen beantwoording.

Arrest

1. Gelet op het op 7 februari 1997 door de Hoge Raad der Nederlanden uitgesproken arrest in de zaak nr. 16.161 van de vennootschap Bayerische Motorenwerke AG, gevestigd te München, en van de vennootschap BMW Nederland B.V., gevestigd te 's-Gravenhage – verder afzonderlijk te noemen: BMW AG onderscheidenlijk BMW Nederland, en tezamen BMW – enerzijds en Ronald Karel D., wonende te Almere – verder te noemen: D. – anderzijds, waarbij overeenkomstig art. 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan dit Hof vragen van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (BenMW), alsmede van het Benelux Protocol van 2 december 1992, waarbij de eenvormige Beneluxwet op de merken is aangepast aan de eerste richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht van de Lidstaten (89/101/EEG, *PbEG*, L40) (hierna: de Richtlijn), worden gesteld:

Ten aanzien van de feiten:

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

(i) BMW AG brengt in tal van landen, en sedert 1930 in de Beneluxlanden, door haar vervaardigde automobielen in de handel. Zij heeft bij het Benelux Merkenbureau het

woordwerk BMW en twee figuurmerken voor onder meer motoren, automobielen zomede onderdelen van en toebehoren voor motoren en automobielen gedeponeerd.

(ii) BMW AG heeft voor het in de handel brengen van de door haar vervaardigde automobielen in elk land een dealerorganisatie opgezet, in Nederland tezamen met BMW Nederland, welke vennootschap onder toezicht van BMW AG zorg draagt voor de instandhouding van die organisatie.

(iii) De bij de dealerorganisatie aangesloten bedrijven hebben het recht om, zolang zij van de organisatie deel uitmaken, voor hun bedrijfsuitoefening gebruik te maken van voormelde merken. Deze ondernemingen hebben zich daartegenover jegens BMW verplicht om bij de service- en garantieverlening en bij de verkoopbevordering die hoge normen van technische kwaliteit aan te houden, die BMW noodzakelijk acht.

(iv) D. heeft een garagebedrijf en heeft zich daarbij in het bijzonder toegelegd op de verkoop van tweedehands automobielen van het merk BMW en op reparatie en onderhoud van automobielen van dat merk. Hij is niet aangesloten bij de dealerorganisatie van BMW.

(v) De door D. gehanteerde aankondigingen «Specialist in BMW» en «Gespecialiseerd in BMW» hebben betrekking op zowel verkoop van tweedehands automobielen van het merk BMW als reparatie en onderhoud van automobielen van dat merk;

3. Overwegende dat de Hoge Raad de volgende vragen van uitleg van de BenMW en van het Benelux-Protocol van 2 december 1992 heeft gesteld:

(a) Moet het voormelde Protocol en/of de BenMW aldus worden uitgelegd dat, indien in een geding dat de merkhouders op grond van het bepaalde in art. 13A (oud) BenMW aanhangig heeft gemaakt, het cassatieberoep zich richt tegen een vóór 1 januari 1996 totstandgekomen uitspraak, het vóór 1 januari 1996 geldende recht van toepassing blijft?

(b) Indien iemand zonder toestemming van de merkhouders gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij (A) reparatie- en onderhoudsdiensten verricht met betrekking tot waren die door dan wel met toestemming van de merkhouders onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel (B) specialist respectievelijk gespecialiseerd is met betrekking tot zulke waren, is dan sprake van:

(i) gebruik van het merk voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven, in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1^o, (oud) BenMW; of

(ii) gebruik van dat merk voor diensten dat heeft te gelden als gebruik van het merk in de zin van artikel 13A, eerste lid, aanhef en onder 1^o, (oud) BenMW, aangenomen dat gezegd kan worden dat soortgelijkheid in de zin van art. 39 bestaat tussen deze diensten en de waren waarvoor het merk is ingeschreven; of

(iii) ander gebruik dat in het economisch verkeer van het merk wordt gemaakt (art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2^o, (oud) BenMW)?

Maakt het voor de beantwoording van deze vraag verschil of het gaat om aankondiging (A) dan wel om aankondiging (B)? Maakt het, mede gezien het bepaalde in artikel 13A, derde lid, BenMW voor het antwoord op de vraag of de merkhouders zich tegen voormeld gebruik kan verzetten, verschil of sprake is van gebruik als bedoeld onder (i), (ii) dan wel (iii)?

c) Kan de merkhouders, aangenomen dat in de beide of in een van de in de aanhef van vraag (b) omschreven gevallen sprake is van gebruik van zijn merk in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1^o, (oud) BenMW, zich enkel met vrucht tegen dat gebruik verzetten, wanneer degene die aldus van het merk gebruik maakt, daarmee de indruk wekt dat zijn onderneming behoort tot de organisatie van de merkhouders, of kan hij zich ook tegen dat gebruik verzetten, indien de gereede kans bestaat dat door de wijze waarop het merk voor deze aankondigingen wordt gebruikt, bij het publiek de indruk wordt gewekt dat het merk daarbij in belangrijke mate wordt gebezigd teneinde reclame te maken voor de eigen onderneming als zodanig door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie?

(d) Luiden de antwoorden op de onder (b) en (c) gestelde vragen anders, indien het huidige art. 13A BenMW van toepassing is?

Ten aanzien van het verloop van het geding:

...

5. Overwegende dat bij beschikking van 18 maart 1997 de Kamer voor de procesvoering van het Hof heeft beslist het verloop van het geding op te schorten totdat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de prejudiciële vragen van uitleg zou hebben beantwoord, die de Hoge Raad der Nederlanden eveneens bij voornoemd arrest van 7 februari 1997 met betrekking tot de Richtlijn had gesteld; dat in de desbetreffende zaak C-63/97 het Hof van Justitie EG zijn arrest op 23 februari 1999 heeft gewezen;

...

Ten aanzien van het recht:

Met betrekking tot vraag (a)

9. Overwegende dat bij de beantwoording van de eerste vraag van de Hoge Raad moet worden vooropgesteld dat het Protocol van 2 december 1992, waarbij de BenMW met ingang van 1 januari 1996 in overeenstemming is gebracht met de Richtlijn, geen regelen van overgangsrecht bevat, en dat de Beneluxwetgever evenmin met het oog op wijziging van eenvormige Beneluxwetten algemene regels van overgangsrecht heeft vastgesteld;

10. Overwegende dat derhalve aan de hand van algemene beginselen, waaronder in het bijzonder het beginsel van rechtszekerheid, moet worden vastgesteld of het vóór 1 januari 1996 geldende merkenrecht moet worden toegepast dan wel het met ingang van die datum geldende, aan de Richtlijn aangepaste merkenrecht in een geding waarin in cassatie na deze datum moet worden geoordeeld over een geval waarin in de feitelijke instanties vóór deze datum is beslist:

11. Overwegende dat het strookt met het instituut van cassatie, waarin in een geval als hiervoor omschreven moet worden rechtgedaan op de grondslag van door de feitelijke instanties onder het voorheen geldende recht vastgestelde feiten, dat als uitgangspunt heeft te gelden dat in cassatie dit recht van toepassing is;

Met betrekking tot vraag (b)

12. Overwegende dat de Hoge Raad, die met vraag (b) in de eerste plaats wenst te vernemen welke van de in art. 13A (oud) BenMW omschreven vormen van gebruik de in die vraag omschreven gedragingen opleveren, daarbij klaar-

blijklijk ervan uitgaat dat de door hem gestelde vraag (a) moet worden beantwoord in deze zin dat, zoals hiervoor in 10 is overwogen, in het onderhavige geval in beginsel het voorheen geldende recht van toepassing is;

13. Dat het Hof hierbij evenwel opmerkt dat, nu het in cassatie bestreden arrest is gewezen nadat de BenMW in overeenstemming had moeten zijn gebracht met de Richtlijn, het voorheen toepasselijke recht zoveel mogelijk in overeenstemming met die Richtlijn moet worden uitgelegd;

14. Overwegende dat het Hof in zijn vroegere rechtspraak heeft geoordeeld dat het de wederverkoper ingevolge de in het derde lid van art. 13A (oud) BenMW op het bepaalde in het eerste lid, aanhef en onder 1, van dat artikel gemaakte uitzondering in beginsel vrijstaat een merk te gebruiken teneinde het verder verhandelen van door de houder van dat merk of diens licentiehouder in het verkeer gebrachte waren aan het publiek aan te kondigen, maar dat die uitzondering niet zo ver gaat dat zij de merkhouder zou beletten zich op grond van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1 (oud), ertegen te verzetten dat de wederverkoper van deze bevoegdheid tot het aankondigen van verdere verhandeling gebruik maakt om met het merk te werven voor zijn onderneming als zodanig en aldus voor die onderneming voordeel te trekken uit de reputatie en de goodwill van het merk;

15. Overwegende dat het Hof daarbij heeft gepreciseerd dat niet sprake is van een gebruik van het merk als bedoeld in art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 1 (oud), maar van «ander gebruik» in de zin van die bepaling onder 2, zodra gerede kans bestaat dat door de wijze waarop de wederverkoper het merk in belangrijke mate wordt gebezigd teneinde reclame te maken voor zijn onderneming als zodanig door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie (zoals het bestaan van een bijzondere relatie tussen zijn onderneming en de merkhouder of diens licentiehouder); zie met name Benelux-Gerechtshof 20 december 1993, zaak A 92/5 (Daimler-Benz/Haze) *Jur.*, 1993, 65;

16. Overwegende dat uitleg van art. 13A (oud) BenMW overeenkomstig de Richtlijn, in aansluiting op de overwegingen van het Hof van Justitie EG met betrekking tot de door de Hoge Raad in deze zaak gestelde vragen (H.v.J., 23 februari 1999, nr. C-63/97, *Jur.*, 1999, p. I-905 inzake het merk BMW), het Hof aanleiding geeft in zoverre van deze rechtspraak terug te komen dat gebruik van een merk teneinde handelingen met betrekking tot door de merkhouder of diens licentiehouder in het verkeer gebrachte waren – zoals het verder verhandelen van die waren en het verrichten van reparaties en onderhoud – aan het publiek aan te kondigen, steeds moet worden aangemerkt als «ander gebruik» in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2 (oud);

17. Overwegende dat bij gebruik van het merk voor aankondigingen als vorenbedoeld van «zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht» als bedoeld in laatstgenoemde bepaling, sprake is, en – aangenomen dat de toestand van de waren niet is gewijzigd – de merkhouder zich derhalve tegen dit gebruik op grond van de BenMW kan verzetten, indien door dit gebruik de indruk kan worden gewekt dat er een commerciële band tussen de onderneming van de wederverkoper of degene die reparatie of onderhoud verricht en de merkhouder bestaat, en met name dat de onderneming van de wederverkoper of degene die reparatie of onderhoud verricht tot het distribu-

tiemet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen beide ondernemingen bestaat;

18. Dat het daarbij geen verschil maakt of degene die het merk gebruikt, enkel aankondigt dat hij reparatie- en onderhoudsdiensten verricht met betrekking tot waren die door of met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel dat hij gespecialiseerd is in zulke waren;

19. Overwegende dat de hiervoor weergegeven richtlijnconforme uitleg van art. 13A (oud) BenMW, inhoudelijk bezien, niet tot zodanige afwijkingen van de vroegere rechtspraak van het Hof leidt dat, in het licht van het beginsel van rechtszekerheid, zou moeten worden geoordeeld dat die uitleg niet mogelijk is;

Met betrekking tot vraag (c)

20. Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat vraag (c) geen nadere beantwoording behoeft;

Met betrekking tot vraag (d)

21. Overwegende met betrekking tot vraag (d) dat, nu het huidige art. 13A BenMW ter omzetting van de Richtlijn in de BenMW is opgenomen, het hiervoor door het Hof aan de hand van voormeld arrest van het Hof van Justitie EG overeenkomstig de Richtlijn op vraag (b) gegeven antwoord evenzeer geldt indien het huidige art. 13A van toepassing is;

...

Verklaart voor recht:

Ten aanzien van vraag (a)

27. Indien in een geding dat een merkhouder op grond van art. 13A (oud) BenMW aanhangig heeft gemaakt, het cassatieberoep zich richt tegen een vóór 1 januari 1996 totstandgekomen uitspraak, blijft de BenMW, zoals deze luidde vóór 1 januari 1996, van toepassing, met dien verstande dat, indien die uitspraak is totstandgekomen nadat de Richtlijn 89/104/EEG in het nationale recht had moeten zijn omgezet (31 december 1992), de BenMW zo veel mogelijk in overeenstemming met die Richtlijn moet worden uitgelegd;

Ten aanzien van vraag (b)

28. Indien iemand zonder toestemming van de merkhouder gebruik maakt van diens uitsluitend voor bepaalde waren ingeschreven merk teneinde aan het publiek aan te kondigen dat hij (A) reparatie- en onderhoudsdiensten verricht met betrekking tot waren die door dan wel met toestemming van de merkhouder onder dat merk in het verkeer zijn gebracht, dan wel (B) specialist respectievelijk gespecialiseerd is met betrekking tot zulke waren, is zowel in geval (A) als in geval (B) sprake van ander gebruik in de zin van art. 13A, eerste lid, aanhef en onder 2 (oud); aangenomen dat de toestand van de waren niet is gewijzigd, is sprake van gebruik onder zodanige omstandigheden dat aan de merkhouder schade kan worden toegebracht, indien het merk aldus wordt gebruikt dat de indruk kan worden gewekt dat er een commerciële band tussen de onderneming van de wederverkoper of degene die reparatie of onderhoud verricht en de merkhouder bestaat, en met name dat de wederverkoper of degene die reparatie of onderhoud verricht tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat een bijzondere relatie tussen beide ondernemingen bestaat;

Ten aanzien van vraag (d)

29. Het antwoord op vraag (b) luidt niet anders indien het huidige art. 13A BenMW van toepassing is.

ARBITRAGEHOF

14 FEBRUARI 2001

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. François en Bossuyt

Advocaten: mrs. Demarteau en Wijnants loco Peeters

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Termijn die ingaat en verstrijkt tijdens de gerechtelijke vakantie – Geen verlenging

Art. 1253quater, d), Ger. W. schendt art. 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het niet de verlenging van de termijn voor hoger beroep in verband met de gerechtelijke vakantie toestaat, bedoeld in art. 50, tweede lid, van hetzelfde Wetboek.

Arrest nr. 13/2001

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 30 september 1999 heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 1253quater, d), Ger. W., in zoverre de termijn om hoger beroep aan te tekenen begint te lopen en ook verstrijkt binnen de gerechtelijke vakantie, en zonder verwijzing naar art. 50, tweede lid, art. 10 en 11 van de Grondwet, terwijl het gemene recht van art. 1051 en 50, tweede lid, Ger. W. bepaalt dat die termijn van hoger beroep, in dergelijke omstandigheden, wordt verlengd tot de vijftiende dag van het nieuw gerechtelijk jaar?»

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied

M. P. heeft op 12 september 1997 hoger beroep ingesteld tegen een vonnis gewezen op 26 juni 1997 door de vrederechter van het kanton Wezet, uitspraak doende op een verzoekschrift, gebaseerd op art. 203, 203bis en 203ter B.W., waarbij zij het voordeel van een ontvangstmachtiging vordert in het raam van de regeling van het door haar echtgenoot verschuldigde alimentatiegeld ten voordele van de gezamenlijke kinderen.

Aangezien van het vonnis kennis is gegeven op 1 juli 1997, is de rechtbank van mening dat het hoger beroep te laat lijkt te zijn ingesteld: zij stelt, enerzijds, vast dat de procedure betreffende de vorderingen met een dergelijke bedoeling, krachtens art. 203ter B.W., bij de artikelen 1253bis tot 1253quinquies Ger. W. wordt geregeld, dat art. 1252quater, d), Ger. W. de termijn voor hoger beroep op een maand vaststelt en, anderzijds, dat art. 50, tweede lid, van hetzelfde Wetboek bepaalt dat, indien de termijn van hoger beroep of verzet waarin de artikelen 1048 en 1051 voorzien, binnen de gerechtelijke vakantie begint te lopen en ook verstrijkt, hij verlengd wordt tot de vijftiende dag van het nieuwe gerechtelijke jaar en dat de termijn om hoger beroep aan te tekenen, overeenkomstig het voormelde art. 1051, een maand is, te rekenen vanaf de betekening van het vonnis of de kennisgeving ervan overeenkomstig art. 792, tweede en derde lid; de rechtbank is van mening dat de in art. 50, tweede lid, bedoelde termijnverlenging te dezen niet van toepassing is, omdat de krachtens art. 1253quater, Ger. W. gedane kennisgeving niet wordt beoogd in art. 1051.

De appellante heeft evenwel uiteengezet dat, indien hetzelfde geschil in plaats van aan de vrederechter (aangezien de ouders gescheiden zijn) was voorgelegd, aan de voorzitter van de rechtbank zitting houdende in kort geding in het raam van een echtscheidingsprocedure, het aanleiding zou hebben gegeven tot een beslissing die niet voor kennisgeving maar voor betekening vatbaar is (met genot van de toepassing van art. 1051 en 50, tweede lid, Ger. W.); bovendien heeft zij, zich baserende op de parlementaire voorbereiding van art. 50 Ger. W., doen gelden dat de niet-toepassing van art. 50, tweede lid, en 1051 Ger. W. op de in art. 1253quater Ger. W. daarvan beoogde situaties, strijdig was met art. 10 en 11 van de Grondwet, en zij heeft de rechtbank voorgesteld het Hof de hiervoor weergegeven prejudiciële vraag te stellen. De rechtbank heeft dat verzoek ingewilligd.

...

IV. In rechte

B.1. Art. 1051, eerste lid, Ger. W. bepaalt: «De termijn om hoger beroep aan te tekenen is één maand, te rekenen vanaf de betekening van het vonnis of de kennisgeving ervan overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid.»

Art. 1253quater Ger. W., waarvan *littera d)* het voorwerp uitmaakt van de prejudiciële vraag, bepaalt:

«Wanneer de vorderingen gegrond zijn op de artikelen 214, 215, 216, 221, 223, 1420, 1421, 1426, 1442, 1463 en 1469 van het Burgerlijk Wetboek:

a) doet de rechter de partijen oproepen in raadkamer en poogt ze te verzoenen;

b) wordt de beschikking gewezen binnen 15 dagen na de indiening van het verzoek; de griffier geeft ervan kennis aan beide echtgenoten;

c) kan, indien de beschikking bij verstek is gewezen, de partij die niet verschenen is, binnen een maand na de kennisgeving verzet doen bij verzoekschrift ingediend ter griffie van de rechtbank;

d) is de beschikking vatbaar voor hoger beroep ongeacht het bedrag van de eis: hoger beroep wordt ingesteld binnen een maand na de kennisgeving;

e) kan elk der echtgenoten te allen tijde in dezelfde vorm wijziging of intrekking vorderen van de beschikking of het arrest».

B.2. De prejudiciële vraag heeft betrekking op het verschil in behandeling dat bestaat tussen de personen die hoger beroep aantekenen in een procedure van gemeen recht en diegenen die hoger beroep aantekenen tegen een beschikking die is gewezen op de vorderingen in verband met de respectieve rechten en plichten van de echtgenoten, met hun huwelijksvermogensstelsel en met bepaalde verplichtingen die ontstaan uit het huwelijk of de afstamming, in zoverre enkel de eerstgenoemden de verlenging van de termijn voor hoger beroep – bedoeld in art. 50, tweede lid, Ger. W. – genieten tot de vijftiende dag van het nieuwe gerechtelijk jaar, wanneer de termijn is ingegaan en verstrijkt tijdens de gerechtelijke vakantie: het genoemde art. 50 verwijst immers naar de in art. 1051 van hetzelfde Wetboek bedoelde termijn voor hoger beroep; doordat het genoemde art. 1051 echter in het eerste lid ervan bepaalt dat «de termijn om hoger beroep aan te tekenen [...] één maand [is], te rekenen van de betekening van het vonnis of de kennisgeving ervan overeenkomstig art. 792, tweede en derde lid», verwijst het niet

naar de beschikking waarvan kennis wordt gegeven op basis van het voormelde art. 1253*quater*.

B.3. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen, dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende procedures voor verschillende rechtscolleges in minstens gedeeltelijk verschillende omstandigheden, houdt op zichzelf geen discriminatie in. Van discriminatie zou slechts sprake kunnen zijn, mocht het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die procedures, gepaard gaan met een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen.

B.4. De Commissie voor de justitie van de Senaat, die de in het geding zijnde *littera d*) invoegde in de tekst van art. 1253*quater* Ger. W. vermeld in het wetsontwerp (waaruit de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en huwelijksvermogensstelsels is ontstaan) dat haar was voorgelegd, wees er in haar verslag op dat die bepaling een «bevestiging (is) van hetgeen reeds gesteld is in art. 1031, namelijk dat de beschikking vatbaar is voor hoger beroep» (*Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 683-2, p. 105). Er dient evenwel te worden opgemerkt dat art. 1031 Ger. W. betrekking heeft op de vordering bij eenzijdig verzoekschrift, terwijl de procedure op verzoekschrift tussen echtgenoten een procedure op tegenspraak is.

B.5. De aldus gedane toevoeging ging niet gepaard met een wijziging van art. 1051 Ger. W., die ertoe strekt een verwijzing naar art. 1253*quater* Ger. W. erin op te nemen; de reden waarom van het gemene recht moest worden afgeweken, is evenmin aangegeven.

Aangezien art. 50, tweede lid, Ger. W., dat voorziet in een verlenging van de termijn voor hoger beroep wanneer die ingaat na het begin van de gerechtelijke vakantie, verantwoord werd door de vrees dat er geen voldoende bekendheid zou zijn nopens de tijdens die periode gedane betekening (*Parl. St.*, Senaat, 1969-70, nr. 138, p. 2) en aangezien een dergelijke vrees niet minder gegrond lijkt in de gevallen waarin de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast dan in die waarin het gemene recht wordt toegepast, leidt die bepaling ertoe op onevenredige wijze de rechten van de verdediging van de partijen te beperken en doorstaat zij de grondwettigheidsstoets niet.

B.6. De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 MEI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Echement

Openbaar ministerie: de h. Henkes

Advocaten: mrs. T'Kint en De Bruyn

Mede-eigendom – Mandeligheid – Vermoeden van art. 653 B.W. – Toepassingsgebied

Het in art. 653 B.W. vervatte vermoeden kan van toepassing zijn wanneer de muur vóór het oprichten van het aangrenzende gebouw geen scheiding tussen gebouwen vormde.

H. t/ L.

Gelet op het bestreden vonnis, op 3 januari 1997 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Charleroi;

Over het middel: schending van art. 653, 654 en 1352 B.W.,

doordat het bestreden vonnis eisers vordering die ertoe strekt verweerder de waarde te doen betalen van de mandeligheid van de muur waartegen laatstgenoemde een gebouw had doen steunen, niet gegrond verklaart; dat het vonnis vaststelt dat de partijen eigenaar zijn van naburige panden die aan eenzelfde eigenaar hebben toebehoord; dat de ouders van eiser in 1951, op het door hen gekochte deel van dat geheel het aan eiser toebehorende gebouw hebben opgericht; dat verweerder in 1985 het aangrenzende goed, bestaande uit twee gebouwen en een stuk grond, heeft aangekocht; dat verweerder in juli en augustus 1989 op het stuk grond een garage heeft gebouwd die, aan de kant van de voorgevel, steunt tegen de muur van eisers pand en, aan de zijkant die muur in zich opneemt; dat het vervolgens zijn beslissing hierop grondt «dat volgens art. 653 B.W. in de steden en op het platteland iedere muur vermoed wordt gemeen te zijn, wanneer hij tot scheiding dient tussen gebouwen, tot aan het minst verheven dak, of nog wanneer hij tot scheiding dient tussen binnenplaatsen en tuinen, en zelfs tussen omheinde erven in de velden; een en ander indien er titel noch teken is van het tegendeel; (...) dat genoemd vermoeden, dat weerlegbaar is, degene in wiens voordeel het bestaat, van ieder bewijs ontslaat (...); (...) dat overigens het vermoeden van art. 653 B.W. moet worden toegepast op de huidige plaatsgesteldheid (...), d.w.z. de plaatsgesteldheid zoals ze bestond ten tijde van de vordering in rechte; dat genoemd vermoeden gebaseerd is op de veronderstelling dat een afsluiting of een scheidsmuur die twee naburige eigenaars van nut is, hun in onverdeeldheid toebehoort, ofwel omdat die afsluiting op gemene kosten is opgetrokken, ofwel door een van de eigenaars, voor privé-doeleinden is opgetrokken waarbij de andere echter de mede-eigendom ofwel ten bezwarende titel, ofwel door *usucapio* heeft verkregen, een en ander naar gelang van zijn behoeften (...); (...) dat het vermoeden van mandeligheid van toepassing blijft als maar aan een kant was gebouwd toen de muur werd opgetrokken (...); (...) dat (eiser) geen titel van het tegendeel overlegt; dat hij niet bewijst en niet aanbiedt te bewijzen dat er tekenen zijn dat de scheidsmuur niet gemeen is, in de zin van art. 654 B.W.; dat de (door hem afgelegde) verklaringen louter eenzijdig zijn en dienaangaande niets bewijzen»;

terwijl, (...)

tweede onderdeel, het vermoeden van mandeligheid krachtens art. 653 B.W. enkel van toepassing is op een muur die gebouwen scheidt; zoals verweerder in zijn appelconclusie heeft erkend, de door hem gebouwde garage op een open terrein is opgericht; de muur van eisers pand dus niet kon worden vermoed gemeen te zijn toen verweerder hem in bezit nam; het bestreden vonnis bijgevolg, nu het beslist dat het vermoeden van mandeligheid van toepassing is op die muur, hoewel die muur, vóór de bouw van de litigieuze garage niet had gediend als scheiding tussen gebouwen, art. 653 B.W. en bijgevolg ook art. 654 en 1352 B.W. schendt;

...

Wat het tweede onderdeel betreft;

Overwegende dat, in strijd met wat het middel aanvoert, het in art. 653 B.W. vervatte vermoeden van toepassing kan zijn wanneer de muur vóór het oprichten van het aangrenzende gebouw, geen scheiding tussen gebouwen vormde; Dat het onderdeel faalt naar recht.

NOOT – Zie ook Cass., 21 maart 1946, *Arr. Cass.*, 1946, 114.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 13 NOVEMBER 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. Boes
Openbaar ministerie: mevr. De Raeve
Advocaat: mr. Geinger

Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming – Oprichting – Technische bedrijfseenheid – Begrip – Criteria – Openbare orde – Erkenning – Gevolg

De wettelijke bepalingen met betrekking tot de sociale verkiezingen en de oprichting van een ondernemingsraad en een comité voor preventie en bescherming zijn van openbare orde. Hieruit volgt dat in geval van betwisting over het bestaan van een technische bedrijfseenheid, de rechter de criteria voor de objectieve vaststelling van een technische bedrijfseenheid dient te onderzoeken. Dit houdt in dat de rechter in geval van betwisting geen rekening mag houden met een vroeger akkoord of beweerde bekentenis omtrent het bestaan en de omschrijving van een technische bedrijfseenheid.

N.V. C. t/ A.C.V., A.B.V.V. en A.C.L.V.B.

Gelet op het bestreden arrest, op 3 februari 2000 in laatste aanleg gewezen door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 3, § 2, van het K.B. van 25 mei 1999 betreffende de ondernemingsraden en de comité's voor preventie en bescherming op het werk, een comité voor preventie en bescherming op het werk moet worden opgericht in de ondernemingen die gewoonlijk gemiddeld ten minste vijftig werknemers tewerkstellen; dat krachtens art. 3, § 1, van dit K.B. een ondernemingsraad moet worden opgericht in ondernemingen die gewoonlijk gemiddeld honderd werknemers tewerkstellen;

Overwegende dat krachtens art. 14, § 1, tweede lid, 1^o, van de Bedrijfsorganisatiewet van 20 september 1948, de onderneming hiervoor omschreven wordt als de technische bedrijfseenheid, bepaald op grond van de economische en sociale criteria; dat in geval van twijfel de sociale criteria primeren; dat art. 49, tweede lid, 1^o, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, het begrip onderneming op dezelfde wijze omschrijft;

Overwegende dat deze wettelijke bepalingen met betrekking tot de sociale verkiezingen en de oprichting van een ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming de openbare orde aanbelangen; dat hieruit volgt dat in geval van betwisting over het bestaan van een technische bedrijfseenheid de rechter de criteria voor de objectieve vaststelling van een technische bedrijfseenheid dient te onderzoeken; dat zulks inhoudt dat de rechter in geval van betwisting geen rekening mag houden met een vroeger akkoord of beweerde bekentenis omtrent het bestaan en de omschrijving van een technische bedrijfseenheid; dat een bekentenis immers niet kan slaan op zaken van openbare orde waarover de wet niet toelaat te beschikken en betreffende dewelke het verboden is een dading aan te gaan;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat de wettelijke en reglementaire bepalingen in verband met de sociale verkiezingen de openbare orde raken en oordeelt dat de partijen aangaande de oprichting van een ondernemingsraad of een comité voor preventie en bescherming geen bindende afspraken kunnen maken;

Dat het bestreden vonnis zonder onderzoek van de objectieve criteria voor het vaststellen van een technische bedrijfseenheid tot het bestaan van drie technische bedrijfseenheden en tot de oprichting van een ondernemingsraad voor de vestiging te Izegem en een ondernemingsraad voor de vestigingen te Antwerpen en Gent samen beslist, op grond dat eiseres, door in te stemmen met de oprichting van drie comité's voor preventie en bescherming, een voor elk van haar vestigingen, erkend heeft dat elk van haar drie vestigingen afzonderlijke technische bedrijfseenheden uitmaken;

Dat het bestreden vonnis aldus de als geschonden aangewezen wettelijke bepalingen schendt (art. 6, 1131, 1133, 1316, 1350, 4^o en 1354 B.W.; art. 14, § 1, Bedrijfsorganisatiewet en 49 Welzijnswet Werknemers);

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 APRIL 2001

Voorzitter: de h. Waûters
Rapporteur: mevr. Bourgeois
Openbaar ministerie: de h. Bresseleers
Advocaten: mrs. Verbist en Bützler

Tuchtrecht – Rechten van de mens – Recht van verdediging – Verplichting mee te werken aan het tuchtonderzoek – Verplichting tot overlegging dossiers

Het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging noch art. 6.1 E.V.R.M. worden geschonden wanneer in het raam van een tuchtonderzoek de tuchtoverheid van een persoon de overlegging vraagt van documenten die deze wettelijk verplicht is op te stellen.

S. t/ Orde van Architecten

Conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers

De Raad van Beroep van de Orde van Architecten heeft tegen eiser de tuchtstraf van 8 maanden schorsing uitge-

sproken wegens niet-naleving van art. 29 van het reglement van beroepsplichten, namelijk wegens eisers volharding in de weigering om een vijftal nader bepaalde dossiers over te leggen. Art. 29 van voormeld reglement, vastgesteld door de Raad van de Orde der Architecten op 16 december 1983 en goedgekeurd bij K.B. van 18 april 1985 (*B.S.*, 8 mei 1985), luidt als volgt: «Op eenvoudige vraag van zijn provinciale Raad deelt de architect, in zaken die hem betreffen, alle inlichtingen en documenten mee welke nodig zijn bij het vervullen van de opdracht van de Raad van de Orde».

...

Het derde onderdeel stelt de vraag aan de orde of de verplichting om mee te werken aan het tuchtonderzoek, zoals geconcretiseerd in art. 29 van het reglement van beroepsplichten, niet strijdig is met art. 6.1 E.V.R.M. en het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging.

Volgens de klassieke rechtspraak van het Hof stoelt deze deontologische verplichting op de onderliggende regel dat een aan de plichtenleer van een beroep onderworpen persoon loyauteit en eerlijkheid verschuldigd is aan zijn tucht-overheid, en is het naar recht verantwoord om tekortkomingen aan die verplichting met een tuchtsanctie te bestraffen (Cass., 18 februari 1994, *Arr. Cass.*, 1993-94, nr. 82 en de aldaar in voetnoot 3 vermelde verwijzen).

Maar ook indien men die verplichting zou willen toetsen aan de rechtsbescherming die een verdachte in een strafprocedure geniet (zie dienaangaande: du Jardin, J., «Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie», *R.W.*, 2000-2001, (785), p. 795, linkerkolom en voetnoten 110 tot 115, en p. 808, rechterkolom («Tuchtrechtspleging») en voetnoot 283), kan het onderdeel niet slagen. Onbetwist is dat in de voorliggende tuchtprocedure niet werd beslist over de gegrondheid van een strafvervolg in de zin van art. 6.1 E.V.R.M. In dat geval zou de bedenking toepasselijk zijn dat «het zwijgrecht, dat samenhangt met het recht van verdediging en met het vermoeden van onschuld, conflicteert met de traditionele verplichting van trouw en oprechtheid t.o.v. de overheden van de orde» (du Jardin, J., *o.c.*, *R.W.*, 2000-2001, 800, rechterkolom).

Volgens eiser moet ook een tuchtrechtelijk vervolgd persoon vrij de wijze kunnen bepalen waarop hij zijn verdediging voert, wat in zijn optiek impliceert dat hij niet verplicht kan worden dossiers over te leggen die voor hem belastend (kunnen) zijn.

Zo geformuleerd is die stelling ongetwijfeld onjuist. Uw Hof heeft in strafzaken die onder meer beslist dat het een beklaagde niet toegelaten is strafbare feiten te plegen om zijn misdrijven verborgen te houden (Cass., 24 augustus 1998, *Arr. Cass.*, 1998, nr. 371); het is evenmin een reden om een wettelijke verplichting te negeren.

Anderzijds is het een ongenueanceerde en dus onjuiste opvatting dat art. 6.1 E.V.R.M. inhoudt dat niemand verplicht kan worden tegen zichzelf bewijs te leveren. Ook het Arbitragehof schijnt die mening toegedaan te zijn, meer bepaald wat tuchtonderzoeken tegen politieambtenaren betreft (arrest nr. 4/2001 van 25 januari 2001, *B.S.*, 10 februari 2001, p. 3715, punten B.5.3. tot B.5.5.).

De arresten Funke, Murray en Saunders van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tonen aan dat het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, naar de interpretatie van het Hof in Straatsburg, niet zo ver gaan dat ze ook

gelden ten aanzien van documenten die onafhankelijk van de wil van de verdachte reeds bestaan, en op voorwaarde dat het verzoek om overlegging niet zo ruim is gesteld dat het neerkomt op een *fishing expedition* (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arresten van 25 februari 1993 inzake Funke, 8 februari 1996 inzake Murray en 17 december 1996 inzake Saunders. Voor een recente commentaar, zie De Smet, B., en Rimanque, K., *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling*, Centrum voor Beroepsvervolgmaking in de Rechten Antwerpen, nr. 219; zie ook Schalken, T. en Rozemond, K., «Straatsburgse duidelijkheid over *nemo tenetur*», *N.J.B.* 1997, 808.) Wat die documenten betreft, heeft de overheid het recht om de mededeling ervan verplicht te stellen.

Zo lijdt het geen twijfel dat het strafbaar stellen van de weigering van een vrachtwagenchauffeur om zijn tachograafschijf aan een opsporingsambtenaar te overhandigen niet in strijd is met artikel 6.1 E.V.R.M. (Cass., 6 juni 2000, P.98.0461.N., nog niet gepubliceerd), evenmin als de strafwaardigheid van de werkgever die weigert het personeelsregister over te leggen, of van de bestuurders van een vennootschap die weigeren inlichtingen te verstrekken nodig voor de controle van de jaarrekeningen, om nog te zwijgen over de documenten waarvan bij vermoeden van fiscale fraude de overlegging kan worden bevolen.

Ook indien uit die stukken strafbare feiten (kunnen) blijken, wordt de niet-overlegging ervan strafbaar gesteld, zonder dat door de strafbedreiging het recht op een eerlijk proces wordt miskend.

Al deze voorbeelden gaan over strafvervolgelingen en strafbare feiten. De tuchtrechtspleging en de strafrechtspleging groeien gaandeweg naar elkaar toe (du Jardin, J., *o.c.*, *R.W.*, 2000-2001, 808, rechterkolom), en er is geen grond om aan te nemen dat een tuchtrechtelijk vervolgd persoon, bij het voordragen van zijn verdediging, over een grotere vrijheid of meer rechten beschikt. Integendeel, in een tuchtaak is het van groter belang dat de betrokkene in zekere mate verplicht kan worden mee te werken aan het onderzoek dat hem betreft, niet alleen wegens de bijzondere vertrouwensrelatie met de tucht-overheid, maar ook omdat die overheid niet beschikt over de dwangmaatregelen van de strafvordering, zoals de huiszoeking.

De bepaling van het reglement van beroepsplichten die de architect verplicht om op eenvoudig verzoek van de provinciale raad de documenten mee te delen die nodig zijn bij het vervullen van de opdracht van de raad, is principieel niet strijdig met art. 6.1 E.V.R.M., noch met het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging.

Het middel faalt in zijn drie onderdelen.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op de bestreden beslissing, op 23 december 1999 gewezen door de raad van beroep van de Orde van Architecten met het Nederlands als voertaal;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van art. 6.1 E.V.R.M., van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging en van art. 149 van de Grondwet,

doordat de Raad van Beroep (...) de tweede tenlastelegging, namelijk geen medewerking te hebben verleend aan het onderzoek in strijd met art. 29 van het Reglement van Beroepslichten bewezen verklaart (...) op grond van de volgende redengeving: «(...) Het bureau, na kennis te hebben gekregen van de samenstelling van het architectenbureau van eiser, heeft op de zitting van 16 december 1996 aan betrokkene gevraagd om uiterlijk op 20 december 1996 een vijftal nader bepaalde dossiers over te leggen. (Eiser) zou zich daaromtrent beraden, maar heeft daaraan geen gevolg gegeven. Ook bij de behandeling op de zitting van 15 december 1997 is formeel geweigerd dossiers over te leggen. Het verzoek tot mededeling van dossiers is niet strijdig met art. 6.1. E.V.R.M. (...). Het is evenwel overduidelijk dat (eiser) in strijd met art. 29 van het reglement van de beroepslichten niet aan het onderzoek heeft medegewerkt. Alzo heeft hij tevens elk onderzoek m.b.t. de voorgaande tenlastelegging onmogelijk gemaakt. (...) Het volharden van (eiser) in de weigering dossiers mede te delen rechtvaardigt op zich het behoud van de duur van de schorsing voor het bewezen gebleven feit B»;

terwijl, (...)

derde onderdeel, uit het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging alsook uit art. 6, in het bijzonder het eerste lid, E.V.R.M. de tuchtrechtelijk vervolgte persoon het recht put om vrij de wijze te bepalen waarop hij zijn verdediging voert, hetgeen impliceert dat de betrokkene niet verplicht kan worden mede te werken aan een tucht-onderzoek, ook wanneer dit voor hem bezwarend kan zijn, zoals door het voorleggen van dossiers die voor hem belastend kunnen zijn; dat een dergelijke verplichting tot medewerking aan een tuchtonderzoek onverenigbaar is met het recht van verdediging van een persoon die het voorwerp uitmaakt van een vervolging van disciplinaire aard; dat art. 6.1. E.V.R.M. als internationale rechtsnorm voorrang heeft op bepalingen van de interne rechtsorde, waaronder art. 29 van het Reglement van Beroepslichten der Architecten van 16 december 1983, door de Nationale Raad van de Orde van Architecten vastgesteld en goedgekeurd bij K.B. van 18 april 1985 zodat laatstgenoemde bepaling moet wijken voor de hiërarchisch hogere norm van art. 6.1. E.V.R.M.; het verzoek tot mededeling van dossiers derhalve wel degelijk strijdig is met art. 6.1. E.V.R.M. en het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging, de Raad van Beroep derhalve door te oordelen dat het verzoek tot mededeling van dossiers in het raam van een tuchtprocedure niet strijdig is met art. 6.1. E.V.R.M., en door te oordelen dat eiser een tuchttoetreding heeft begaan door in strijd met art. 29 van het Reglement van Beroepslichten niet aan het onderzoek te hebben medegewerkt en alzo elk onderzoek met betrekking tot de voorgaande tenlastelegging onmogelijk te hebben gemaakt, en door eiser op die grondslag te veroordelen tot een tuchtsanctie van schorsing gedurende acht maanden, het in het middel aangeduide algemene rechtsbeginsel en art. 6.1. E.V.R.M. schendt:

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat noch het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging noch art. 6.1. E.V.R.M. worden geschonden wanneer in het raam van een tuchtonderzoek de

tuchttoetreding van een persoon vraagt de documenten die deze wettelijk verplicht is op te stellen, mede te delen;

Overwegende dat de bestreden beslissing die eiser tuchtrechtelijk veroordeelt op grond dat hij weigert dossiers mede te delen in strijd met art. 29 van het reglement van de beroepslichten der architecten, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

Sebis KAMER – 15 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Lemmens

Advocaten: mrs. Carlier en Noelmans

Overeenkomst – 1. Geldigheidsvereisten – Oorzaak – Toestaan van lening om lener in staat te stellen een hem verboden handel te drijven – Kennis van de uitlener – Ongeoorloofde oorzaak – 2. Nietigheid – Absolute nietigheid – Gevolg – Toepassing van het adagium «In pari causa turpitudinis cessat repetitio» – Voorwaarde – Bescherming van de maatschappelijke orde

1. Wanneer een uitlener een lening toekent aan een persoon om deze in staat te stellen om, onder het mom van een vennootschap, maar in werkelijkheid, in persoonlijke naam, handel te drijven, terwijl dit laatste aan de lener, wegens een strafrechtelijke veroordeling, verboden was en de uitlener hiervan op de hoogte was, heeft deze lening ook in de persoon van de uitlener een oogmerk dat strijdig is met de openbare orde en is deze overeenkomst absoluut nietig.

2. De rechter kan de vordering tot teruggave van hetgeen in uitvoering van een absoluut nietige overeenkomst werd gepresteerd, met toepassing van het adagium «In pari causa turpitudinis cessat repetitio» afwijzen op grond van de vereisten van de bescherming van de maatschappelijke orde. Te dezen is de rechter van oordeel dat de sociale orde vereist dat de uitlener, die de enige kapitaalkrachtige partij is en die enkel uit eigen belang geld ter beschikking stelde van de lener die reeds financieel aan de grond zat, zwaarder moet worden getroffen dan de lener.

V. t/ N.V. R.B.L.

...

Geïntimeerde tracht ten onrechte te ontkennen dat zij op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst van lening niet wist dat het geleende bedrag diende om bij middel van twee stromannen een B.V.B.A. R.C. te kunnen oprichten, onder het mom waarvan de heer D.M. (echtgenoot van appellante) zou handeldrijven.

Zulks blijkt nochtans duidelijk uit de in het beroepen vonnis aangehaalde overwegingen van het strafrechtelijk arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 15 januari 1993, waarin bovendien ook nog overwogen werd: «... dat onder meer N.V. R.B.L. reeds op 7 oktober 1983 schrijft dat zij het genoeg heeft mede te delen dat zij «de verantwoordelijkheid van het verkoopgebied Genk wil toevertrouwen aan de heer D.» ... Dat beklagde D. de vennoot-

schapsvorm B.V.B.A. R.C. gebruikte om zijn persoonlijke handelsactiviteiten te kunnen blijven uitoefenen, wetende dat binnen de kortste keren door het nakende en onafwendbare faillissement van de «D. & V.-Groep» zijn inkomsten uit die commerciële groep zouden wegvallen; dat bovendien beklagde D. op deze wijze ongestoord en vrijwel zonder tegenspraak naar eigen inzichten handel kon drijven en bovendien het verbod dat volgde uit zijn veroordeling van 13 mei 1977 door het hof van beroep te Antwerpen kon omzeilen».

De omstandigheid dat in de bekrachtigingsovereenkomst d.d. 19 september 1984 de B.V.B.A. R.C. door geïntimeerde werd ontslagen «van alle aansprakelijkheid tot terugbetaling van voormelde 2.500.000 fr., uitbetaald aan mevr. V.», bevestigt deze wetenschap in de persoon van geïntimeerde.

Aldus heeft geïntimeerde, door het ter beschikking stellen van de litigieuze 2.500.000 fr., met kennis van zaken actief meegewerkt, ja zelfs onmisbare steun verleend – de financiële situatie van het echtpaar D.-V. was reeds in 1983 rampzalig (het faillissement van de D. & V.-Groep werd uitgesproken op 7 juni 1984, maar in het arrest d.d. 15 januari 1993 van het Hof van Beroep te Antwerpen werd ook overwogen dat deze D. & V.-Groep virtueel reeds failliet was op 1 september 1983) en daarvan diende ook geïntimeerde kennis te hebben – om een juridische constructie op te bouwen die D.M. in staat zou stellen om onder het mom van een vennootschap, waarmee hij «op papier» niets, maar in werkelijkheid alles te maken had, handel te drijven (het verkopen van voertuigen van het merk R.).

Aldus had de litigieuze lening ook in de persoon van geïntimeerde een oogmerk dat strijdig is met de openbare orde en is deze overeenkomst met lening absoluut nietig.

De feitenrechter kan de vordering, tot teruggave van hetgeen in uitvoering van zo'n absoluut nietige overeenkomst werd gepresteerd (*in casu* de vordering tot terugbetaling van het geleende bedrag van 2.500.000 fr., vermeerderd met verwijlrente) met toepassing van het adagium «*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*» afwijzen op grond van de vereisten van de bescherming van de maatschappelijke orde.

In casu is dit hof van oordeel dat de sociale orde vereist dat geïntimeerde, de enige kapitaalkrachtige partij die enkel uit eigenbelang (het pogen te veroveren van een deel van de voertuigenmarkt in de streek van Genk) gelden ter beschikking stelde van een echtpaar dat financieel reeds aan de grond zat en door het sluiten van de overeenkomsten met geïntimeerde (zij het onder het mom van een rechtspersoon) niets bijkomend te verliezen had, zwaarder moet worden getroffen dan appellante en om die redenen wordt, met toepassing van voormeld adagium, de vordering tot teruggave van de geleende som van 2.500.000 fr., vermeerderd met rente, ongegrond verklaard.

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 16 OKTOBER 2000

Voorzitter: de h. Blondeel

Raadsheren: mevr. Diercxsens en de h. Raes

Advocaten: mrs. Timmermans en Vertomme loco Huygens

Faillissement – Verschoonbaarheid – Rechtsmiddelen – Schuldeiser

Het enkele feit dat een individuele schuldeiser ingaat op de oproeping voor de vergadering van de schuldeisers teneinde deel te nemen aan het advies inzake de verschoonbaarheid van de gefailleerde, maakt hem niet tot een «in het geding opgeroepen partij» als bedoeld in art. 1122 Ger. W.

R.S.Z. v/ B.V.B.A. T.

1. De vraag naar de ontvankelijkheid van het hoger beroep rijst in verband met de optie van appellant om meteen hoger beroep in te stellen in plaats van derdenverzet.

2. Art. 80, tweede lid, Faillissementswet bepaalt dat de individuele schuldeisers derdenverzet kunnen instellen tegen de beslissing inzake verschoonbaarheid van de gefailleerde binnen een maand na de bekendmaking van deze beslissing in het *Belgisch Staatsblad*.

Het bestreden vonnis werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 27 augustus 1998.

3. Appellant werd opgeroepen om op 29 mei 1998 deel te nemen aan de vergadering der schuldeisers, voorafgaand aan de afsluiting van het faillissement, en onder meer om er advies te geven nopens de verschoonbaarheid.

Het enkel feit dat een individuele schuldeiser ingaat op de oproeping voor de vergadering van de schuldeisers, teneinde er deel te nemen aan de formulering van het advies inzake de verschoonbaarheid van de gefailleerde, maakt hem niet tot een «in het geding opgeroepen partij» als bedoeld in art. 1122 Ger. W. (vgl. Cass., 23 maart 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 955 en inzonderheid de conclusie van procureur-generaal Krings).

In dit verband wordt de schuldeiser eerst procespartij indien hij heeft te kennen gegeven dat hij als zodanig wenst tussen te komen in de rechtspleging.

Het voorschrift uit art. 80, tweede lid, Faillissementswet strekt dus principieel ook tot voordeel van de individuele schuldeiser die heeft deelgenomen aan de sluitingsvergadering waarop over de verschoonbaarheid werd beraadslaagd.

4. Te dezen heeft de raadsman van appellant tijdens de beraadslaging voorafgaand aan het advies van de schuldeisers nopens de verschoonbaarheid alleen maar te kennen gegeven dat de R.S.Z. zich verzette, omdat zijn schuldordering niet was voldaan.

Dit volstaat geenszins om te kunnen besluiten dat hij als individuele procespartij is tussengekomen in de bedoelde rechtspleging.

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 10 APRIL 2000

Rechter: de h. Jocqué

Advocaten: mrs. D'Hooghe, Leys, Priem en Petitat

Verzekering – Aansprakelijkheidsverzekering – Toezegging van vergoeding – Tussenpersoon – Verstrekken van foutieve informatie – Aansprakelijkheid – Schadevergoeding

Een toezegging van vergoeding in de zin van art. 85 Landverzekeringsovereenkomst kan niet worden afgeleid uit de loutere mededeling van ongevalsangiften, polissen en briefwisseling. Niets belet de verzekerde om haar visie betreffende de aansprakelijkheid aan haar eigen verzekeraar te kennen te geven.

Daar te dezen de tussenpersoon geen correcte informatie heeft gegeven over de vraag of ongevallen voorgevallen bij het uitoefenen van de wintersport in de waarborg begrepen waren, is hij tekortgeschoten aan de beloofde prestatie en is hij aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Aan de verzekerde kan geen fout worden verweten, omdat hij ervan mocht uitgaan dat de tussenpersoon de opdracht correct uitvoerde. Bovendien vereiste de wijze waarop de dekking van ski-ongevallen in de polis was beschreven meer dan een «minimale aandacht» om de uitsluiting uit de dekking vast te stellen.

De door de tussenpersoon veroorzaakte schade dient te worden begroot op basis van de uitkering die de verzekerde ontvangen zou hebben van de verzekeraar mocht de tussenpersoon geen fout hebben begaan, eventueel te verminderen met de verhoging van de premie ingevolge de uitbreiding van dekking voor ski-ongevallen.

L. t/ N.V. G.C.V. en N.V. R.B.

Bijzonderste gegevens

1. Eiser betoogt dat verweerster zijn persoonlijke raadgever is inzake verzekeringen van diverse schade-risico's. Door de echtgenote van eiser zouden bij verweerster inlichtingen zijn ingewonnen naar aanleiding van een voorgenomen skivakantie einde 1994-begin 1995. Hierbij zou bevestigd geweest zijn dat er dekking was bij de N.V. M.

Eiser kwam op 2 januari 1995 ten val tijdens het skiën en diende gerepatriëerd te worden. Er werd aangifte gedaan bij de N.V. M., maar deze weigerde dekking, aangezien de beoefening van de ski-sport uit de polis gesloten was.

Volgens eiser beging verweerster een beroepsfout, aangezien medegedeeld werd dat geen bijkomende verzekering of uitbreiding van de bestaande polis voor de skivakantie noodzakelijk was.

Eiser vordert van verweerster een provisionele schadevergoeding ten bedrage van 300.000 fr., meer de aanstelling van een geneesheer-deskundige. Bij conclusies neergelegd op 29 november 1999, vordert eiser een definitieve schadevergoeding ten bedrage van 512.125 fr.

2. Bij verzoekschrift, neergelegd op 10 juni 1998, is de N.V. R.B., verzekeraar burgerlijke beroepsaansprakelijkheid, vrijwillig tussengekomen in het geding.

De vrijwillig tussengekomende partij stelt dat verweerster haar aansprakelijkheid erkend heeft tegen haar belangen in. Zij beroept zich op art. 85 Wet Landverzekeringsovereenkomst en art. 9.C van de polis. Volgens de vrijwillig tussengekomende partij staat de aansprakelijkheid van verweerster niet vast. De vrijwillig tussengekomende partij is dan ook van oordeel dat zij geen dekking dient te verlenen.

De vrijwillig tussengekomende partij merkt voorts nog op dat ook van de verzekerde verwacht mag worden dat hij een minimale zorgvuldigheid aan de dag legt en kennisneemt van duidelijke clausules. Bij grondige nalezing moest het zelfs voor een leek duidelijk geweest zijn dat wintersporten

niet in de waarborg begrepen waren. Alles zou er verder op wijzen dat er collusie is tussen eiser en verweerster.

Bij conclusies, neergelegd op 23 februari 1999, stelt de vrijwillig tussengekomende een tussenvordering in vrijwaring tegen verweerster.

Bij conclusies neergelegd op 27 januari 2000, heeft de N.V. A.R.B. het geding hernomen.

3. Verweerster gedraagt zich naar de wijsheid wat betreft de aansprakelijkheid.

Tegenover de vrijwillig tussengekomende partij betwist zij dat zij haar aansprakelijkheid heeft erkend. Zij zou enkel de feiten erkend hebben. Zij wijst erop dat de vrijwillig tussengekomende partij zelf de bewuste briefwisseling in de debatten brengt.

Verweerster wijst er voorts op dat ingevolge de Wet Landverzekeringsovereenkomst de eventuele erkenning enkel niet-teenwerpelijk is aan de verzekeraar, maar dat er geen vervallenverklaring van dekking kan zijn.

Bij conclusies, neergelegd op 19 november 1998, stelt verweerster een tussenvordering in vrijwaring tegen de vrijwillig tussengekomende partij.

4. Eiser stelt dat verweerster aansprakelijk is op grond van art. 1384, eerste en derde lid, B.W. De bedingen van de polis M. zouden voor een leek op verzekeringsgebied onduidelijk zijn.

Bij conclusies, neergelegd op 26 januari 1999, stelt eiser een rechtstreekse vordering tegen de vrijwillig tussengekomende partij op grond van art. 86 Wet Landverzekeringsovereenkomst. Zij merkt hierbij op dat eventuele excepties, die deze laatste kan inroepen, haar niet-teenwerpbaar zijn.

Beoordeling

1. Op 30 november 1973 sloot de P.V.B.A. Karel L. een polis «persoonlijke verzekering ongevallen» bij de verzekeringsmaatschappij M., met de aanduiding van eiser als verzekerde.

Bij brief van 23 januari 1995 deed verweerster in het raam van deze polis aangifte bij de N.V. M. van een schadegeval van 2 januari 1995. Er werd tevens een door de verzekeringnemer ondertekende aangifte toegezonden. Volgens deze aangifte was eiser het slachtoffer van een «val op skivakantie in Oostenrijk». Eiser liep een breuk onder de knie op.

Op 24 april 1995 liet de N.V. M. aan verweerster weten dat het schadegeval buiten de dekking valt op grond van art. 3, C, 1 van de algemene polisvoorwaarden. Art. 3, C, 1 bepaalt dat ongevallen, opgelopen bij ski-lopen, enkel verzekerd zijn als de waarborg uitdrukkelijk in de bijzondere voorwaarden is vermeld, wat niet het geval is.

Bij brief van 19 mei 1995 deed verweerster vervolgens aangifte bij de V.Z.W. W.A.B.V., met het verzoek om eiser uit te betalen. In een bijgaande verklaring van de bediende Gerda L. werd gesteld dat aan eiser het advies werd gegeven dat skiongevallen in de dekking van de persoonlijke ongevallenverzekering begrepen waren. Verweerster bevestigde dat foutieve informatie werd gegeven aan haar klant.

Bij aangetekende brief van 1 augustus 1995 stelde eiser verweerster aansprakelijk voor de vergoeding van zijn schade. Op 5 april 1996 volgde nog een aanmaning van de raadsman van eiser.

De vrijwillige tussenkomende partij liet op 26 juni 1996 aan de raadsman van eiser weten dat zij van mening was dat de verantwoordelijkheid van verweerster niet vaststond en eiser zelf had dienen na te gaan of de risico's die hij wenste gedekt te zien, inderdaad verzekerd waren.

2.1. De vrijwillig tussenkomende partij beroept zich allereerst op art. 85 Wet Landverzekeringsovereenkomst en art. 9, C van de algemene polisvoorwaarden.

Overeenkomstig art. 85, eerste lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst kan het feit dat de verzekerde de benadeelde heeft vergoed of hem een vergoeding heeft toegezegd, zonder de toestemming van de verzekeraar, aan deze laatste niet worden tegengeworpen. Ook art. 9, C van de algemene polisvoorwaarden van de vrijwillig tussenkomende partij bepaalt dat een erkenning haar niet tegenwerpbaar is. Er werd geen verval van dekking bedongen.

Verweerster heeft eiser niet vergoed in de zin als bedoeld in art. 85, eerste lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst. Evenmin blijkt dat verweerster aan eiser een vergoeding heeft toegezegd.

Verweerster heeft op 19 mei 1995 aangifte gedaan bij de vrijwillig tussenkomende partij en haar hierbij alle documenten medegedeeld. Een aangifte bij de eigen verzekeringsmaatschappij kan niet worden beschouwd als een toezegging van vergoeding aan eiser, ook al vroeg verweerster aan haar eigen verzekeraar om tot uitbetaling over te gaan.

Verweerster bezorgde op 20 december 1996 aan de raadsman van eiser diverse documenten. Ook in die brief werd geen vergoeding toegezegd. Een toezegging van vergoeding kan niet worden afgeleid uit de loutere mededeling van ongevalsangiftes, polissen en briefwisseling.

2.2. Art. 85, tweede lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst bepaalt voorts dat het erkennen van feiten voor de verzekeraar geen grond kan om zijn dekking te weigeren. De feitenweergave, zoals deze blijkt uit de ongevalsangifte met bijgevoegde verklaring, doet dan ook geen afbreuk aan de dekkingsplicht van de vrijwillig tussenkomende partij.

Hierbij dient nog opgemerkt te worden dat de vrijwillig tussenkomende partij in dit verband ten onrechte verwijst naar de brief van 19 juni 1995. Deze brief, waarin werd gesteld dat verweerster beseft aansprakelijk te zijn, was niet gericht aan eiser of diens raadsman, maar aan de vrijwillig tussenkomende partij. Niets belette verweerster om haar visie omtrent de aansprakelijkheid aan haar eigen verzekeraar te kennen te geven.

3.1. Ten onrechte betwist de vrijwillig tussenkomende partij voorts de aansprakelijkheid van haar verzekerde.

In de ongevalsangifte van 16 mei 1995 werd gesteld: «aangestelde liet na de polis persoonlijke ongevallen uit te breiden voor het risico "skiën"».

Dit werd nader uitgelegd in de bijgevoegde verklaring van de bediende L., waarin werd gesteld dat de echtgenote van eiser vroeg of «alle verzekeringen in orde waren voor de reis», wat door deze bediende werd bevestigd. Er werd hieraan toegevoegd: «Ik nam mijn productiedossier en merkte op dat hetgeen ik voorlas aan de klant, vóór hun vertrek, een bijzondere voorwaarde was, waarvoor wij nooit dekking hadden aangevraagd. Ik had foutieve informatie verstrekt aan de klant... Ik liet na de polis uit te breiden voor de beoefening van de ski-sport op het ogenblik dat klant mij raadpleegde vóór het vertrek op reis en mij vroeg of alle polissen in orde waren».

Omdat na het ongeval eerst aangifte werd gedaan bij de N.V. M. en pas na de brief van 24 april 1995, waarin uitdrukkelijk werd verwezen naar art. 3, C, 1, van de algemene polisvoorwaarden van de N.V. M., aangifte werd gedaan bij de vrijwillig tussenkomende partij, is er geen reden voor handen om te twijfelen aan de correctheid van de feitenweergave van verweerster.

Uit geen enkel concreet element blijkt trouwens dat de feitenversie van verweerster niet met de werkelijkheid zou stroken. *A fortiori* blijkt niet dat er sprake zou zijn van collusie tussen eiser en verweerster.

De omstandigheid dat in de bijzondere voorwaarden op de keerzijde wordt bepaald dat ongevallen opgelopen bij het beoefenen van wintersport in de waarborg begrepen zijn, maar slechts bovenaan vermeld wordt dat ten aanzien van de bijzondere voorwaarden enkel slechts bovenaan vermeld wordt dat ten aanzien van de bijzondere voorwaarden enkel «de hiernavermelde clausules waarvan het nummer aangeduid is op de voorzijde van dit blad», van toepassing zijn, maakt de begane vergissing aannemelijk. Dit geldt des te meer daar in de algemene voorwaarden onder art. 3, C, 1, nogmaals naar dergelijke ongevallen wordt verwezen.

3.2. Uit de verklaring van de bediende van verweerster blijkt dat de echtgenote van eiser zich tot verweerster heeft gewend met de vraag om de afgesloten polissen na te zien met het oog op de geplande skireis. Dit nazicht gebeurde onzorgvuldig aangezien foutieve informatie werd gegeven. In tegenstelling tot de bevestiging dat alles in orde was, bleek naderhand dat ski-ongevallen niet gedekt waren in het raam van de polis «persoonlijke ongevallen», afgesloten bij de N.V. M.

Verweerster had een resultaatsverplichting, aangezien de opdracht ertoe strekte na te zien of er al dan niet verzekering was voor de skivakantie. Verweerster diende correcte informatie te geven aan eiser. Daar verweerster dit niet heeft gedaan, is zij tekortgekomen aan de beloofde prestatie en is zij aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade (vgl. Schoorens, GT., «De professionele aansprakelijkheid van de verzekeringstussenpersoon», *R.W.*, 1998-99, p. 319, nr. 18).

4. Ten onrechte voert de vrijwillig tussenkomende partij aan dat eiser zelf de polis had dienen na te zien en een fout beging door dit niet te doen.

Zoals hiervoor reeds gesteld, werd aan verweerster opdracht gegeven de polissen na te zien, specifiek met het oog op de geplande reis. Eiser mocht er bijgevolg van uitgaan dat deze opdracht correct werd uitgevoerd door verweerster en hij bijgevolg voor ski-ongevallen verzekerd was bij de N.V. M.

Gelet op de aan verweerster gegeven opdracht, behoorde het niet aan eiser om naderhand zelf nogmaals al zijn polissen te onderzoeken. De wijze waarop de dekking van ski-ongevallen in de polis van de N.V. M. beschreven was, vereiste tevens onmiskenbaar meer dan een «minimale aandacht» om de uitsluiting uit de dekking vast te stellen.

Dat de echtgenote van eiser vroeg om de dekking na te zien, wijst er trouwens op dat eiser en zijn echtgenote geen kennis hadden van het al dan niet bestaan van een waarborg voor de ski-vakantie en zich onvoldoende onderlegd achtten om dit zelf in de polissen na te gaan. Zij hebben precies een beroep gedaan op verweerster om zekerheid te hebben omtrent de dekking.

Er kan bijgevolg geen fout worden verweten aan eiser. De vrijwillig tussenkomende partij is dan ook *in solidum* met verweerster ertoe gehouden de schade van eiser integraal te vergoeden.

Aangezien de vrijwillig tussenkomende partij dekking dient te verlenen, vordert verweerster terecht vrijwaring van haar verzekeraar.

5. Ingevolge de fout van verweerster heeft eiser de dekking niet kunnen genieten in het raam van de bij de N.V. M. afgesloten polis. De door verweerster veroorzaakte schade dient bijgevolg te worden begroot op basis van de uitkering die eiser ontvangen zou hebben van de N.V. M. mocht verweerster geen fout hebben begaan, eventueel te verminderen met de verhoging van de premie ingevolge de uitbreiding van dekking voor ski-ongevallen.

Vooraleer te kunnen oordelen omtrent de schade, dient deskundig advies ingewonnen te worden omtrent de tijdelijke en/of blijvende arbeidsongeschiktheid die eiser opliep door het ongeval, gelet op de door de vrijwillig tussenkomende partij gevoerde betwistingen en het eenzijdig karakter van de overgelegde medische attesten.

Gelet op de voorliggende attesten, kan in afwachting van het deskundig verslag een provisie van 50.000 fr. worden toegekend.

Hierbij kan thans reeds gesteld worden dat eiser aan de hand van stukken uitgaande van de N.V. M. dient aan te tonen welke basisbedragen in het raam van de polis (...) uitbetaald zouden geweest zijn indien deze verzekeraar dekking had dienen te verlenen voor het schadegeval van 2 januari 1995, en welke premieverhoging hij had dienen te betalen in geval van waarborguitbreiding voor ski-ongevallen.

6. De vrijwillig tussenkomende partij stelt een vordering in vrijwaring tegen verweerster, voor zover zij veroordeeld mocht worden op de rechtstreekse vordering van eiser, wat *in casu* het geval is.

Zoals hiervoor reeds gesteld, heeft verweerster de benadeelde niet vergoed noch enige vergoeding toegezegd als bedoeld in art. 85, eerste lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst. Bovendien is de sanctie in voorkomend geval enkel de niet-tegenwerpbaarheid van de vergoeding of van de toezegging ervan aan de verzekeraar en niet een vermindering van dekking.

De vordering in vrijwaring van de vrijwillig tussenkomende partij is dan ook ongegrond.

NOOT – Bovenstaand vonnis is in kracht van gewijsde gegaan.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE ANTWERPEN

VAKANTIEKAMER – 16 JULI 2000

Voorzitter: mevr. Bijttebier

Rechters: mevr. Bresseleers en de h. Vander Steichel

Openbaar ministerie: mevr. Penne

Advocaat: mr. Teurelinckx

Voorlopige hechtenis – Voorlopige invrijheidstelling – Nieuw verzoekschrift – Hangende het hoger beroep tegen

een vonnis betreffende vorig verzoekschrift – Ontvankelijkheid

Een nieuw verzoek tot voorlopige invrijheidstelling is niet ontvankelijk zolang de correctionele kamer van het hof van beroep niet heeft beslist over het hoger beroep tegen een vonnis betreffende een vorig verzoekschrift inzake voorlopige invrijheidstelling.

O.M. t/ D.

...

Het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling dat thans ter beoordeling voorligt is niet toelaatbaar, gelet op de eerdere beschikking van de rechtbank waarbij de voorlopige invrijheidstelling werd geweigerd en het hoger beroep dat thans hangende is tegen deze beschikking. Louter ten overvloede wijst de rechtbank erop dat het korte uitstel dat werd verleend bij de behandeling van de zaak ten gronde en waartegen verzoeker zich niet verzette, geen voorlopige invrijheidstelling rechtvaardigt.

NOOT – Over het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling

1. Als de verdachte in voorlopige hechtenis verkeert, kan hij de voorlopige invrijheidstelling vragen aan de correctionele rechtbank waar de zaak aanhangig is. Hij moet daartoe een verzoekschrift indienen op de griffie en over zijn verzoek wordt in raadkamer beslist binnen vijf dagen na de neerlegging van het verzoekschrift.

2. De verdachte en het openbaar ministerie kunnen hoger beroep instellen tegen het vonnis van de correctionele rechtbank. Over dit hoger beroep gewezen overeenkomstig art. 27 van de Voorlopige Hechteniswet, wordt uitspraak gedaan door de kamer belast met correctionele zaken in hoger beroep.

3. Het hof van beroep doet uitspraak met voorrang boven alle andere zaken. De verdachte blijft in hechtenis totdat over het hoger beroep is beslist, voor zover dit geschiedt binnen vijftien dagen nadat het hoger beroep is ingesteld.

4. In de onderhavige zaak rees de vraag of een verdachte, na de verwerping van zijn verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling door de correctionele rechtbank, een nieuw verzoek bij dezelfde rechter mag indienen alvorens het hof van beroep zich heeft uitgesproken over het beroep tegen de eerste afwijzing.

5. Het openbaar ministerie had aangevoerd dat een dergelijk verzoekschrift voorbarig was en dat het op grond van art. 30, § 3, van de Voorlopige Hechteniswet niet ontvankelijk moest worden verklaard, omdat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat de verdachte in hechtenis blijft totdat over het hoger beroep is beslist. De correctionele rechtbank te Antwerpen heeft deze argumentatie overgenomen.

6. Het is evident dat het herhaald indienen van verzoekschriften tot voorlopige invrijheidstelling kan leiden tot een obstructie van de rechtsgang, aangezien het hof van beroep er dan niet meer toe komt de zaak te behandelen vooraleer het nieuwe verzoek door de correctionele rechtbank is afgehandeld.

7. De artikelen 61ter, § 7 en 61quinquies, § 6 Sv. vermelden uitdrukkelijk dat geen verzoekschrift met hetzelfde voor-

werp mag worden ingediend vooraleer een termijn van drie maanden is verstreken te rekenen van de laatste beslissing die betrekking heeft op hetzelfde voorwerp, maar art. 27 van de Voorlopige Hechteniswet bevat geen dergelijke beperking om rechtsmisbruik te voorkomen.

8. Daar ook tijdens de parlementaire besprekingen geen aandacht werd geschonken aan een mogelijke obstructie van de strafvervolgning, was de Antwerpse rechter verplicht creatief tewerk te gaan bij het voorkomen van rechtsmisbruik en het inperken van de indiening van verzoekschriften tot voorlopige invrijheidstelling.

Die Praxis ist das Schauenfenster der Theorie.

A. Vandeplas

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

26e KAMER – 22 NOVEMBER 2000

Rechter: de h. Gosseye

Advocaten: mrs. Dumon, Neiryneck en Cornelis

Onrechtmatige overheidsdaad – Ambtsfouten van magistraten – Rechter-commissaris bij faillissement – Geen behoorlijk toezicht op afwikkeling van het faillissement en op de financiële verrichtingen van de curator

De Belgische Staat is aansprakelijk als zijn orgaan, de rechter-commissaris aangesteld in een faillissementsvonnis, nalaat behoorlijk toezicht uit te oefenen op het beheer en de afwikkeling van het faillissement en op de financiële verrichtingen van de curator.

Van B. t/ Belgische Staat

Overwegende dat het geschil als voorwerp heeft te oordelen of eiser al dan niet ten laste van verweerder, de Belgische Staat, recht heeft op schadevergoeding op grond van overheidsaansprakelijkheid voor de fouten begaan door zijn orgaan, die hiernagenoemde rechter-commissaris is;

Overwegende dat verweerder de vordering van eiser ongegrond noemt en bij tegeneis schadevergoeding vraagt wegens tergend en roekeloos geding, omdat eiser zijn schadebegroting buitensporig inschat;

Overwegende dat de feiten zoals die blijken uit de conclusies en de neergelegde stukken onbetwistbaar aantonen dat eiser in persoon samen met zijn twee handelsvennootschappen de N.V. A. Van B. en de N.V. Q. in de loop van de maand april 1980 door de rechtbank van koophandel te Antwerpen failliet werden verklaard en voor de afwerking waarvan als curator en als rechter-commissaris respectievelijk advocaat C.D. en de heer F.D. werden aangesteld;

Overwegende dat curator C.D. bij vonnis van 30 mei 1991 definitief werd veroordeeld door de correctionele rechtbank te Antwerpen om tussen 1 januari 1979 en 24 juni 1982 sommen geld ten nadele van verschillende faillissementen te hebben verduisterd en o.m. ten nadele van eisers faillissement na april 1980;

Overwegende dat eiser zelf op 3 april 1994 door de strafrechter werd veroordeeld om op 1 december 1979 respectievelijk 1 januari 1980 bedrieglijke bankbreuk te hebben gepleegd;

Dat eiser, gezien de afsluiting van zijn faillissement, een aanvraag tot herstel in eer en rechte indiende en dit herstel verkreeg bij arrest van 21 oktober 1996 van het Hof van Beroep te Antwerpen;

Overwegende dat eiser uit de bewoordingen en de inhoud van voorliggende rechterlijke beslissingen het onbetwistbaar bewijs meent te mogen afleiden dat bij de afsluiting van zijn faillissementen er een belangrijk batig saldo aan activa in geldspecie had moeten overgebleven zijn, indien voornoemde curator deze niet ongestoord had kunnen verduisteren en mits daartoe enkel in staat te zijn geweest bij gebreke aan behoorlijk toezicht van voornoemde rechter-commissaris ten aanzien van wie er niet voldoende aangetoond wordt dat hij ooit iets ondernomen heeft om curator D. vanaf mei 1980 te controleren, laat staan hem te beletten verder verduisteringen te plegen en/of te kunnen plegen;

Overwegende dat er aldus volgens eiser onbetwistbaar het bewijs werd geleverd dat, daar er nooit enige boekhouding heeft bestaan omtrent de geldelijke verrichtingen van zijn faillissement, zowel in debet als in krediet, en daar de rechter-commissaris nooit enige opmerking formuleerde omtrent het aldus bestaande onorthodoxe beheer van curator D., en daar de rechter-commissaris blindelings de stukken hem voorgelegd door diezelfde korttekende, zonder ooit effectief de te consigner cash-flow te controleren en er de effectieve consignatie van na te gaan, rechter-commissaris D. gruwelijk is tekortgeschoten aan zijn wettelijke verplichtingen en die mede voor een groot deel de verduisteringen hebben vergemakkelijkt, bevorderd, laat staan, de curator niet hebben doen afzien van zijn oneerlijke handelwijze en/of in staat te hebben gesteld de verduisteringen eerder te ontdekken;

Overwegende dat uit dit alles hoofdeiser meent te mogen afleiden dat het als onbetwistbaar bewezen voorkomt dat de malversaties van de curator slechts konden plaatsgrijpen door het totale gebrek aan toezicht van de rechter-commissaris, en zoals dit *erga omnes* mede zou kunnen worden afgeleid uit de uitspraak van de correctionele rechtbank dienaangaande;

Overwegende dat hoofdeiser zich verder steunt op de algemene regel in de rechtspraak aanvaard dat de Belgische Staat op grond van art. 1382 en 1383 B.W. aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad begaan door een van zijn organen, *in casu* de rechter-commissaris, voor zover deze handelde binnen het kader van zijn wettelijke bevoegdheid of binnen de grenzen van wat een normaal redelijk en voorzichtig persoon zou doen, hetgeen aan de hand van hetgeen voorafgaat terzake voorligt, volgens eiser;

Overwegende dat de voor de aansprakelijkheid van de Staat vereiste ambtsfout van een magistraat (die rechter-commissaris is) twee verschijningsvormen kan aannemen;

Dat namelijk een magistraat een fout begaat als hij een wettelijke of reglementaire norm overtreedt die hem een welbepaalde gedraging of een welbepaald verbod oplegt, behoudens wanneer hij zich kan beroepen op een onoverkomelijke dwaling of op een andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid, anderzijds dat de magistraat een fout

begaat als hij, met toepassing van een rechtsnorm die hem een bepaald gebod of verbod oplegt, niet gehandeld heeft op de wijze die mocht worden verwacht van een normaal zorgvuldig en omzichtig magistraat, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden;

Overwegende dat het voor hoofdeiser duidelijk is dat de heer D. als rechter-commissaris, luidens art. 463, eerste lid, Faillissementswet, volgende bijzondere opdracht diende te vervullen, namelijk «Het bespoedigen van, en het toezicht uitoefenen op de verrichtingen, het beheer en de vereffening van het faillissement», wat de juiste verificatie van de geldelijke rekeningen en transacties van de gefailleerde impliceert;

Overwegende dat de Faillissementswet ook bepaalt dat de curatoren de gelden die voorkomen van de door hen gedane verkopen en inningen, na aftrek van de door de rechter-commissaris begrote bedragen, binnen acht dagen op de consignatiekas moeten storten (art. 479 Faillissementswet);

Dat de rechter-commissaris die de naleving van dit voorschrift niet controleert via de staat betreffende de in de consignatiekas neergelegde gelden die de curator hem iedere maand moet ter hand stellen (art. 561 lid 2b Faillissementswet) derhalve een wetsbepaling schendt die zijn aansprakelijkheid in het gedrang brengt;

Dat dit terzake wel degelijk in de persoon van de heer D. vaststaat;

Overwegende dat niet kan worden betwist dat de rechter-commissaris D. voornoemde wettelijke opdrachten ten aanzien van curator C.D. niet heeft vervuld, aangezien dit duidelijk blijkt en uit de verslagen van de gerechtsexpert Van Der Sanden en uit die van de opvolgende curatoren;

Overwegende dat omtrent dit alles hoofdverweerder zijn aansprakelijkheid tracht af te wentelen door te verwijzen naar het persoonlijk strafrechtelijk verleden van de hoofdeiser, die zelf bij vonnis van 3 april 1984 van de correctionele rechtbank te Antwerpen wegens bedrieglijke bankbreuk, namelijk om een deel van de voorraden, de handelszaak en het personeel van de N.V. Alfons Van B. op 1 december 1979 respectievelijk 1 januari 1980 te hebben overgedragen of verkocht aan respectievelijk de N.V. Q. en de eigen onderneming van eiser, veroordeeld werd;

Overwegende dat volgens hoofdverweerder daardoor niet kan worden ontkend dat de gedragingen, alsmede de bewezen kwade trouw van hoofdeiser als gefailleerde, een weerslag op de latere faillissementsafwikkeling hebben gehad en bovendien de houding van de rechter-commissaris D. t.a.v. curator D. hebben beïnvloed;

Dat dit evenwel een loutere veronderstelling is van de hoofdverweerder, aangezien voormelde chronologie van de feiten aantoonde dat er tussen het gedrag van voornoemde actoren geen samenhang bestaat;

Overwegende dat hoofdeiser zelf betwist enige fout te hebben begaan of enige nalatigheid die een weerslag zou hebben gehad op de schade zoals zij aldus voor hem is ontstaan ingevolge de door de rechter-commissaris niet belte verduisteringen door de daartoe veroordeelde curator D.;

Dat hij dit terecht beweert;

Dat trouwens dienaangaande dient te worden opgemerkt dat naar aanleiding van de procedure op strafgebied gerechtsexpert Van Der Sanden daartoe aangesteld door de

onderzoeksrechter, vaststelde dat de diverse faillissementen P. Van B., de N.V. Van B. en de N.V. Q., het door curator D. te verrechtvaardigen bedrag 9.076.849 fr. bedraagt en mits een vermenging van activa bestanddelen zich had voorgedaan;

Dat ook opvolgend curator Smets vaststelde dat, indien de door mr. C.D. gepleegde verduisteringen niet waren begaan, de faillissementen zouden zijn afgesloten geweest met een actief van 7.726.444 fr.;

Overwegende dat, gegeven het bovenstaande er moet worden aangenomen dat hoofdeiser het slachtoffer is geworden enerzijds van misdrijven en strafrechtelijke feiten en handelingen gepleegd door curator C.D., die met toepassing van art. 1382 e.v. B.W. verplicht is of kan worden verplicht aan hoofdeiser deze schade te vergoeden;

Overwegende dat mede uit het voorgaande anderzijds dient te worden afgeleid dat, had rechter-commissaris D. de hem door de wet opgelegde toezichtopdracht naar behoren uitgevoerd, er een reële kans zou hebben bestaan die nu ingevolge de vooromschreven slordigheid is verloren gegaan;

Dat hoofdeiser nog minstens voor een groot deel aan activa uit zijn faillissementen had kunnen recupereren;

Dat de aldus voor hoofdeiser door de nalatigheid van de voornoemde verloren gegane kans reëel en ernstig in te schatten is, daar curator D. meer dan volle drie jaar, namelijk van januari 1979 tot juni 1982 zorgeloos en kommerloos zonder een enkel toezicht, zijn gang heeft kunnen gaan;

Overwegende dat de schade die voortvloeit uit de fouten begaan door het orgaan van de overheid, te dezen het verlies van een kans is, en mits nu dit verlies zeker is, het dient te worden hersteld, ook al levert de begroting van dit verlies moeilijkheden op;

Overwegende dat men ten aanzien van «het verlies van een kans» geen zware eisen vermag te stellen t.a.v. de zekerheid van de schade, aangezien zulke bewijslast onverenigbaar is met het wezen zelf van het vergoeden van «zodanig verlies dat per definitie onzeker is»;

Dat de benadeelde immers, zoals *in casu* hoofdeiser, de bewijslast rigoureus opleggen van de goede uitkomst van de kans, hem van elke aanspraak uit een dergelijk verlies zou uitsluiten;

Overwegende dat in die optiek moet worden aangenomen dat de schade geleden is en zeker is zodra de actuele toestand en/of deze geactualiseerd op het ogenblik van de afsluiting en/of de definitieve vereffening van zijn faillissement minder gunstig is dan de toestand waarin hoofdeiser zou hebben verkeerd in de hypothese dat de vooromschreven nalatigheden niet zouden zijn gebeurd;

Overwegende dat er terzake geen beletsel bestaat voor de rechter het verlies van een kans *ex aequo et bono* te begroten;

Dat de rechtbank meent dat de begroting van die vergoeding dient te geschieden in verhouding tot de graad van waarschijnlijkheid van de goede uitkomst van de kans;

Dat, anders gezegd, de vergoeding de waarde van de verloren gegane kans bedraagt;

Overwegende dat de waarschijnlijkheid dat hoofdeiser daadwerkelijk nog een actief uit zijn vereffende faillissementen zou zijn toegevallen dient te worden beoordeeld, rekening houdend met de volgende elementen en overwegingen, namelijk dat:

– de Correctionele Rechtbank te Antwerpen bij vonnis van 23 juni 1986 het bedrag van de verduisteringen door curator D. begrootte op 9.076.849 fr.;

– opvolgend curator Smets in zijn sluitrekeningen vaststelde dat bij gebreke aan ontdraging de schuldeisers volledig zouden zijn betaald geweest en er nog een batig saldo in het voordeel van eiser zou zijn overgebleven ten belope van 17.300.921 fr. min 9.574.477 fr. = 7.726.444 fr.;

– hoofdverweerder aanneemt dat het in werkelijkheid ont-dragen actief in het faillissement van eiser 2.124.000 fr. be-draagt;

– hoofdeiser niet betwist en/of kan betwisten dat hij uit het faillissement nog 4.132.804 fr. ontvangen heeft;

– de afhandeling van het faillissement van hoofdeiser al-vorens hij kon worden hersteld in eer en rechte, abnormaal lang duurde, namelijk meer dan 15 jaar en waardoor moet worden aangenomen dat eiser al die tijd in grote onzeker-heid heeft geleefd;

Overwegende dat op grond van de bovenvermelde ele-menten en overwegingen de waarde van de verloren kans *ex aequo et bono* moreel en materieel vermengd dient te worden ingeschat op 2.000.000 fr.;

Dat op deze som vergoedende interesten verschuldigd zijn vanaf de gemiddelde datum van 21 oktober 1996 tot de dag van de algehele betaling;

Overwegende dat de hoofdvordering gegrond is in de mate zoals hierboven bepaald en mits voor het meer-gevorderde is af te wijzen;

Dat de tegeneis als ongegrond is af te wijzen en mits alle gerechtskosten ten laste van hoofdverweerder te leggen zijn;

VREDEGERECHT TE WESTERLO

28 JANUARI 2000

Rechter: de h. Carens

Advocaten: mrs. Geyskens en Vermeulen

Erfdienstbaarheid – Conventionele erfdienstbaarheid van overgang – 1. Titel – Bewijs – 2. Recht van afsluiting – Onderlinge verhouding

1. Onder «titel» in art. 691, eerste lid, B.W. wordt verstaan de rechtshandeling die de erfdienstbaarheid vestigt en niet het geschreven instrumentum.

2. Art. 647 B.W. bepaalt dat iedere eigenaar zijn erf mag afsluiten, behoudens de in art. 682 B.W. gestelde uitzondering. Het wettelijk recht van uitweg (art. 682 B.W.) vormt niet de enige uitzondering op het recht van afsluiting. Van oudsher wordt aangenomen dat ook een conventionele erfdienstbaar-heid van overgang dit recht beperkt. Art. 647 B.W. dient immers te worden gelezen in samenhang met art. 701, eerste lid, B.W. dat bepaalt dat de eigenaar van het dienstbare erf niets mag doen dat ertoe zou strekken het gebruik van de erfdienstbaarheid te verminderen of ongemakkelijker te maken. De erfdienstbaarheid verhindert het recht van afslui-ting niet, maar beperkt het.

V.E.C. en M.M. t/ C.G. en V.A.

Overwegende dat eisende partijen ingevolge akte verleden voor de heer notaris P.D. te V. op 20 november 1968 eige-naars zijn van een perceel grond gelegen onder de gemeente V., ter plaatse «Het Zand». Verwerende partijen zijn in-gevolge akte verleden voor de heer notaris P.D. te V. en de heer notaris R.V. te L. op 29 december 1969 eigenaars van gronden gelegen onder de gemeente V., ter plaatse «t Reuken».

Overwegende dat eisende partijen een «*actio confessoria*» instellen, ertoe strekkende het bestaan te horen bevestigen van een erfdienstbaarheid van overgang (doorgang) ten voordele van hun voormeld perceel grond, ten laste van de percelen grond van verwerende partijen, meer bepaald langs de gedeeltelijke westelijke zijde van perceel 176/b en de zuidelijke zijde van de percelen van 176/b en 177, en eisende partijen vorderen tevens de vrijmaking van de voormelde overgang.

Overwegende dat verwerende partijen concluderen tot de ongegrondheid van deze vordering: zij betwisten formeel dat een zodanige erfdienstbaarheid van overgang ten laste van hun voormelde percelen bestaat.

Overwegende dat in de voormelde notariële akte van 20 november 1968 waarbij eisende partijen hun eigen-dommen (aldaar gekwalificeerd als lot 2) aankochten, no-minatim is vermeld: «*Erfdienstbaarheden*. De verzoekers verklaren dat lot 2 in het verleden steeds uitweg gehad heeft langs het aanpalend perceel sectie A, nummer 176/b, toe-behorende aan de erven van V.-C., om aldus de openbare weg te bereiken». De erven V.-C. zijn de rechtsvoorgangers van huidige verwerende partijen. In de notariële akte van 29 december 1969, waarbij verwerende partijen hun voor-melde eigendommen, in deze notariële akte gekwalificeerd als lot 1, aankochten van de erven V.-C., is nominatim het volgende vermeld: «*Erfdienstbaarheden*. De koper zal alle bestaande erfdienstbaarheden moeten eerbiedigen, onder meer degene die bestaan lastens lot 1, langsheen een deel van de westelijke grens en langs de zuidelijke grens van dit perceel, tot aan de bestaande weg».

Overwegende dat de eerste vraag die dient te worden opgelost, is of op grond van de voormelde teksten dient te worden besloten tot het al dan niet bestaan van een con-ventionele erfdienstbaarheid van overgang (doorgang), haar oorsprong vindende in een titel waarin deze erfdienstbaar-heid gevestigd wordt en zoals deze thans wordt opgevorderd door eisende partijen.

Overwegende dat, terwijl eisende partijen zich beroepen op een titel als vestigingswijze van de door hen ingeroepen erfdienstbaarheid, onder «titel» in art. 691, eerste lid, B.W. wordt verstaan de rechtshandeling (*negotium*) die de erf-dienstbaarheid vestigt en niet het geschreven bewijsmiddel (instrumentum) (cfr. Cass., 17 januari 1969, *Pas.*, 1969, I, 452; Vred. Gent, 18 november 1991, *T. Vred.*, 1993, 7; Vred. Fexhe-Slins, 9 november 1992, *T. Vred.*, 1993, 11, alsmede Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *Zakenrecht*, II, B. Story Scientia 1984, blz. 671 nr. 945 en de verdere verwijzingen onder voetnoot 74). De «titel» is met andere woorden de overeenkomst die tot het ontstaan van de erf-dienstbaarheid aanleiding gaf, en het bewijs van deze rechtshandeling moet volgens de gemeenrechtelijke regels worden geleverd.

Overwegende dat de titel dus steeds, en vanzelfsprekend, de toestemming van de eigenaar van het lijdend erf vereist. Het is evenwel niet nodig dat deze zich op hetzelfde ogenblik veruitwendigt als de intentie van de eigenaar van het heersend erf (cfr. Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *o.c.*, blz. 672, nr. 945 en Lindemans, L., *Erfdienstbaarheden*, in *A.P.R.*, blz. 198, nr. 443 en blz. 202-203, nr. 454). *In casu* dient uit de in hun onderlinge samenhang gelezen notariële akten van 20 november 1968 (verklaring door de eigenaar van het heersend erf van het bestaan van de kwestieuze erfdienstbaarheid) en van 29 december 1969 (aanvaarding door de eigenaar van het lijdend erf van het bestaan van de kwestieuze en aldaar nauwkeurig omschreven erfdienstbaarheid) worden geconcludeerd tot het principiële bestaan van een bij titel (nl. de notariële akten van 20 november 1968 en 29 december 1969) gevestigde conventionele erfdienstbaarheid van overgang-doorgang.

Overwegende dat evenwel ook nog om een tweede reden en in aanvulling op hetgeen hiervoren werd gesteld, aldus dient te worden geconcludeerd. In verband met erfdienstbaarheden wordt in het B.W. te term «titel» slechts in een geval gebruikt in de betekenis van «geschreven bewijsmiddel» nl. in art. 695 B.W., waarin wordt bepaald dat ten aanzien van erfdienstbaarheden die niet door verjaring kunnen worden verkregen, de titel van vestiging van de erfdienstbaarheid enkel kan worden vervangen door een «titel van erkenning» van de erfdienstbaarheid, uitgaande van de eigenaar van het dienende erf.

Overwegende dat de erfdienstbaarheid van overgang-doorgang uiteraard een erfdienstbaarheid is die niet door verjaring kan worden verkregen, omdat daartoe (onder meer) het voortdurend karakter een essentiële voorwaarde is. Deze essentiële voorwaarde is geenszins voorhanden, omdat krachtens art. 688 B.W. het recht van overgang-doorgang juist een *niet voortdurende* erfdienstbaarheid is. Welnu, in zoverre eraan zou worden getwijfeld dat de in hun onderlinge samenhang gelezen voormelde notariële akten leiden tot de titel van vestiging van de erfdienstbaarheid, dient ten aanzien van deze erfdienstbaarheid van overgang-doorgang (die niet door verjaring kan worden gevestigd) te worden geconcludeerd tot het principiële bestaan ervan op grond van de «titel van erkenning» vervat in de notariële akte van 29 december 1969, de erkenning nl. van het bestaan van de erfdienstbaarheid door de eigenaar van het dienend erf (huidige verwerende partijen).

Overwegende dat voor de toepassing van art. 695 B.W. een expliciete aanvaarding van deze «buitengerechtelijke bekentenis» door de eigenaar van het heersend erf (*in casu* eisende partijen) niet is vereist (cfr. Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *o.c.*, blz. 679, nr. 946).

Overwegende dat derhalve, samenvattend, zowel op grond van de in hun onderlinge samenhang gelezen voormelde notariële akten als op grond van art. 695 B.W., dient te worden geconcludeerd tot het principiële bestaan van een bij titel gevestigde conventionele erfdienstbaarheid van overgang-doorgang, waarvan echter de verdere precieze modaliteiten niet zijn bepaald, zodat deze in het raam van de onderhavige procedure bij vonnis dienen te worden gepreciseerd.

Overwegende dat het past de gedingvoerende partijen in de gelegenheid te stellen verder te concluderen met be-

trekking tot de modaliteiten van de erfdienstbaarheid van overgang-doorgang. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met het feit dat de «titel van erkenning» van de erfdienstbaarheid van 29 december 1969 zich onder punt 4 «Erfdienstbaarheden» reeds op verregaande wijze uitsprekt met betrekking tot de modaliteiten van deze erfdienstbaarheid. Voorts hebben verwerende partijen aange merkt dat het er hen voornamelijk om te doen is hun eigendom af te sluiten, omdat hun bedrijf werd geteisterd door diefstal. Te dien aanzien dient van meet af aan te worden aangemerkt dat een conventionele erfdienstbaarheid van overgang-doorgang het recht van afsluiting niet verhindert, maar wel beperkt. Art. 647 B.W. bepaalt dat iedere eigenaar zijn erf mag afsluiten «behoudens de in art. 682 B.W. gestelde uitzondering». Het wettelijk recht van uitweg (art. 682 B.W.) vormt evenwel niet de enige uitzondering op het recht van afsluiting. Van oudsher wordt aangenomen dat ook een conventionele erfdienstbaarheid van overgang dit recht beperkt (De Page en Dekkers, *Traité*, V, 1975, nr. 975; Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *Zakenrecht*, I, B, nr. 552). Art. 647 B.W. dient derhalve te worden gelezen in samenhang met art. 701, eerste lid, B.W., dat bepaalt dat de eigenaar van het dienstbare erf niets mag doen dat ertoe zou strekken het gebruik van de erfdienstbaarheid te verminderen of ongemakkelijker te maken. Ten slotte is er de bemerking van eisende partijen dat nagenoeg alle constructies op het bedrijf van verwerende partijen wederrechtelijk zouden zijn opgericht, wat naar hun zienswijze dan weer het recht van afsluiting zou hypothekeren.

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 de maanden januari en februari 2001 en kwam tot stand met medewerking van K. Bodard, S. Corbanie, A. De Becker, J. Debièvre, R. Feltkamp, E. Janssens en M. Maus.

Financiële instrumenten – Toepasselijkheid Wet handelspraktijken

Art. 1, *in fine*, van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (W.H.P.C.) bepaalt dat deze wet niet van toepassing is op effecten en andere financiële instrumenten als bedoeld in de wetgeving betreffende de financiële transacties en de financiële markten. Deze wetsbepaling verleent evenwel aan de Koning de bevoegdheid om, onder de voorwaarden en rekening houdende met de aanpassingen die Hij bepaalt, sommige bepalingen van de W.H.P.C. van toepassing te verklaren op die effecten en andere financiële instrumenten of op categorieën ervan. De Koning heeft van die bevoegdheid gebruik gemaakt in het K.B. van 5 december 2000 (*B.S.*, 3 januari 2001; inwerkingtreding op 1 mei 2001).

In dat besluit worden de financiële instrumenten, effecten en waarden omschreven die erin worden beoogd. Voorts wordt bepaald welke artikelen van de W.H.P.C. van toepassing zijn op alle financiële instrumenten, effecten en waarden, met uitzondering van de rechten van deelneming en de effecten uitgegeven door een instelling voor collectieve belegging en de vastgoedcertificaten. Het gaat meer in het bijzonder om de bepalingen inzake reclame, onrechtmatige bedingen (op enkele uitzonderingen na), afgedwongen aankopen, onwettige verkooppraktijken, praktijken die strijdig zijn met de handelsgebruiken, de vordering tot staking en inzake de opsporing en de vaststelling van de bij de wet verboden daden.

Tijdens de looptijd van de openbare tekoopaanbieding, het openbaar bod of de openbare verkoop zijn de betrokken wetsbepalingen evenwel niet van toepassing op de financiële instrumenten of effecten en waarden die openbaar te koop worden gesteld, openbaar te koop worden aangeboden of openbaar worden verkocht, als bedoeld in titel II van het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935, in zoverre voor die uitgften hetzij een prospectus is goedgekeurd of erkend door de Commissie voor het Bank- en Financiewezen, hetzij een volledige prospectusvrijstelling is verleend of erkend door dezelfde Commissie. De uitzondering geldt eveneens voor uitgften verricht of gewaarborgd door de Staat of andere openbare besturen, waarbij enkel de emittent en professionele marktdeelnemers betrokken zijn.

R.F.

Ambtenarenrecht

In de loop van de maand januari 2001 werden een aantal teksten bekendgemaakt die betrekking hebben op de overheidsector en die hierna kort worden besproken.

1. In het *Belgisch Staatsblad* van 5 januari 2001 werd de wet van 14 december 2000 tot vaststelling van sommige aspecten van de organisatie van de arbeidstijd in de openbare sector bekendgemaakt (*err.*, B.S., 31 januari 2001; inwerkingtreding op 1 juli 2001). Door die wet wordt de richtlijn 93/104/EEG van de Raad van 23 november 1993 in het interne recht omgezet.

De betrokken richtlijn bevat voorschriften betreffende de minimumperiodes van dagelijkse rust, wekelijkse rust, jaarlijkse vakantie, arbeidspauze, de maximale wekelijkse arbeidsduur en bepaalde aspecten van nachtarbeid en de ploegendienst. In deze verschillende gebieden, die tot het arbeidsrecht behoren, waren de waarborgen op het niveau van de overheidsdiensten nagenoeg onbestaande. De wet van 14 december 2000 voert dergelijke waarborgen in en heeft daarbij in ruime mate inspiratie gezocht in de Arbeidswet van 16 maart 1971, die grotendeels de toestand in de privé-sector regelt.

De wet bevat voorts een aantal aanvullende bepalingen betreffende de begeleiding van de werknemers die gewoonlijk 's nachts worden tewerkgesteld. Die bepalingen zijn geïnspireerd door de CAO nr. 46 van 23 maart 1990 betreffende de begeleidingsmaatregelen voor ploegenarbeid met nachtprestaties alsook voor andere vormen van arbeid met nachtprestaties.

De in de wet van 14 december 2000 vervatte principes betreffen voor het grootste deel minimumwaarborgen die

geen afbreuk doen aan eventueel gunstiger arbeidsvoorwaarden die de betrokken werknemers genieten (*Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 839/1, 3).

2. Het K.B. van 22 december 2000 (B.S., 9 januari 2001; inwerkingtreding op dezelfde datum) wijzigt het K.B. van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijks-personeel.

Allereerst wordt een reeks wijzigingen aangebracht aan de bepalingen betreffende de rechten en plichten van de ambtenaren. Aan de omschrijving van die rechten en plichten wordt o.m. de zorgvuldigheidsplicht toegevoegd. Tevens worden nadere regelen ingevoegd betreffende het spreekrecht en wordt het recht op vorming anders omschreven. De rechten en plichten van de ambtenaren worden ook op de stagiairs toepasselijk verklaard.

Het K.B. herzielt de bestaande regelen betreffende de werving van de rijksambtenaren op een aantal fundamentele punten. Zo wordt het mogelijk dat van het normaal vereiste diploma wordt afgeweken «in geval van schaarste op de arbeidsmarkt» en wordt de mogelijkheid om zich in te schrijven voor een vergelijkende selectie voor een lager niveau dan dat waarmee het diploma of getuigschrift dat men bezit overeenstemt, fors ingeperkt. Ook het systeem van de wervingsexamens wordt grondig hervormd.

Het K.B. brengt tevens een aantal wijzigingen aan in het tuchtrechtelijke statuut van de ambtenaren. Zo kan voortaan, naast de terugzetting in graad, ook de lagere inschaling op het vlak van de wedden worden uitgesproken en wordt ook de tuchtstraf van «ontslag van ambtswege» ingevoerd.

3. Eveneens in het *Belgisch Staatsblad* van 9 januari 2001 is een ander K.B. van 22 december 2000 bekendgemaakt dat ertoe strekt het «algemene principe»-besluit van 26 september 1994 te vervangen, rekening houdende met de opgedane ervaring en de eigen karakteristieken van de administraties van de onderscheiden deelgebieden. «Algemene principes» zijn de algemene regelen die zo essentieel en gemeenschappelijk voor alle overheidsdiensten worden geacht dat zij van rechtswege van toepassing moeten zijn op alle ambtenaren, inclusief die van de deelstatelijke overheden.

4. In aansluiting op het onder 2 vermelde besluit bevat een ander K.B. van 22 december 2000 (B.S., 9 januari 2001; inwerkingtreding op dezelfde datum) een aantal nadere regelen betreffende de gewijzigde selectieprocedure voor federale ambtenaren.

5. Tot slot is in het *Belgisch Staatsblad* van 9 januari 2001 ook nog het K.B. van 22 december 2000 bekendgemaakt tot vaststelling van de bepalingen betreffende de aanwijzing in de personeelsformatie van de ambtenaren die een betrekking bekleden in de aanvullende personeelsformatie (geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld). In dat besluit worden de voorwaarden bepaald waaronder ambtenaren, die zijn benoemd in een betrekking van de aanvullende personeelsformatie die is vastgesteld ter uitvoering van art. 19 van de wet van 20 februari 1990 betreffende het personeel van de overheidsbesturen en van sommige instellingen van openbaar nut, worden benoemd in een betrekking van de gewone personeelsformatie van de betrokken overheidsdienst.

M.V.D.

Landelijke radio-omroepen

Het Vlaamse decreet van 1 december 2000 (*B.S.*, 9 januari 2001; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld) wijzigt de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995. Met die wijzigingen wordt de oprichting van landelijke particuliere radio's mogelijk gemaakt. Tot op heden bestond immers voor particuliere radio's enkel de mogelijkheid om als lokale radio of als agglomeratieradio actief te zijn binnen een beperkt zendgebied (zie het decreet van 18 mei 1999 inzake erkenning van particuliere radio's, *R.W.*, 1999-2000, 962). De landelijke particuliere radio's beogen een landelijk privaat alternatief te zijn voor de openbare omroep.

Met het decreet van 1 december 2000 wordt voorts ingegaan tegen de tendens van radiomonopolisering op het vlak van vooral de berichtgeving. Ook wordt de mogelijkheid van digitale radio ingevoerd en wordt afstand genomen van het principe van de complementariteit, wat inhoudt dat een aantal beperkingen worden opgeheven.

De landelijke radio-omroepen worden geregeld in een nieuw hoofdstuk *Iter* van de gecoördineerde decreten, bestaande uit de artikelen 38*sexies* tot 38*terdecies*. Mits de in art. 38*octies* vermelde basisvoorwaarden worden nageleefd, kunnen particuliere radio-omroepen uitzenden voor de gehele Vlaamse Gemeenschap. Zij hebben daarbij als taak te zorgen voor een voldoende verscheidenheid aan programma's, inzonderheid wat informatie en ontspanning betreft (art. 38*septies*).

Tot de zo-even vermelde basisvoorwaarden behoren o.m. het vereiste dat de landelijke radio-omroep moet worden opgericht in de vorm van een rechtspersoon, die bovendien niet meer dan één landelijke radio-omroep mag exploiteren. De zendinstallaties moeten gelegen zijn in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. De uitzendingen dienen in het Nederlands te gebeuren en er moeten minstens vier journaals per dag worden uitgezonden, waarvoor een eigen redactie instaat, die hoofdzakelijk is samengesteld uit erkende beroepsjournalisten. Voorts dient een Nederlandstalig muzikaanbod te worden gegarandeerd.

Jaarlijks moeten een werkings- en een financieel verslag worden voorgelegd aan het Vlaams Commissariaat voor de Media. De Vlaamse regering van haar kant moet overeenkomstig art. 38*decies* de frequentieplannen opstellen en goedkeuren, en moet bepalen hoeveel landelijke radio-omroepen kunnen worden erkend. De erkenningen worden voor negen jaar verleend (art. 38*duodecies*).

K.B.

Havenarbeiders – Antwerps havengebied

Ter uitvoering van art. 3 van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid kan de Koning, na advies van het voor het havengebied bevoegde paritair comité, de voorwaarden en nadere regelen inzake de erkenning van de havenarbeiders vaststellen. De betrokken wetgeving heeft tot doel om havenarbeid enkel te laten verrichten door werknemers die daarvoor werden opgeleid.

Met het oog op een aangepast en rationeel beheer van het moderne havenbedrijf en als gevolg van de snelle evolutie in

de sector van het vervoer worden de havenarbeiders in het Antwerpse havengebied door het K.B. van 19 december 2000 (*B.S.*, 11 januari 2001; inwerkingtreding op 1 januari 2001) ingedeeld in twee afzonderlijke categorieën, zijnde het «algemeen» en het «logistiek contingent». Deze opdeling was reeds vervat in het K.B. van 9 maart 1999, maar dat besluit werd door de Raad van State vernietigd wegens een onvoldoende motivering van het spoedeisende karakter dat werd ingeroepen om niet het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State te moeten inwinnen (*R.v.St.*, arrest nr. 83.345 van 8 november 1999).

De havenarbeiders van het algemeen contingent verrichten havenarbeid in de strikte zin van het woord. Daartoe behoren de activiteiten vanaf het lossen van het schip tot op het ogenblik dat de goederen zich bevinden op de plaats waar ze hun eerste bewerking of behandeling ondergaan na het lossen. Ook de activiteiten vanaf het ogenblik dat de goederen worden vervoerd naar de laatste rustplaats voor het laden tot en met de activiteiten inzake het laden van het schip, zijn handelingen die kunnen worden verricht door havenarbeiders van het algemeen contingent.

Ter wille van een rationeel beheer van de haven en de veiligheid van de werknemers, de hoge risicograad van de betrokken havenactiviteiten en de daarvoor vereiste specialisatie, worden aan de havenarbeiders van het algemeen contingent strengere erkenningsvoorwaarden opgelegd.

De werknemers die daarentegen actief zijn op plaatsen waar de goederen ter voorbereiding van hun verdere verzending een transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde, behoren tot het logistiek contingent. Het betreft alsdan bijkomstige logistieke activiteiten van de behandeling van goederen, zoals die m.b.t. de verpakking, het losmaken van eenheden in magazijnen, enz.

Het in het K.B. van 19 december 2000 ingevoerde onderscheid tussen het algemeen en het logistiek contingent opent de mogelijkheid om afzonderlijke loons- en arbeidsvoorwaarden bij collectieve arbeidsovereenkomst vast te leggen.

S.C.

Successierechten – Gelijkschakeling samenwonenden en gehuwden

In het *Belgisch Staatsblad* van 11 januari 2001 werd het Vlaamse decreet van 1 december 2000 bekendgemaakt houdende gelijkschakeling van de successierechten tussen samenwonenden en gehuwden (inwerkingtreding op 1 januari 2001).

Met dit decreet komt een voorlopig einde aan de hervorming van de successierechten in het Vlaamse Gewest. Reeds met het decreet van 10 juli 1997 (*B.S.*, 1 oktober 1997) werd, wat het Vlaamse Gewest betreft, een eerste stap gezet in de richting van een gelijkschakeling tussen de verschillende soorten van samenlevingsvormen. Tot een volledige gelijkschakeling tussen gehuwden en samenwonenden kwam het toen echter niet, zodat er nog steeds een niet onaanzienlijk verschil bleef bestaan op het vlak van o.m. de toe te passen tarieven.

Met het decreet van 1 december 2000 worden de verschillen tussen gehuwden en samenwonenden uiteindelijk

volledig weggewerkt. Voortaan worden echtgenoten en de wettelijke en de feitelijke samenwonenden op dezelfde voet behandeld voor wat de Vlaamse successierechten betreft.

Het decreet van 1 december 2000 brengt tevens de vereiste minimumduur van het concubinaat om als feitelijk samenwonend te worden beschouwd terug van drie jaar tot een jaar.

M.M.

Programmawet en -decreet

1. In het *Belgisch Staatsblad* van 3 januari 2001 (*err. B.S.*, 13 en 25 januari 2001) werd de wet van 2 januari 2001 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen bekendgemaakt. In het *Belgisch Staatsblad* van 13 januari 2001 werd het decreet van 8 december 2000 houdende diverse bepalingen bekendgemaakt. De beide teksten zijn van het type «programmawet» of «-decreet», wat inhoudt dat ze uiteenlopende aangelegenheden van veeleer technische aard regelen en uit een groot aantal artikelen bestaan.

2. De wet van 2 januari 2001 wijzigt de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, wat o.m. het gedeelde gebruik van antennesites voor mobiele telecommunicatie en de voorwaarden voor de nationale «roaming» betreft. De wet voert voorts een premiestelsel in om de ombouw van wagens naar een LPG-installatie te promoten en vervangt het concept van de «volkstelling» door het inhoudelijk aangepaste procédé van de «algemene socio-economische enquête», die in 2001 wordt uitgevoerd door het Nationaal Instituut voor de Statistiek.

De wet past ook het indexeringsmechanisme m.b.t. de sociale uitkeringen aan en bevat daarnaast een uitgebreid onderdeel betreffende de werkgelegenheid. Zo worden o.m. een aantal technische wijzigingen aangebracht in de (succesvol gebleken) reglementering inzake de startbaanovereenkomsten. De wijzigingen die in de RIZIV-reglementering worden aangebracht strekken o.m. tot een vernieuwd en rationeel geneesmiddelenbeleid. «Teneinde het vertrouwen van de bevolking in de financiële situatie van de sociale zekerheid te versterken» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 950/001, 35) voorziet de wet in een overnameregeling inzake schulden van de sociale zekerheid en wordt het niveau van de alternatieve financiering aangepast.

Tot de maatregelen inzake maatschappelijke integratie behoort o.m. een aanpassing van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980 die t.a.v. asielzoekers huisjesmelkerij en meervoudige verhuur van hetzelfde pand strafbaar stelt.

3. Het decreet van 8 december 2000 bestaat uit niet minder dan zeventien hoofdstukken, waarin vooral technische wijzigingen worden aangebracht aan uiteenlopende wetgevingen. Zo wordt bijvoorbeeld inzake ruimtelijke ordening een versoepeling doorgevoerd van de in de vergunningenregisters op te nemen informatie, wordt in een decretale regeling voorzien m.b.t. de programma's ter stimulering van de werkervaring die erop gericht zijn de kansen op doorstroming naar het reguliere arbeidscircuit te bevorderen en

wordt de mogelijkheid van «interne audit» uitgebreid tot de Vlaamse openbare instellingen.

M.V.D.

Arrondissementscommissariaat – Personeel – Onverenigbaarheden

Art. 71, eerste lid, 4°, N.Gem.W. bepaalt dat van een gemeenteraad geen deel kunnen uitmaken en niet tot burgemeester kunnen worden benoemd «de arrondissementscommissarissen en de leden van hun personeel». Deze onverenigbaarheid dateert uit de tijd dat bepaalde gemeenten onder rechtstreeks toezicht stonden van de arrondissementscommissarissen en hun personeel. Aan die toestand is een einde gekomen met de samenvoeging van gemeenten (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 935/1, 1). De personeelsleden van de arrondissementscommissarissen werden vervolgens opgenomen in het personeelsorganogram van de provinciale gouvernementen.

Uit art. 71, eerste lid, 1° tot 3°, N.Gem.W. volgt echter dat het personeelsleden van de provinciegouverneurs, van leden van de bestendige deputatie of van provinciegriffiers niet verboden is om het ambt van gemeenteraadslid of van burgemeester uit te oefenen. De wet van 27 december 2000 (*B.S.*, 16 januari 2001; inwerkingtreding op 1 januari 2001) wil de ongelijke behandeling die bestaat tussen de laatstgenoemde categorieën van personeelsleden, enerzijds, en de personeelsleden van arrondissementscommissariaten, anderzijds, ongedaan maken door het schrappen van de woorden «en de leden van hun personeel», in art. 71, eerste lid, 4°, N.Gem.W. Door die wijziging wordt daarenboven beter aangesloten bij het feit van de afschaffing van de niet-zelfstandige gemeenten en wordt er rekening mee gehouden dat arrondissementscommissarissen in beginsel geen eigen personeelsformatie meer hebben (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 935/1, 3).

In de praktijk heeft de wet van 27 december 2000 dan ook slechts voor het personeel van de adjunct-arrondissementscommissaris van Eupen, Malmedy en Sankt-Vith belang, aangezien dat personeel wordt ingeschakeld in de werking van de Centrale Dienst voor Duitse Vertalingen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en bijgevolg geen enkel toezicht uitoefent op de gemeente, maar toch onder het toepassingsgebied van art. 71, eerste lid, 4°, N.Gem.W. valt.

J.D.

Telecommunicatiesystemen van de derde generatie

In verband met de vergunningsprocedure voor telecommunicatiesystemen van de derde generatie, het zgn. UMTS-systeem (Universal Mobile Telecommunications System), worden in een K.B. en in een M.B. van 18 januari 2001 (*B.S.*, 20 januari 2001; inwerkingtreding op dezelfde datum) nadere regelen vastgesteld.

Het K.B. van 18 januari 2001 legt m.b.t. het bestek van toepassing op 3G-operatoren een aantal criteria op inzake de permanentie en de kwaliteit van de aangeboden dienst, in het bijzonder voor wat betreft de dekkingsgraad van de bevolking, het tijdschema voor de ontplooiing van de net-

werkdienst, de bescherming van de abonnees en van de gegevens, de universele telefoongids, de vereiste samenwerking met de gerechtelijke instanties, de nooddiensten en de ombudsdienst. Voorts legt het K.B. een aantal minimumvoorwaarden vast op het vlak van de betrekkingen tussen de 3G-operatoren en de diverse andere betrokken partijen (de 2G-operatoren, de Staat, het Instituut, enz.).

De toewijzing van de vergunning wordt via een procedure van opbod verricht, wat de marktspelers in staat stelt om zelf de waarde van een 3G-vergunning te bepalen op basis van een eigen businessplan. Teneinde een dergelijke veilingsprocedure correct te laten verlopen en tot een objectieve selectie op grond van een marktconforme prijs te komen, bepaalt het K.B. een aantal criteria m.b.t. de ontvankelijkheid van de kandidaturen en worden kwalitatieve eisen gesteld in verband met het gebruik van de vergunning. Voorts bevat het K.B. procedure- en andere regelen m.b.t. de deelname en het bieden.

Het M.B. van 18 januari 2001 voert twee bepalingen van het K.B. uit, namelijk art. 33, § 1, 1^o (uiterste datum van indiening van de kandidatuur was 8 februari 2001) en art. 34, § 1 (door de kandidaten te betalen waarborg).

K.B.

Wet consumentenkrediet – Wijziging

De wet van 7 januari 2001 (*B.S.*, 25 januari 2001; *err. B.S.*, 9 februari 2001) wijzigt de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, teneinde tot een meer billijke verhouding te komen tussen de kredietnemer, die het moeilijk heeft om zijn schulden te betalen, en de kredietgever, die bedragen opeist die noch uit een wettelijk, noch uit een economisch oogpunt te verantwoorden blijken.

Hiertoe wordt in de wet van 12 juni 1991 een nieuw art. 14, § 4*bis*, ingevoegd, luidens welk het aanbod – behoudens voor de kredietopeningen – tevens een aflossingsplan moet bevatten dat voor elke periodieke terugbetaling het bedrag van het afgeloste kapitaal en van de totale kosten van het krediet vermeldt, alsook het verschuldigd blijvende saldo na iedere betaling.

In hoofdstuk III, afdeling 2, van de wet van 12 juni 1991 wordt een onderafdeling 4*bis* ingevoegd («Gevolgen van de niet-uitvoering van de kredietovereenkomst door de consument»), bestaande uit een nieuw art. 27*bis*.

Dit nieuwe art. 27*bis*, § 1, bepaalt dat, bij ontbinding van de kredietovereenkomst of bij verval van de termijnbepaling wegens de niet-uitvoering door de consument van zijn verbintenissen, aan de consument geen andere betaling mag worden gevraagd dan het verschuldigd blijvende saldo, het bedrag van de vervallen en niet-betaalde totale kosten van het krediet, het bedrag van de overeengekomen nalatigheidsintrest, berekend op het verschuldigd blijvende saldo en de overeengekomen straffen of schadevergoedingen voor zover ze berekend worden op het verschuldigd blijvende saldo en ze beperkt worden tot ten hoogste 10% van de schijf van het verschuldigd blijvende saldo tussen 1 en 300.000 frank en tot ten hoogste 5% van de schijf van het verschuldigd blijvende saldo boven 300.000 frank.

Indien een eenvoudige betalingsachterstand geen ontbinding van de overeenkomst, noch een verval van de termijnbepaling meebrengt mag, krachtens het nieuwe

art. 27*bis*, § 2, Wet Consumentenkrediet, aan de consument geen andere betaling worden gevraagd dan het vervallen en niet-betaalde kapitaal, het bedrag van de vervallen en niet-betaalde totale kosten van het krediet, het bedrag van de overeengekomen nalatigheidsintrest, berekend op het vervallen en niet-betaalde kapitaal en de overeengekomen kosten voor de maanbrieven en de brieven voor ingebrekestelling a rato van een verzending per maand, forfaitair geraamd op een maximumbedrag van 300 frank, dat door de Koning kan worden aangepast aan het indexcijfer van de consumptieprijzen, vermeerderd met de op het ogenblik van de verzending geldende portokosten.

Krachtens het nieuwe art. 27*bis*, § 3, Wet Consumentenkrediet mag de overeengekomen nalatigheidsintrestvoet voor de kredietopeningen niet hoger liggen dan de laatste toegepaste debetrentevoet en voor andere kredietovereenkomsten niet hoger dan het laatste overeengekomen jaarlijkse kostenpercentage, verhoogd met een coëfficiënt van hoogstens 10%. Is de laatst toegepaste debetrente of het overeengekomen jaarlijkse kostenpercentage 0%, dan mag de overeengekomen nalatigheidsintrestvoet de wettelijke intrestvoet niet overschrijden.

Het nieuwe art. 27*bis*, § 4, bepaalt dat de betalingen, gevraagd overeenkomstig het nieuwe art. 27*bis*, §§ 1 en 2, van de wet, omstandig moeten worden omschreven en moeten worden verklaard in een document dat gratis aan de consument moet worden overhandigd.

Het nieuwe art. 28 Wet Consumentenkrediet bepaalt dat verboden is en als niet geschreven wordt beschouwd elk beding dat, ingeval de consument zijn verbintenissen niet uitvoert, straffen of een schadevergoeding oplegt waarin de wet op het consumentenkrediet niet voorziet.

Het nieuwe art. 90, eerste lid, Wet Consumentenkrediet bepaalt tot slot dat, wanneer van de consument straffen of een schadevergoeding worden gevraagd waarin deze wet niet voorziet, hij daarvan van rechtswege volledig wordt ontslagen.

De in de Wet Consumentenkrediet aangebrachte wijzigingen treden in werking op 1 januari 2002. Met uitzondering van art. 3 van de wet van 7 januari 2001, inzake het aflossingsplan, zullen de wijzigingen ook van toepassing zijn op de vervallen en onbetaalde schuldvorderingen die voortvloeien uit overeenkomsten gesloten vóór de inwerkingtreding ervan, wanneer na die inwerkingtreding hetzij de ontbinding van de overeenkomst of het verval van de termijnbepaling, hetzij een eenvoudige betalingsachterstand zich voordoet. Het aflossingsplan zal dan gratis en onverwijld aan de consument moeten worden meegedeeld.

R.F.

Personenbelasting – Korting

In het *Belgisch Staatsblad* van 25 januari 2001 (*err.*, *B.S.*, 8 februari 2001) werd het Vlaamse decreet van 22 december 2000 houdende toekenning van een korting op de personenbelasting bekendgemaakt. Ingevolge dit decreet wordt jaarlijks een korting toegekend van 2500 frank op de personenbelasting van iedere natuurlijke persoon die overeenkomstig art. 3 W.I.B.92 aan deze belastingen onderworpen is en zijn woonplaats heeft in het Vlaamse Gewest en die niet

als ten laste wordt aangemerkt. De toegekende korting geldt voor elke belastingplichtige afzonderlijk, hetgeen betekent dat gehuwden of samenwonenden elk afzonderlijk de korting genieten. Het decreet van 22 december 2000 treedt in werking vanaf het aanslagjaar 2001.

M.M.

Informaticacriminaliteit

Einde de jaren tachtig werd de Belgische publieke opinie geconfronteerd met een uitgebreide media-aandacht omtrent de onaangepastheid van de bestaande (straf)wetgeving om informaticacriminaliteit aan te pakken. Aanleiding daartoe was o.m. de «Bistel-kraak» waarbij het paswoord van de toenmalige premier Wilfried Martens werd gekraakt. Computermisdrijven konden ofwel niet worden bestraft, of werden via allerlei juridische constructies en interpretaties toch onder de toepassing van de strafwet gebracht.

Met de wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit (*B.S.*, 3 februari 2001; inwerkingtreding op 13 februari 2001) wordt dan ook een langverwachte aanpassing van de wetgeving doorgevoerd. De betrokken wet voert vier nieuwe misdrijven in en er worden bijkomende opsporingsbevoegdheden toegekend aan de procureur des Konings en aan de onderzoeksrechter, waardoor de effectiviteit van de opsporing en de bewijsvoering, waaronder de mogelijkheid om netwerken te doorzoeken, kunnen worden verhoogd. Ook wordt het procédé inzake de medewerking van telecommunicatieoperatoren ingevoerd.

De vier nieuwe misdrijven die de wet in het Strafwetboek invoegt zijn de valsheid in informatica, het informaticabedrog (computerfraude of oplichting), de ongeoorloofde toegang tot een informatiesysteem (hacking) en de data- en informaticasabotage.

Met de *valsheid in informatica* wordt het invoeren, het wijzigen of het wissen van gegevens bestraft, waardoor de juridische draagwijdte van dergelijke gegevens gewijzigd wordt (art. 210bis Sw.). Het misdrijf van het *informaticabedrog* bestaat uit het verwerven van een bedrieglijk vermogensvoordeel door middel van informaticasystemen (art. 504quater Sw.).

Zich toegang verschaffen tot een informaticasysteem zonder daartoe gerechtigd te zijn of het overschrijden van zijn toegangsbevoegdheid met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, wordt onder de nieuwe titel IXbis Sw. bestraft (art. 550bis Sw.). Een *inbraak in een informaticasysteem* vereist m.a.w. niet noodzakelijk een bedrieglijk opzet. Hacken omwille van de «fun» of met het oog op het aantonen van de onveiligheid van het systeem is m.a.w. wel degelijk strafbaar.

De *data- en informaticasabotage* heeft betrekking op het invoeren, wijzigen of wissen van gegevens in een informaticasysteem met het oogmerk om te schaden, hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks (art. 550ter Sw.).

De eerste twee misdrijven (*valsheid in informatica* en *informaticabedrog*) worden gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en met een geldboete van zesentwintig frank tot honderdduizend frank of met een van die straffen alleen. Poging wordt gestraft met zes maanden

tot drie jaar en met een geldboete van zesentwintig frank tot vijftigduizend frank of met een van die straffen alleen. Deze straffen kunnen worden verdubbeld indien een overtreding wordt begaan binnen vijf jaar na een veroordeling voor gelijksoortige feiten of een van de andere informaticamisdrijven of overtredingen van art. 259bis (af luisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie door ambtenaren) of 314bis Sw. (misdrijven betreffende het geheim van privé-communicatie en -telecommunicatie).

Hacking wordt gestraft met drie maanden tot een jaar en met een geldboete van zesentwintig frank tot vijftigduizend frank of met een van die straffen alleen. In het geval waarin hacking met bedrieglijk opzet werd gepleegd, bedraagt de gevangenisstraf zes maanden tot twee jaar. Het overschrijden van toegangsbevoegdheid levert een gevangenisstraf op van zes maanden tot twee jaar. Het overschrijden van toegangsbevoegdheid levert een gevangenisstraf op van zes maanden tot twee jaar en een geldboete van zesentwintig frank tot vijftigduizend frank of een van deze straffen alleen. Poging wordt gestraft met dezelfde straffen. Op dezelfde wijze als bij de eerste twee misdrijven vindt ook een verdubbeling plaats bij een overtreding binnen vijf jaar na een gelijksoortige veroordeling.

Data- en informaticasabotage ten slotte worden gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en met een geldboete van zesentwintig frank tot vijftigduizend frank of met een van die straffen alleen. Het belemmeren van de correcte werking van een systeem wordt gestraft met een gevangenisstraf van een jaar tot vijf jaar en met een geldboete van zesentwintig frank tot honderdduizend frank of met een van die straffen alleen. Het verspreiden of verhandelen van dergelijke gegevens met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, kan aanleiding geven tot een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar. Ook deze straffen worden verdubbeld indien een overtreding plaatsvindt binnen vijf jaar na een eerdere uitspraak houdende veroordeling voor een informaticamisdrijf of overtreding van art. 259bis of 314bis Sw.

De wet van 28 november 2000 wijzigt ook het Wetboek van Strafvordering. De inbeslagname van gegevens op last van de procureur des Konings wordt uitdrukkelijk van toepassing gemaakt op het kopiëren, ontoegankelijk maken en verwijderen van gegevens opgeslagen in een informaticasysteem (art. 39bis Sv.).

Ook de onderzoeksrechter beschikt over meer bevoegdheden, omschreven in de nieuwe art. 88ter en 88quater Sv. Zo kan hij een zoeking bevelen in een informaticasysteem, met eventuele uitbreiding naar een informaticasysteem dat zich op een andere plaats bevindt. Die uitbreiding is evenwel aan twee voorwaarden verbonden: 1° zij dient noodzakelijk te zijn om de waarheid aan het licht te brengen; 2° andere maatregelen dienen disproportioneel te zijn of er moet een risico bestaan dat, zonder de uitbreiding, bewijselementen verloren dreigen te gaan. Het uitbreiden van de zoeking dient tevens beperkt te blijven tot de informaticasystemen waartoe de (verdachte) personen, die gerechtigd zijn om het onderzochte informaticasysteem te gebruiken, in het bijzonder toegang hebben.

De onderzoeksrechter kan voorts een bevel geven tot medewerking aan personen van wie hij vermoedt dat ze een

bijzondere kennis hebben van het informaticasysteem dat het voorwerp uitmaakt van de zoeking. Aan de betrokken personen kan worden bevolen om nadere inlichtingen te verstrekken over de werking van het systeem en over de wijze om er toegang toe te krijgen, het zelf te bedienen of er relevante gegevens in op te zoeken. Het weigeren van de medewerking aan de onderzoeksrechter wordt gestraft met gevangenisstraf van zes maanden tot een jaar en met een geldboete van zesentwintig frank tot twintigduizend frank of met een van die straffen alleen. De personen die hun medewerking dienen te verlenen zijn verplicht tot geheimhouding en worden bij schending van die verplichting gestraft overeenkomstig art. 458 Sw. De verplichting tot medewerking wordt ook toegevoegd aan art. 90^{quater} Sv. In art. 90^{septies} Sv. wordt tevens een bepaling toegevoegd die de integriteit en de vertrouwelijkheid van de opgenomen communicatie of telecommunicatie moet waarborgen.

Tot slot vult de wet van 28 november 2000 art. 109^{ter}, E, aan van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. Die aanvulling komt erop neer dat aan de operatoren van telecommunicatienetwerken en de verstrekkers van telecommunicatiegegevens de verplichting wordt opgelegd om de oproepgegevens van telecommunicatiemiddelen en de identificatiegegevens van gebruikers van telecommunicatiediensten te registreren en gedurende een bepaalde termijn te bewaren, die nooit minder mag bedragen dan twaalf maanden. Schending van deze verplichting kan aanleiding geven tot een gevangenisstraf van drie maanden tot zes maanden en een geldboete van zesentwintig frank tot twintigduizend frank of een van deze straffen alleen. De Koning dient, nadat hierover in de Ministerraad is beraadslaagd en het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer werd ingewonnen, in een K.B. de nadere regelen en de middelen vast te stellen om de vertrouwelijkheid en de integriteit van de oproep- en identificatiegegevens te waarborgen.

Nog op te merken valt dat aan het invoeren van de vermelde medewerkingsplicht – die vooral *access providers* en *server providers* treft – vrij lange discussies zijn voorafgegaan.

K.B.

Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen

Ter uitvoering van de wet van 4 augustus 1996 en de achtste bijzondere richtlijn 92/57/EEG van de Raad van 24 juni 1992 worden in het K.B. van 25 januari 2001 (B.S., 7 februari 2001; inwerkingtreding op 1 mei 2001) de minimumvoorschriften vastgesteld waaraan een tijdelijke of mobiele bouwplaats moet voldoen.

Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de bouwplaatsen waar één aannemer en die waar verschillende aannemers tussenkomen. Deze laatste groep dient tijdens de studiefase van het ontwerp een «coördinator-ontwerp» aan te duiden die belast is met het opstellen van een veiligheids- en gezondheidsplan, het aanleggen van een coördinatieboek en een postinterventiedossier. Een «coördinator-verwezenlijking» staat vervolgens in voor de eventuele aanpassing van het veiligheids- en gezondheidsplan en het bijhouden van het coördinatieboek en het

preventiedossier tijdens de uitvoering van de bouwwerken. Beide coördinatoren dienen het bewijs te kunnen leveren van een bepaalde basisvorming, gekoppeld aan een overeenstemmende beroepservaring. De coördinator dient bovendien met vrucht te slagen in het examen voor coördinator of moet een soortgelijke aanvullende vorming hebben gevolgd.

Het veiligheids- en gezondheidsplan omvat een risicoanalyse en de te nemen preventiemaatregelen m.b.t. de uit te voeren werken. Het coördinatieboek geeft de relevante gebeurtenissen en incidenten op de werkplaats weer. Ten slotte beschrijft het postinterventiedossier die elementen waarmee in het raam van de veiligheid en de gezondheid rekening dient te worden gehouden bij latere werkzaamheden of aanpassingswerken.

Bepaalde bouwplaatsen met een zeker werkvolume (minstens 5.000 mandagen) of met een kostprijs van minstens 2,5 miljoen euro moeten ook een coördinatiestructuur uitbouwen.

De opdrachtgever van een bouwplaats waarvan de werken maar door een enkele aannemer worden uitgevoerd, moet deze laatste een veiligheids- en gezondheidsplan bezorgen. Indien het bouwwerk voor professioneel of commercieel gebruik is bestemd, dient de aannemer de opdrachtgever in te lichten omtrent de risico's die zijn verbonden aan de werken en moet hij samen met de opdrachtgever waken over de veiligheid en de gezondheid van de personen die zijn betrokken bij de werken. De opdrachtgever staat tot slot in voor het opstellen van het postinterventiedossier voor die werken die betrekking hebben op de structuur, de essentiële elementen van het bouwwerk of op de toestanden die een aantoonbaar gevaar inhouden.

Indien de werkzaamheden een tijdelijke of mobiele bouwplaats betreffen waarvan de duur vijf werkdagen overschrijdt, dient de bouwdirectie de ambtenaar belast met de arbeidsveiligheid (technische inspectie) binnen vijftien dagen in te lichten.

S.C.

Deeltijds gebruik van onroerende goederen – Timesharing

De wet van 19 januari 2001 (B.S., 21 februari 2001; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld) wijzigt de wet van 11 april 1999 betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen.

Het voornaamste doel van de wijziging bestaat erin om de laatstgenoemde wet in overeenstemming te brengen met de EG-richtlijn 94/47/EG, wat het internationaal privaatrecht betreft. Als het onroerend goed dat het voorwerp is van het gebruiksrecht op het grondgebied van een andere lidstaat gelegen is en zelfs als hij zijn gewone verblijfplaats niet in België heeft, welke ook de toepasselijke wet op grond van de regels van het internationaal privaatrecht mag zijn, moet de verkrijger de bescherming genieten die hem wordt geboden door de wet van die Staat of, bij gebreke hieraan, de bescherming hem geboden door de wet van 11 april 1999.

Voorts wordt art. 13 van de laatstgenoemde wet, waarbij de verkoper werd opgelegd over waarborgen te beschikken in de vorm van een verzekering, een borgstelling of een bankgarantie, opgeheven wegens praktische toepassingsproblemen (namelijk technisch niet haalbaar en te duur). In

dat verband werd tijdens de parlementaire voorbereiding gesteld: «Een echt systeem van financiële waarborgen zal moeten gezocht worden op communautair niveau, b.v. in het raam van de herziening van richtlijn 94/47/EG betreffende timesharing» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 855/3, 3).

Tot slot worden de bepalingen van de wet van 11 april 1999 inzake de reclame voor timesharing gekoppeld aan strafsancties.

M.V.D.

Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen – Zwakke weggebruikers

In het *Belgisch Staatsblad* van 21 februari 2001 werd de wet van 19 januari 2001 bekendgemaakt tot wijziging van diverse bepalingen betreffende de regeling inzake automatische vergoeding van de schade, geleden door zwakke weggebruikers en passagiers van motorrijtuigen (geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld).

De wet wijzigt in hoofdzaak art. 29bis van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, dat voorziet in een verplichte vergoeding van de schade van de zwakke weggebruiker door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de eigenaar, de bestuurder of de houder van het motorrijtuig. De wijziging heeft tot doel het toepassingsgebied te verruimen van de regeling inzake schadevergoeding bij een ongeval met een zwakke weggebruiker. De motieven daarvoor zijn van drieërlei aard.

In de eerste plaats was het toepassingsgebied van de wet beperkt tot schade die werd veroorzaakt door motorrijtuigen. In het arrest 92/98 van 15 juli 1998 oordeelde het Arbitragehof dat art. 29bis van de wet van 21 november 1989 het gelijkheidsbeginsel schond in zoverre het de voertuigen die aan spoorstaven zijn verbonden uitsloot van het vergoedingsstelsel. Vandaar dat de wet van 19 januari 2001 de eigenaar van het motorrijtuig op spoorstaven de verplichting oplegt om de door het ongeval aangerichte schade van de zwakke weggebruiker te vergoeden.

In de tweede plaats dienden een aantal technische aanpassingen te worden aangebracht in art. 29bis van de wet van 21 november 1989. Zo wordt niet langer enkel de schade die wordt veroorzaakt door een motorrijtuig vergoed, maar wel alle schade geleden door de slachtoffers. De vraag of het ongeval werd veroorzaakt door het motorrijtuig, is dus niet meer relevant.

Het toepassingsgebied van art. 29bis van de wet van 21 november 1989 wordt voorts ook verruimd doordat erin expliciet de vergoeding voor kledischade van het slachtoffer wordt opgenomen. Voorts houdt ook de wijziging van de omschrijving van het begrip «functionele prothesen» een verruiming van het toepassingsgebied van het voornoemde art. 29bis in. Onder dat begrip worden voortaan alle hulpmiddelen verstaan die het slachtoffer gebruikt om lichamelijke gebreken te compenseren. Het speelt voortaan geen rol meer of de bestuurder van het motorrijtuig opzettelijk het ongeval heeft veroorzaakt. Ten aanzien van het slachtoffer blijft het schadeverwekkend voorval immers een ongeval, zodat er geen strafrechtelijke uitspraak meer nodig is vooraleer de vergoeding kan worden uitbetaald en deze

derhalve sneller kan gebeuren. Door de hoofdelijke aansprakelijkheid van de verzekeraars in het leven te roepen neemt tot slot de kans op een hogere uitkering van de getroffen zwakke weggebruiker toe.

In de derde plaats wou de wetgever ingaan tegen de extensieve interpretatie die sommige politierechters erop nahielden van het begrip «onverschoonbare fout», dat uit de wet wordt weggelaten en wordt vervangen door de striktere zinsnede «slachtoffers die het ongeval en zijn gevolgen hebben gewild». Die nieuwe omschrijving leunt dicht aan bij het begrip «zelfmoord».

Wegens het parallellisme tussen de toe te passen wetteksten wijzigt de wet van 19 januari 2001 ook nog art. 48ter, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet en art. 14bis, § 3, eerste lid, van de wet van 3 juli 1967 betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector.

Voor een uitgebreidere commentaar op de wet van 19 januari 2001, zie de bijdrage van D. Simoens, «Het verkeersongevallenartikel 29bis W.A.M.: stand van zaken na de wijzigingswet van 19 januari 2001», *R.W.*, 2000-2001, 1577-1586.

A.D.B.

Wetboek van Vennootschappen – Wijziging

Nog vóór de inwerkingtreding van de wet van 7 mei 1999 houdende het Wetboek van Vennootschappen, op 6 februari 2001, is het nodig gebleken een aantal correcties en verduidelijkingen in het nieuwe wetboek aan te brengen en sommige onvolkomenheden ervan weg te werken. Dat gebeurt door de wet van 23 januari 2001 (*B.S.*, 6 februari 2001).

Er worden verschillen tussen de Nederlandse en de Franse tekst rechtgezet, alsook sommige foutieve verwijzingen. Daarnaast worden een aantal verduidelijkingen in de wettekst aangebracht. Zo wordt o.m. de nieuwe regeling aangaande de naam van de vennootschap uitgebreid tot de vennootschap onder firma (art. 65). Aan de verschillende verjaringstermijn die bestond voor de c.v.b.a. met betrekking tot de rechtsvordering tot nietigverklaring van de vennootschap wordt een einde gemaakt, zodat voortaan dezelfde termijn geldt als voor de n.v., de b.v.b.a. en de c.v.a. (art. 198).

De sanctie die geldt voor een verboden inschrijving op eigen aandelen door de vennootschap wordt uitgebreid tot de gevallen waarin onrechtstreeks, ingevolge verwerving door de vennootschap van certificaten die nieuwe aandelen vertegenwoordigen, op eigen aandelen wordt ingeschreven, wat eveneens verboden wordt (art. 304). Door de vervanging van art. 540, vierde lid, van het wetboek, wordt een einde gemaakt aan de twijfel omtrent het karakter van openbare orde van de onderscheiden voorschriften m.b.t. de toebereiding van het stemrecht.

De wet van 23 januari 2001 is in werking getreden op dezelfde datum als het Wetboek van Vennootschappen.

E.J.

Wetboek van Vennootschappen – Uitvoeringsbesluit

Na de bundeling in het Wetboek van Vennootschappen van de belangrijkste regelgeving die van toepassing is op vennootschappen, werd in het K.B. van 30 januari 2001 (*B.S.*, 6 februari 2001; *err. B.S.*, 27 februari 2001) een coördinatie en actualisering doorgevoerd van de uitvoeringsbepalingen van de voornoemde regelgeving.

Het K.B. van 30 januari 2001 bestaat uit zes boeken. Het eerste boek betreft de «Oprichting en formaliteiten inzake openbaarmaking» (het vroegere K.B. van 25 november 1991 op de openbaarmaking van akten en stukken van vennootschappen en ondernemingen). Het tweede en meest omvangrijke boek heeft betrekking op de «Jaarrekeningen, geconsolideerde jaarrekeningen en formaliteiten inzake openbaarmaking» en bevat de regelen inzake opmaak, controle en openbaarmaking van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen. De vroegere wet van 17 juli 1975 op de boekhouding van de ondernemingen zelf is opgenomen in het Wetboek van Vennootschappen.

Het derde boek van het K.B. van 30 januari 2001 handelt over de «Voordracht door de ondernemingsraden van kandidaten voor de opdracht van commissaris of bedrijfsrevisor» (het vroegere K.B. van 17 maart 1986 betreffende de voordracht door de ondernemingsraden van kandidaten voor de opdracht van commissaris-revisor of bedrijfsrevisor). De opdracht van de revisor en van de commissaris in vennootschappen waarin overeenkomstig de wet van 20 september 1948 houdende de organisatie van het bedrijfsleven een ondernemingsraad moet worden ingesteld, is geregeld in het Wetboek van Vennootschappen.

Het vierde boek heeft als titel «Consignatieprocedure en bestemming van de activa ingeval van gerechtelijke ontbinding» en bevat maar drie artikelen. Het vijfde boek handelt over «De naamloze vennootschap en de commanditaire vennootschap op aandelen» en heeft het o.m. over de inschrijving op, de schrapping van of de weglating uit de lijst van vennootschappen die een openbaar beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan en over de procedure tot verkrijging van eigen effecten door een genoteerde vennootschap en het uitkoopbod. Het zesde en laatste boek, «Diverse bepalingen», voorziet in een aantal opheffings- en wijzigingsbepalingen.

Het K.B. van 30 januari 2001 is in werking getreden op dezelfde datum als het Wetboek van Vennootschappen.

E.J.

Vermindering inkomstenbelasting – Langetermijnsparen

Met de wet van 17 mei 2000 werd een einde gemaakt aan het vereiste dat de belastingplichtige, die een belastingvermindering wil genieten op het langetermijnsparen voor hypothecaire leningen, zijn lening moet waarborgen door een schuldalldoverzekering. Niettegenstaande deze wetswijziging was het betrokken vereiste nog steeds ingeschreven in art. 633 KB/WIB 92. Vanaf het aanslagjaar 2001 wordt deze anomalie rechtgezet door een K.B. van 30 januari 2001 tot wijziging van het KB/WIB 92 op het stuk van de voorwaarden die gelden inzake de toekenning van de vermindering voor het langetermijnsparen met betrekking tot

betalingen voor de aflossing of wedersamenstelling van hypotheekleningen (*B.S.*, 28 februari 2001).

M.M.

Begrotingscontrole en -opmaak

Het besluit van de Vlaamse regering van 19 januari 2001 (*B.S.*, 20 februari 2001; inwerkingtreding op 1 februari 2001) regelt het opmaken van de begroting en de controle op de uitvoering van de begroting voor wat betreft de diensten van de Vlaamse regering en de rechtspersonen die onder het hiërarchische gezag van de Vlaamse regering staan.

Het besluit bevat een aantal voorschriften betreffende het «algemeen begrotingsbeleid» dat door de Vlaamse regering wordt bepaald. Voorts worden de respectieve bevoegdheden van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting, en de inspecteurs van financiën op het vlak van de voorbereiding en het toezicht op de uitvoering van de begroting geregeld.

Het besluit komt in de plaats van het besluit van de Vlaamse regering van 16 november 1994 tot regeling van de begrotingscontrole en, wat betreft de rechtspersonen die onder het hiërarchische gezag van de Vlaamse regering staan, het K.B. van 8 april 1954 tot regeling van de modaliteiten van controle van de inspecteurs van Financiën op sommige instellingen van openbaar nut. De beide voornoemde besluiten worden opgeheven door het besluit van 19 januari 2001 dat, in vergelijking met de opgeheven regeling, een aantal markante verschillen en nieuwigheden bevat.

Zo ligt aan het nieuwe besluit een streven naar deregulering ten grondslag. Een voorbeeld daarvan biedt het budgettair implementatieplan dat moet worden opgemaakt door het afdelingshoofd en de bevoegde inspecteur van Financiën en waarin een bijzondere toezichtsregeling wordt uitgewerkt m.b.t. de aanwending van de kredieten in een bepaalde sector.

Het besluit strekt tevens tot een rationalisering van de procedure die volgt op het advies van de inspecteur van Financiën.

Een nieuwigheid is b.v. dat met behulp van budgettaire draaiboeken reglementeringen en andere uitgavenprogramma's systematisch in kaart kunnen worden gebracht, ten einde te komen tot een beter inzicht in de kostensoorten en kostendrijvers, wat mogelijk moet maken een meer degelijke meerjarenprognose op te stellen.

Ook wordt een meer uitgewerkt kader totstandgebracht voor het uitvoeren van bijzondere audits van bepaalde diensten, instellingen of uitgavenmechanismen.

M.V.D.

BOEKEN

B. AALBERTS en S. VAN DER HOF, **Digital Signature Blindness**, Deventer, Kluwer, 2000, 77 p.

Het gebruik van informatica en telecommunicatie heeft er de laatste jaren voor gezorgd dat de papieren informatiestroom stilaan

vervangen wordt door een elektronische gegevensstroom. Het grootste probleem is daarbij de vraag hoe men de authenticiteit kan garanderen van elektronische documenten, zoals contracten. Authenticiteit omvat twee aspecten: enerzijds de identiteit van diegene van wie het document uitgaat en anderzijds de integriteit van de inhoud van het document.

Op 19 januari 2000 verscheen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen de Europese Richtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen. Het is de bedoeling van deze richtlijn om elektronische handtekeningen juridisch te erkennen als authenticeringsmethode om op die manier bij te dragen tot de ontwikkeling van elektronische handel. De Europese lidstaten moeten deze richtlijn omzetten tegen 19 juli 2001. Ze zullen onder andere hun wettelijk kader in die zin moeten aanpassen dat bepaalde soorten van elektronische handtekeningen, nl. die elektronische handtekeningen die een bepaalde graad van veiligheid bieden, dezelfde juridische waarde krijgen als de handgeschreven handtekening. Deze evolutie zal ongetwijfeld de deur openen naar een nieuwe opvatting over het begrip «handtekening».

«*Digital Signature Blindness*» wil de wetgever daarbij helpen. Het is de neerslag van een onderzoek naar de regulering die thans in verschillende landen bestaat in verband met elektronische authenticeringstechnieken, zoals elektronische handtekeningen. Het rapport wil meer bepaald aanbevelingen formuleren naar de wetgevers toe bij de aanpak van de problematiek van de juridische erkenning van elektronische handtekeningen en elektronische documenten. Hoewel het onderzoek dateert uit de periode van vóór het definitief worden van de Europese Richtlijn en er dus nog geen keuze was gemaakt bij de beantwoording van de vraag welke richting de wetgeving moest uitgaan in Europa, zijn de resultaten van het onderzoek toch ook van belang voor Europese beleidsmakers wegens de algemene en vrij abstracte manier van aanpak van het onderzoek.

Dit onderzoek is een vervolg op twee eerder verschenen onderzoeken in de reeks «Informatietechnologie en Recht», nl. *De juridische status van digitale handtekeningen* door Van Der Hof en *Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?* door Huydecoper en Van Esch. Van Der Hof maakt in de eerstgenoemde studie een inventaris van de stand van de juridische ontwikkelingen op dat moment in verschillende Europese landen op het vlak van elektronische handtekeningen. In de tweede studie onderzoeken Huydecoper en Van Esch welke de kenmerken en de functies zijn van geschriften en handtekeningen en ook de vraag of die functies in een elektronische context vervuld kunnen worden.

«*Digital Signature Blindness*» gaat een stapje verder en beoogt de elementen op een rijtje te zetten waarmee de wetgever best rekening houdt bij het redigeren van regelen voor de erkenning van elektronische handtekeningen. Alvorens daadwerkelijk aanbevelingen te formuleren, schetsen de auteurs eerst de context in verband met elektronische handtekeningen en het juridische karakter waarin dit onderwerp geplaatst moet worden.

Als inleiding snijdt hoofdstuk 2 een aantal algemene topics aan, die het onderwerp van de studie in een breder perspectief plaatsen, zoals het belang van de techniek van de «digitale» handtekening, de voor- en nadelen van technologie-(on)afhankelijke wetgeving, de voor- en nadelen van (inter)nationale initiatieven, het *common law* en het *civil law*-perspectief en ten slotte de vraag of regulering in verband met elektronische handtekeningen door de overheid moet opgelegd worden, dan wel of zij door zelfregulering totstandgebracht moet worden.

De verschillende benaderingswijzen voor regulering op het vlak van elektronische handtekeningen worden in hoofdstuk 3 geïnventariseerd en geanalyseerd. De auteurs maken een onderscheid tussen 3 benaderingswijzen. Voor elk van die benaderingswijzen worden een aantal voorbeelden toegelicht. Ten eerste is er de digitale handtekening-benadering, waarbij de wetgever de techniek van de digitale handtekening, zijnde de techniek van op certificaten gebaseerde asymmetrische cryptografie, gebruikt als basis voor de regulering. Deze techniek wordt daarbij exclusief naar voren geschoven (en juridisch erkend) als techniek om elektronische handtekeningen te creëren. Dit soort wetgeving is technologie-afhankelijk. De tweetrapsbenadering is de tweede benaderingswijze die de auteurs onderscheiden. Wetgeving die uit deze benadering voort-

vloeit, geeft niet aan een bepaalde techniek de voorkeur door er een wettelijk kader voor te scheppen, maar laat ruimte voor mogelijke toekomstige technieken die eveneens in het ruime wettelijke kader passen. De Europese ontwerpverplichting over elektronische handtekeningen, die intussen definitief is geworden, klasseren de auteurs onder deze benaderingswijze. Dit soort wetgeving maakt een onderscheid tussen gewone elektronische handtekeningen en elektronische handtekeningen die een zekere graad van veiligheid garanderen. Doordat op dit moment enkel de techniek van «de digitale handtekening» de vereiste graad van veiligheid kan garanderen, is ook dit soort wetgeving in zekere mate technologie-afhankelijk. Dit blijkt volgens de auteurs uit het feit dat er in dit type van wetgeving concepten gedefinieerd en uitgewerkt worden die aansluiten bij de techniek van de digitale handtekening, zoals certificaten en certificatie-autoriteiten. Van een derde benaderingswijze zeggen de auteurs dat een dergelijke wetgeving volledig technologie-onafhankelijk is. Het is de minimalistische (of de functionalistische) aanpak. Wetgevers die deze aanpak hanteren, vertrekken van de verschillende functies die de handtekeningen binnen hun rechtstelsel vervullen en stellen de vereisten vast waaraan elektronische handtekeningen bijgevolg moeten voldoen, zonder in detail te treden over de technieken die daarvoor kunnen of moeten worden aangewend.

Het derde hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie, waarin de auteurs de voorkeur geven aan de functionalistische benadering. Hun argumentatie hiervoor is dat deze benadering rechtszekerheid kan bieden, zonder de nieuwe technologische ontwikkelingen te belemmeren. Men mag als wetgever met andere woorden niet te zeer dwepen met de techniek van de digitale handtekening, die op termijn vermoedelijk concurrenten naast zich zal moeten dulden en die de aantrekkingskracht ervan misschien zal doen afnemen. Pas als de stand van de techniek ver genoeg geëvolueerd zal zijn, is het uitvaardigen van technologie-afhankelijke wetgeving te verantwoorden, zo wordt gezegd.

Het vierde hoofdstuk werkt de functionalistische benadering verder uit door een onderverdeling te maken in de specifieke functionele benadering en de generieke functionele benadering. Hoewel beide benaderingen hun voordelen hebben en bijgevolg gehanteerd moeten worden, opteren de auteurs voor de generieke functionalistische benadering, die vooral op korte termijn een oplossing kan bieden en de mogelijkheden openlaat voor een internationale aanpak van het authenticeringsprobleem in een elektronische context. Bovendien maakt die aanpak ook coregulering mogelijk, wat volgens de auteurs de ideale methode is om technische zaken die op termijn zullen worden uitgeklaard, meer in detail te regelen, indien dat nodig zou blijken te zijn.

In het vijfde en laatste hoofdstuk worden de resultaten van het onderzoek als aanbevelingen geformuleerd naar de wetgever toe. Alvorens de wetgevingsactiviteiten te starten, is het van belang dat de wetgever heel duidelijk de gebruikte terminologie uitklaart tegen de achtergrond van de taal die in het raam van elektronische handtekeningen al een tijdje wordt gebruikt. Vervolgens moet de wetgever goed voor ogen houden dat de context in verband met de elektronische authenticering en de vormvereisten die daaruit voortvloeien, verschillend zijn in elk rechtstelsel. Bij het daadwerkelijk totstandbrengen van de wetgeving zal tot slot voor een minimalistische benadering gekozen moeten worden, om ruimte te laten voor nieuwe technologische ontwikkelingen.

«*Digital Signature Blindness*» wil de wetgever ervoor behoeden blind te zijn voor andere technieken die (in de toekomst) eveneens als authenticeringsmethode zullen kunnen functioneren en richt zich dus in de eerste plaats tot de beleidsmakers. De studie bevat geen inhoudelijke details over hoe een minimalistisch opgevatte regelgeving er dan wel zou moeten uitzien. Zij biedt wel een goed overzicht en een kritische evaluatie van de thans gekozen benaderingen in de verschillende landen ten aanzien van wetgevende initiatieven op het vlak van elektronische handtekeningen. In die optiek is dit rapport nuttig voor iedereen die als jurist de problematiek van elektronische handtekeningen van ver of van nabij wil volgen.

Sofie Van den Eynde

A.M. LUTTMER-KAT, J.C. BLOEMARTS, F.B. GRAPPERHAUS, B.F. KNÜPPE, E. LOESBERG en A.I. VAN DER KRIS, **Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?**, Jaarboek 1999 van de Vereniging Insolventierecht Advocaten (Insolad), Deventer, Kluwer, 2000, 100 p.

Op het jaarcongres brachten de voormelde auteurs interessante bijdragen over onderwerpen in het grensgebied van het Nederlandse faillissements- en arbeidsrecht. Het jaarboek is daarvan de weerslag.

In Nederland bestaat er een specifieke regeling voor de opzegging van werknemers bij faillissement. Ook internationale aspecten van de insolventieproblematiek komen aan bod, m.n. de implicaties van EEG-richtlijnen 77/187, 80/987 en de nieuwe 98/50. Een ander internationaal onderwerp handelt over de vraag bij welk garantiefonds een werknemer in een grensoverschrijdende situatie zijn vordering moet indienen als de insolvente werkgever deze niet voldoet.

Vakbondsjurist Bloemarts formuleert *de lege ferenda*-voorstellen ter verbetering van de positie van werknemers bij insolventie van de werkgever. En tot slot werp de Groningse prof. Luttmer-Kat een rechtsvergelijkende blik naar Duitsland en Frankrijk.

W. Rauws

B. WESSELS, **Surséance van betaling**, *Insolventierecht*, VIII, Kluwer, Deventer, 1999, 234 p.

Dit boek is het achtste deel in de serie *Insolventierecht* uit de Polak-Wessels-reeks.

De surséance heeft tot doel een uitstel van betaling toe te staan aan rechtspersonen en natuurlijke personen die zelfstandig een beroep of bedrijf uitoefenen. Surséance beoogt tegemoet te komen aan een tijdelijk, in beginsel op korte termijn oplosbaar liquiditeitsprobleem. Zij is veeleer gericht op ondernemingscontinuïteit. In de praktijk werkt deze regeling echter niet altijd bevredigend. Vaak is de surséance het voorportaal van het faillissement.

Deel twee van het boek gaat in op de procedure tot verlening van surséance. Uitstel van betaling kan worden verleend aan een schuldenaar die voorziet dat hij met betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Surséance wordt niet verleend aan natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen. In de beschikking tot afwijzing van de surséanceverlening kan de rechtbank tegelijkertijd de verzoeker failliet verklaren. Maximumduur van een surséance is ten hoogste anderhalf jaar, maar deze kan in beginsel met ten hoogste anderhalf jaar worden uitgebreid.

De surséance van betaling wordt beheerst door algemene beginselen van insolventierecht. De surséance treft niet de persoon van de schuldenaar, maar alleen zijn vermogen. Daarnaast geldt het fixatiebeginsel en de *paritas creditorum*. Gedurende de surséance is de schuldenaar bovendien onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder. Gedurende het uitstel van betaling kan de schuldenaar niet tot betaling van zijn schulden daterend van vóór de toekenning van surséance worden genoodzaakt. Alle tot verhaal van die schulden aangevangen executies worden geschorst. Reeds gelegde beslagen vervallen.

Deel zeven en acht van het boek gaan uitgebreid in op de procedure van totstandkoming en homologatie van het ontwerpakkoord. Het gehomologeerd akkoord is verbindend voor alle schuldeisers voor wie de surséance werkt. Het in kracht van gewijsde gegaan vonnis van homologatie levert ten behoeve van de door de schuldenaar niet betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar. De laatste delen van het boek behandelen de rechtsgevolgen van een geweigerd akkoord en enkele bijzondere onderwerpen, zoals surséance met 5.000 of meer schuldeisers.

Het boek wordt afgesloten met een zaken-, wetsartikelen- en jurisprudentieregister.

Annick De Wilde

M.G. ROOD, **Introductie in het sociaal recht**, Deventer, Gouda Quint, 2000, 8^e druk, 306 p.

De gewezen minister van sociale zaken en emiritus hoogleraar Rood (Leiden) herwerkte opnieuw zijn klassiek handboek van het sociaal recht. Het doel is de lezer de beginselen van het Nederlandse sociaal recht bij te brengen. Het is dan ook geschreven voor de studenten in de aanvangsfase van hun universitaire opleiding en voor de hogeschoolstudenten. Verwijzingen blijven beperkt tot belangrijke jurisprudentiële uitspraken.

Het is een knap boek, onder meer omdat het het gehele arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht bestrijkt. Een ander positief punt is ook dat het een overzicht van het ambtenarenrecht geeft. Het hoofdstuk over het internationaal sociaal recht vormt niet het sterkste onderdeel, omdat het vooral betrekking heeft op formele en structurele aspecten, en de inhoudelijke aspecten van de internationale regelingen grotendeels buiten beschouwing laat.

Het boek is afgerond met een zakenregister, een register op wetsartikelen en een chronologisch rechtspraakregister.

W. Rauws

MEDEDELINGEN

Driejaarlijkse prijs van het gerechtelijk privaatrecht (1999 – 2000 – 2001)

De driejaarlijkse prijs van het gerechtelijk privaatrecht, ter waarde van 300.000 fr., wordt toegekend aan de auteur of auteurs van een Nederlandstalig wetenschappelijk werk, dat in hoofdzaak betrekking heeft op de studie van het gerechtelijk privaatrecht of een onderdeel ervan.

Zowel gepubliceerde als niet-gepubliceerde werken komen in aanmerking voor de toekenning van de prijs. Handboeken voor het onderwijs komen niet in aanmerking.

Alle inzendingen voor de prijs 1999 – 2000 – 2001 moeten uiterlijk op 31 december 2001 worden ingediend op de zetel van de v.z.w. algemene modellenverzameling voor de rechtspraak (A.M.R.), waar eveneens de volledige tekst van het reglement en alle andere inlichtingen kunnen worden bekomen: Keizerslaan 3 te 1000 Brussel, t.a.v. Mr. Jan Uyttersprot, tel.: 02/551.15.15, fax: 02/512.53.98, e-mail: j.uyttersprot@liedekerke-law.be.

Aankondiging seminariecyclus Permanente Vorming

In onze voortdurend evoluerende maatschappij laat de noodzaak tot bijscholing zich op alle vlakken steeds meer voelen. Juristen blijven van deze evolutie niet gespaard en zijn verplicht een veelheid aan materies op te volgen. Naast het Belgische recht moeten zij hierbij, als gevolg van de toenemende internationalisering van het economisch leven, eveneens rekening houden met andere (Europese) regelgeving. De Vakgroep Economisch Recht van de Vrije Universiteit Brussel biedt u de mogelijkheid u op een efficiënte en snelle wijze bij te scholen. De Vakgroep speelt hiermee ook in op de verplichting waaraan advocaten sinds kort zijn onderworpen om zich op permanente wijze bij te scholen. De cyclus is erkend door de Vereniging van Vlaamse Balies.

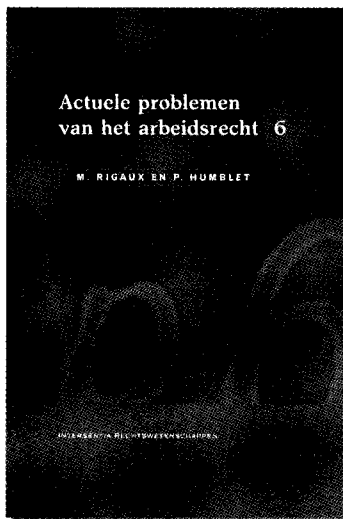
Op tien avonden worden m.b.t. een aantal snel evoluerende materies de basisbeginselen herhaald, waarna recente en belangrijke evoluties in rechtsleer en rechtspraak worden vermeld. De behandelde onderwerpen zijn zeer uiteenlopend en gaan van de nieuwe V.Z.W.-wet, de regelgeving inzake werknemersparticipatie, actualia verbintenissenrecht, financieel recht en kredieten en zekerheden tot de problematiek van de publiek-private samenwerking.

Nadere informatie kan worden bekomen bij Mevrouw Shirley Demue (tel. 02/629.26.38, fax 02/629.36.98, sdemeue@vub.ac.be) of bij Mevrouw Elke Janssens (tel. 02/663.50.74, elke.janssens@nautadutilh.com).

Nieuw

Actuele problemen van het arbeidsrecht | 6

PATRICK HUMBLET EN MARC RIGAUX (EDS.)



2001; ISBN 90-5095-178-3; xxvii + 841 blz.;
5.750 BEF; 142,54 EUR

In dit werk worden talrijke thema's uit het arbeidsrecht, waarvan de actualiteitsgraad getoetst werd aan de rechtspraak en de rechtspraktijk, behandeld.

De topics die aan bod komen, werden zowel uit het individuele als uit het collectieve arbeidsrecht geselecteerd. Zo komen, onder andere, het ontslag om dringende reden, de aansprakelijkheid van de werknemersorganisaties n.a.v. schade uit collectieve actie, de rechten van de werknemers bij de beëindiging van de arbeidsverhoudingen, het uitlenen van personeel, de opzeggingstermijnen en -vergoedingen, het ontslagrecht, de ver-

moedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de rechtspositie van de vakbondsafvaardiging en het comité voor preventie en bescherming uitgebreid aan bod. Ook de steeds belangrijker wordende Europese dimensie (Europese ondernemingsraad, CAO's en mededingingsrecht, ...) wordt uitvoerig belicht.

Onder de auteurs bevinden zich niet alleen vooraanstaande academici, maar ook jonge onderzoekers en beoefenaars van het arbeidsrecht worden aan het woord gelaten.

Het boek bevat bijdragen van :

D. de Meulemeester, M. De Vos, F. Dorsse-
mont, P. Humblet, R. Janvier, I. Plets, M. Rig-
aux, W. Rauws, K. Salomez, O. Vanachter,
A.M. Van den Bossche, W. van Eeckhoutte en
A. Van Regenmortel.

ANTWERPEN - GRONINGEN - OXFORD
INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Bestel nu!



bel
03/680 15 50



fax
03/658 71 21



@
mail@intersentia.be



stuur onderstaande coupon in een
voldoende gefrankeerde envelop
naar Intersentia uitgevers
Churchillaan 108 - 2900 Schoten

Antwoordcoupon

☐ Ja, ik bestel ... ex. van het
boek *Actuele problemen
van het arbeidsrecht | 6*
(ISBN 90-5095-178-3)
aan de prijs van 5.750 BEF
per exemplaar.

Ik betaal pas na ontvangst
van de factuur,
die mij samen met mijn
bestelling bezorgd wordt.

Uw persoonsgegevens worden opgeslagen in de databank
van Intersentia uitgevers en uitsluitend door Intersentia
uitgevers gebruikt voor eigen commerciële doeleinden. Ze
worden niet doorgegeven aan derden. Conform de wet op
de persoonsgegevens van 8/12/90 hebt u recht op inzage
en correctie van deze gegevens.

Dhr./Mevr. (schrappen wat niet past)

Naam, voornaam

Firma

BTW-nr.

Functie

Straat + nr.

Postcode + Gemeente

Tel.

Fax

E-mailadres

Datum

Handtekening

Bronnenboek Internationaal Recht

JAN WOUTERS

2000; ISBN 90-5095-150-3; 932 BLZ.; 4950 BEF;

Dit boek omvat een selectie van de voornaamste bronnen van het internationaal recht, en van het recht der internationale instellingen die voor de Belgische rechtsbeoefenaar van belang zijn. Niet alleen de Belgische wetgeving en rechtspraak in verband met internationaal recht en de internationale betrekkingen van België en Vlaanderen werd opgenomen. Het boek omvat ook een groot aantal volkenrechtelijke documenten, met inbegrip van de belangrijkste verdragen waarbij België partij is, de basisakten van een aantal internationale organisaties, VN-resoluties, teksten van de International Law Commission en fragmenten van belangrijke uitspraken van internationale rechtscolleges.

De teksten zijn thematisch gerangschikt en omvatten o.m. de volgende categorieën: (i) rechten en verplichtingen van Staten; (ii) niet-statelijke entiteiten; (iii) verdragenrecht; (iv) nationaliteit; (v) strafrecht en uitlevering; (vi) het recht van de zee en internationale waterlopen; (vii) lucht- en ruimte recht; (viii) Antarctica; (ix) voor-

rechten en immuniteiten; (x) Staatsaansprakelijkheid; (xi) regeling van internationale geschillen; (xii) mensenrechten, mondiaal; (xiii) mensenrechten, regionaal; (xiv) vluchtelingen; (xv) economisch recht; (xvi) milieurecht; (xvii) humanitair recht; (xviii) wapenbeheersingsrecht; (xix) mondiale internationale organisaties; (xx) regionale internationale organisaties.

Voor zover beschikbaar, is telkens een Nederlandstalige versie van de internationale documenten opgenomen. Aan het einde is een chronologisch en trefwoordenregister opgenomen.

Dit boek verzamelt de belangrijkste internationale verdragen en is het meest complete werk op de markt.

Jan Wouters is hoofddocent aan de K.U. Leuven, waar hij internationaal recht en het recht der internationale instellingen doceert. Tevens is hij advocaat te Brussel.

Bestel nu!



bel

03/680 15 50



fax

03/658 71 21



mail@intersentia.be



stuur onderstaande coupon in een voldoende gefrankeerde envelop naar Intersentia uitgevers Churchillaan 108 - 2900 Schoten

Antwoordcoupon

☐ Ja, ik bestel ... ex. van het boek *Bronnenboek Internationaal Recht* (ISBN 90-5095-150-3) aan de prijs van 4.950 BEF per exemplaar. Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling bezorgd wordt.

Uw persoonsgegevens worden opgeslagen in de databank van Intersentia uitgevers en uitsluitend door Intersentia uitgevers gebruikt voor eigen commerciële doeleinden. Ze worden niet doorgegeven aan derden. Conform de wet op de persoonsgegevens van 8/12/90 hebt u recht op inzage en correctie van deze gegevens.

Dhr./Mevr. (schrappen wat niet past)

Naam, voornaam

Firma

BTW-nr.

Functie

Straat + nr.

Postcode + Gemeente

Tel.

Fax

E-mailadres

Datum

Handtekening